



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0001896-53.2014.815.0371 - 6ª VARA MISTA DA COMARCA DE SOUSA/PB

RELATOR: Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho

APELANTE: Eriberto Ferreira Leite

ADVOGADO: Eraldo Pordeus Silva (OAB/PB nº 17.852) e Emanuel Pordeus Silva (OAB/PB nº 18.785)

APELADO: Ministério Público Estadual

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR. NULIDADE. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DO CPP EM DETRIMENTO DO ESTABELECIDO EM LEI ESPECIAL. INSUBSISTÊNCIA. PROCEDIMENTO MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO PARA O CRIME CAPITULADO NO ART. 28 DA Lei 11.343/06. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. ACERVO PROBATÓRIO CONCLUDENTE PARA A PRÁTICA DA MERCANCIA ILÍCITA DE ENTORPECENTE. EXAME QUÍMICO-TOXICOLÓGICO. RESULTADO POSITIVO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. CONFISSÃO DO ACUSADO EM SEDE INQUISITORIAL. PLEITO PELA REDUÇÃO DO ART. 33, §4º NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. JUSTIFICAÇÃO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. POSTULAÇÃO PELA CONVERSÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO ACOLHIMENTO. PENA CORPORAL SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. DESPROVIMENTO.

1. Conforme dicção do art. 563 do Código de Processo Penal, cristalizando o princípio do *pas de nullité sans grief*, eventual nulidade invocada só poderá ser reconhecida caso demonstrado o efetivo prejuízo.

2. Tratando-se o procedimento comum, via de regra, mais favorável ao acusado, que o estabelecido na lei 11.343/2006, eventual adoção do procedimento incorreto não acarreta, por si só,



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

em nulidade, sendo imprescindível à defesa a demonstração do prejuízo sofrido.

3. Impossível o acolhimento da pretensão desclassificatória quando todo o conjunto probatório amealhado, mormente a gama de circunstâncias desfavoráveis que permeiam o instante flagrancial, a confissão do acusado em sede inquisitorial e os depoimentos testemunhais, apontam para a prática delituosa do art. 33.

4. Não há o que se falar em exacerbação da pena-base quando esta guarda consonância com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei 11.343/2006.

5. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

6. Tratando-se de réu condenado a 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, inviável a substituição por restritiva de direitos, ante o impeditivo do art. 44, I do Código Penal.

7. Desprovimento.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, acima identificados,

A C O R D A a Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, **em negar provimento** ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Perante a 6ª Vara da Comarca de Sousa/PB, Eriberto Ferreira Leite foi denunciado como incurso nas penas do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (fls. 07).

Narra a exordial acusatória que, no dia 09.04.2014, por volta das 22h00min, no conjunto José Lins do Rego, naquela cidade, o acusado



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

fora flagrado trazendo consigo 105 (cento e cinco) "pinos" de uma substância semelhante à cocaína.

Conta que a polícia, ao vistoriar o veículo conduzido pelo apelante, encontrou, no porta-luvas, a supracitada substância entorpecente, razão pela qual conduziu-o à Delegacia de Polícia. Ao chegar, o telefone do increpado tocou e, sendo colocado no viva voz, a guarnição pôde ouvir que uma pessoa, identificado-se por "Ninho" falou com o denunciado, dizendo que estava na conveniência e solicitava que levasse até ele mais R\$ 100,00 (cem reais) em drogas.

Identificado o pretense comprador como Lindenberg Alves Dias, este informou que havia conhecido o acusado há cerca de duas semanas e que já havia comprado 03 (três) "pinos" de cocaína.

Laudo de constatação preliminar (fls. 32). Exame químico-toxicológico (fls. 143/144).

Denúncia recebida em 08.05.2014 (fls. 49).

Após concluída a instrução processual, o magistrado sentenciante julgou procedente a denúncia, para condenar o réu **ERIBERTO FERREIRA LEITE**, como incurso no art. 33, caput, da lei 11.343/2006, sendo fixada uma pena definitiva de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto, e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo.

Irresignada com o decisório, a defesa de recorreu a esta Superior Instância proclamando a reforma da sentença, pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade absoluta do processo pelo fato de ter sido adotado o procedimento previsto no Código de Processo Penal, em detrimento do estabelecido na Lei de Drogas. No mérito, pugna pela desclassificação do tráfico para a conduta de uso de substância entorpecente (art. 28 da Lei nº 11.343/2006). Alternativamente, pleiteia a redução da reprimenda corporal com a conseqüente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 259/271).

Contrarrazões do Ministério Público, pugnando pela manutenção da sentença vergastada em todos os seus termos (fls. 281/289).

Seguiram os autos, já nesta instância, à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo provimento parcial do apelo (fls. 306/310).

É o Relatório.

VOTO

1. Do juízo de admissibilidade recursal:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

O apelo é tempestivo e adequado, além de não depender de preparo, por trata-se de ação penal pública (TJ/PB Súmula nº 24). Portanto, conheço do recurso.

2. Preliminarmente

2.1 Da nulidade processual

Argumenta a defesa que o processo se encontra inquinado de nulidade insanável tendo em vista que fora utilizado o procedimento comum previsto no Código de Processo Penal, em detrimento do procedimento especial previsto na Lei de Drogas.

Tal pleito não merece prosperar. Senão vejamos:

De fato, o procedimento previsto na Lei nº 11.343/2006 é especial e deve ser aplicado em detrimento do estabelecido no Código de Processo Penal, que será aplicado supletivamente.

Percebe-se, também, que no processo em análise, o procedimento aplicado não foi o correto, tendo em vista que o Magistrado singular findou por adotar o estabelecido na lei processual penal.

Contudo, a aplicação inversa dos procedimentos, no caso em análise, não configura, de plano, nulidade, tendo em vista ser necessário a demonstração do efetivo prejuízo para o acusado, em obediência ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

Com a adoção do procedimento comum, o interrogatório do acusado foi efetuado após a oitiva das testemunhas, ordem inversa da prevista no procedimento especial previsto na lei nº 11.343/2006. Contudo, nessa situação em análise, o procedimento comum é mais benéfico que o especial, razão pela qual, inexistente qualquer prejuízo na aplicação incorreta do estabelecido no art. 400 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O
TRÁFICO. RITO DA LEI N.º 11.343/2006. LEX
SPECIALIS QUE SE SOBREPÕE, EM TERMOS
HERMENÊUTICOS, AO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À
DEFESA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS
GRIEF. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Lei n.º 11.343/2006 prevê procedimento



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

especial a ser seguido nas ações penais instauradas para a persecução do crime de tráfico ilícito de drogas, estabelecendo, entre outras coisas, que, na audiência de instrução, o interrogatório do acusado deve preceder as demais inquirições. Sem dúvida, por se tratar de *lex specialis*, sua aplicação é mister quando em confronto com o rito ordinário previsto no Código de Processo Penal, já que as regras da *lex generalis* só se aplicam subsidiariamente à legislação específica, caso nesta existam lacunas.

2. Considerando que tanto nos casos de nulidade relativa como nos casos de nulidade absoluta é imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, a adoção de procedimento incorreto só poderia ter o condão de macular o andamento da ação penal caso restasse demonstrada a extensão do dano efetivamente suportado pelo réu, ônus do qual não se desincumbiu o Recorrente.

3. Recurso desprovido.

(RHC 46.792/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Além disso, outra interferência provocada pela aplicação incorreta do procedimento comum é o início do marco prescricional. Isso porque o primeiro marco interruptivo, no caso, a denúncia, ocorreu antes do oferecimento da resposta escrita. Assim, a interrupção da prescrição teria acontecido antes do que se fosse aplicado o procedimento correto.

Contudo, levando-se em consideração que o menor prazo prescricional é de 03 (três) anos e o crime fora cometido há menos de um ano, tal circunstância não tem qualquer implicância prática no processo em análise, não trazendo qualquer prejuízo ao acusado.

Portanto, seja porque o interrogatório do acusado ao final da audiência de instrução é mais benéfico para o acusado, ou porque o apelante não se desincumbiu de comprovar o prejuízo provocado pela alegada nulidade, em obediência ao art. 563 do Código de Processo Penal, e aplicando o princípio do *pas de nullité sans grief*, rejeito a preliminar levantada.

3. Do mérito

3.1 Do Pleito Desclassificatório

Pugna a defesa do apelante, pela desclassificação do delito imputado ao acusado (art. 33 da lei nº 11.343/2006) para o crime insculpido no art. 28 da Lei de Drogas.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

Tal pleito não merece prosperar, senão vejamos:

Ora, para que a droga apreendida seja considerada para uso próprio é necessária a demonstração de que a finalidade seja esta, não bastando sequer a alegação de uso próprio.

A verdade material a positivar a existência do delito de tráfico reputa-se cristalina, espelhada na prova técnica consistente no Laudo de Constatação Preliminar (fls. 33), o auto de apreensão (fls. 30) e no Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 143/144), os quais restaram positivo para a substância "cocaína".

A autoria do ilícito, por sua vez, é revelada por um conjunto de circunstâncias e elementos irretorquíveis, que vão desde o estado flagrancial, os informes testemunhais (fls. 13/14); CD-Rom em anexo – fl. 139/v); confissão do réu em sede de inquérito policial (fls. 15/18) e a prova técnica angariada, desconstituindo, com isso, a se-dizente inexistência de provas da existência do crime de tráfico ilícito de drogas.

Não obstante o réu ter negado, a prática da conduta delituosa em sede de instrução, afirmando ser apenas usuário de drogas, na esfera judicial, ele, contraditoriamente, afirmou que a droga encontrada não era para consumo próprio.

Além disso, sua versão foi contrariada pelas provas dos autos, em especial o argumento de que a droga apreendida era para consumo com mais 03 (três) amigos.

O próprio acusado afirmou em sede de inquérito policial que a droga era destinada a venda. Além disso, a testemunha Lindenberg Alves Dias, na audiência de instrução e julgamento, afirmou que já havia comprado drogas ao acusado em duas oportunidades, bem como já havia combinado, naquele mesmo dia, com o apelante, de adquirir mais R\$ 100,00 (cem reais) de substância entorpecente.

Conclui-se de todo o lastro probatório que, o réu, de fato, foi encontrado na posse da droga, acondicionada de forma que facilitaria a mercancia.

Além disso, um dos consumidores das substâncias entorpecentes vendidas pelo acusado confirmou, tanto em sede de inquérito policial quanto na audiência de instrução processual, que já havia comprado "cocaína" a Eriberto Ferreira Leite em duas oportunidades e naquele mesmo dia em que o acusado fora preso em flagrante já havia combinado de adquirir uma nova quantia.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

Assim, do conjunto de provas dos autos, não há como extrair convencimento diverso em razão de todas as circunstâncias analisadas, não podendo-se cogitar uma desclassificação.

Por oportuno, não podemos olvidar que o ônus da prova, no sentido de que o réu era apenas usuário de drogas, cumpria à defesa.

Ademais, vale ressaltar que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, como já dito, não é necessário que o agente seja preso no momento exato da venda, bastando que, pelas circunstâncias e condições da apreensão dos entorpecentes, se chegue à configuração do ilícito pela destinação a terceiros, haja vista que o tipo penal prevê várias condutas que assinalam a prática do tráfico.

Eis a orientação dos seguintes julgados:

"APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALTERNATIVAMENTE, DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA USO PRÓPRIO. Materialidade e autoria comprovadas, à saciedade, nos autos. Apreensão de 77 pedras de crack. Inviabilidade do pleito de desclassificação para posse para uso próprio, até porque os autos não noticiam que a acusada fosse usuária. Validade dos depoimentos dos policiais. PENA. PEDIDO DE REDUÇÃO. Em relação à aferição com carga negativa de antecedentes há que ser alterada, visto que a certidão constante dos autos registra apenas dois processos contra a ora recorrente: um com condenação por tráfico transitada em julgado e outro que é o presente feito; logo, incabível a valoração negativa de antecedentes se também foi considerada a agravante de reincidência na segunda fase do cálculo da pena, sob pena de bis in idem. Em consequente, diante da má aferição dos antecedentes, também não merece valoração negativa as elementares de personalidade e conduta social, já que o exame efetivado pela togada de origem fez referência exatamente aos antecedentes. Pena redimensionada, afastada do mínimo legal, visto que persistem outras três vetoriais com carga negativa. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA". (TJRS - Apelação Crime



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

Nº 70032060451, 2ª Câm. Crim.I- Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa – J. 28.07.2011).

“TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - DISPENSABILIDADE DE PROVA DE ATOS DE COMÉRCIO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AUTORIZA A CONDENAÇÃO. É inquestionável a existência do tráfico, se o réu é preso em flagrante, trazendo consigo dezenove pedras de crack, mormente porque a prova da mercancia não se faz apenas de maneira direta, mas, também, por indícios e presunções que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4, DA LEI 11.343/06 - REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGALMENTE ADMITIDO - ADMISSIBILIDADE NA TERCEIRA FASE - CONDIÇÕES DO ART. 42 DA LEI 11.343/06 - APLICAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. Presentes que estejam as condições para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, impossível afastá-la ao argumento de que a pena foi aplicada no mínimo legal, porque as causas de diminuição podem recrudescer a pena abaixo do mínimo legalmente admitido, aplicando-se as condições preponderantes do art. 42 da mesma legislação antidroga, inexistindo qualquer condição facultativa para a sua aplicação, se não imposição plenamente vinculada que suscita um direito subjetivo do réu, em função do princípio da isonomia e da legalidade. Recurso provido em parte”. (TJMG - Apelação Criminal Nº 1.0598.09.018771-0/001 – Rel. Des. Judimar Biber - J.27.07.2010)

O delito previsto no art. 33 da Lei de Antidrogas encerra um vasto rol de figuras típicas. A simples adequação da conduta do acusado a uma delas torna irrefutável a condenação nas sanções impostas, notadamente, pela razão de que se trata de crime contra a saúde pública, envolvendo perigo abstrato, em que a intenção do legislador é conferir a mais ampla proteção social possível.

Dessa forma, se o álbum processual revela, incontestavelmente, a materialidade e a autoria, em adição ao conjunto de circunstâncias que permeiam o acusado no momento da apreensão efetuada, há que se considerar correta e legítima a conclusão de que a hipótese em exame



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

contempla o fato típico de tráfico ilícito de entorpecente, reprovado pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar, assim, em desclassificação do crime para o previsto no art. 28 da referida Lei.

Pelas razões acima expostas, rejeito o pleito desclassificatório.

3.2 Do Pleito pela Redução da Pena

Na hipótese do não acolhimento do pedido de desclassificação, o apelante pleiteia, subsidiariamente, pela redução da pena base cominada para o mínimo legal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a fixação da pena é questão que se insere na órbita de convencimento do magistrado, no exercício de seu poder discricionário de decidir, resguardando-o, então, quanto à quantidade que julga suficiente na hipótese concreta, para a reprovação e prevenção do crime, desde que observados os vetores inculpidos nos arts. 59 e 68 do Código Penal e os limites estabelecidos pela norma penal.

Analisando os argumentos esposados pelo recorrente, de fato, as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima, ou ressoam favoráveis ao acusado, ou não podem ser valoradas negativamente, sob risco de bis in idem.

Entretanto, tratando-se de tráfico de entorpecente conhecido como "Cocaína", é cediço a natureza devastadora que tal substância causa no organismo do usuário. Assim, levando-se em consideração a determinação do art. 42 da Lei 11.343, acertou o Juiz singular ao, levando-se em consideração um intervalo de 05 a 15 anos abstratamente previsto no tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, fixar a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, não merecendo qualquer reforma.

Nesse sentido, o STJ:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como levando-se em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida - 50 papérolas de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) .
2. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena em razão da natureza das substância entorpecentes apreendida - cocaína- , bem como tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. Ordem denegada.
(HC 257.330/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 14/05/2014)

Pleiteia, ainda, o apelante pela aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo. Argumenta que, além de possuir todas as circunstâncias judiciais favoráveis, é primário e não se dedica a atividades criminosas, razão pela qual o magistrado deveria ter aplicado a aludida minorante em seu patamar máximo.

De início cumpre ressaltar que, mesmo que o réu seja primário, de bons antecedentes e a pena-base tivesse sido aplicada em seu patamar mínimo, o magistrado não está obrigado a proceder com o redutor em seu grau máximo.

Ainda assim, a natureza da droga, circunstância judicial preponderante sobre as demais, conforme preconiza o art. 42 da Lei de Drogas, ressoa desfavorável ao acusado. Isso porque, tratando-se de tráfico de substância conhecida como "Cocaína", tal substância tem um potencial destrutivo superior a grande maioria dos entorpecentes, merecendo uma maior reprimenda por parte do aplicador da lei. Tal circunstância já é suficiente para justificar a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º em seu grau mínimo.

Nesse sentido, vejamos:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/6 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE ... ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. 2. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, constata-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida - 328,70g de "cocaína"-, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime." (STJ - HC 241.564/MG - Rel. Min. Laurita Vaz - Quinta Turma - j. 18.9.2012 - DJE 4.10.2012).

"PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RECURSO DA DEFESA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, §4º, LEI Nº 11.343/06). FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO IMPROVIDO. 1. Embora a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da lei antitóxica, quando preenchidos os requisitos legais, seja direito subjetivo dos réus, a determinação do quantum é relegada à discricionariedade motivada do magistrado, que adéqua o percentual às peculiaridades do caso em análise. 2. Ainda que a análise das circunstâncias judiciais tenha sido favorável ao réu, a natureza e a quantidade da droga apreendida. 28 (vinte e oito) pedras de crack, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, justificam a aplicação do quantum de redução no mínimo legal, ou seja 1/6 (um sexto), em observância ao que dispõe o art. 42 da lei n. 11.343/2006, que determina sejam observadas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do código penal, a natureza e a



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

quantidade da droga apreendida. 3. Embora possível a substituição da pena para o crime de tráfico, se qualquer dos requisitos previstos no artigo 44 do código penal não foi preenchido, torna-se inviável a pretendida substituição. 4. Recurso improvido, à unanimidade." (TJPE – ACrim 0001671-55.2010.8.17.0100 - Rel. Des. Antônio de Melo e Lima - j. 25.9.2012 - DJEPE 2.10.2012).

Assim, agiu acertadamente o douto magistrado sentenciante quando aplicou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em 1/6 (um sexto), de forma plenamente justificada, notadamente, diante da natureza e quantidade da droga apreendida, de modo que não merece guarida o pedido de aplicação do redutor em seu grau máximo, mantendo a sentença condenatória em todos os seus termos.

3.3 Da conversão da pena corporal por restritiva de direitos

Por fim, pugna a acusada, pela substituição da pena corporal em restritiva de direitos, ante o novel entendimento jurisprudencial.

De fato, o Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da sanção corporal por medida restritiva de direitos, sempre que atendidos aos requisitos do art. 44 do Código Penal.

Em que pese a decisão proferida pela Suprema Corte, o condenado, para fazer jus à conversão, deve atender aos parâmetros fixados no art. 44 do Código Penal:

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 culposo;

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.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

Assim, consoante o dispositivo acima, deve a pena, para que seja possível a conversão para restritiva de direitos, ser não superior a quatro anos, deve o réu não ser reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais devem ser favoráveis.

Dessa forma, mantida a pena definitiva em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão para o apelante, inaplicável se torna a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por suplantar o requisito objetivo, qual seja, máximo de 04 (quatro) anos de reclusão.

Ante todo o exposto, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, **nego provimento** ao recurso, para manter a sentença atacada incólume.

É o meu voto.

Presidiu ao julgamento, com voto, o Desembargador João Benedito da Silva, dele participando, além de mim, Relator, o Desembargador Joás de Brito Pereira Filho.

Presente à sessão de julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Manoel Henrique Serejo, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões "Des. Manoel Taigy de Queiroz Melo Filho" da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, aos 26 (vinte e seis) dias do mês de fevereiro do ano de 2015.

João Pessoa, 27 de fevereiro de 2015

Des. Carlos Martins Beltrão Filho
- Relator -