



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0000014-84.2015.815.0221

RELATOR: Dr. José Guedes Cavalcanti Neto, Juiz de Direito Convocado em substituição ao Des. João Benedito da Silva

ORIGEM: comarca de São José de Piranhas

APELANTE: Erilando Ferreira Pereira

ADVOGADO: Giliardo de Paulo de Oliveira Lins

APELADO: Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO. APELO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. APELANTE QUE SERIA APENAS USUÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME NO SENTIDO DE DEMONSTRAR A ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA DA SUBSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AÇÃO PENAL EM CURSO, NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO MAUS ANTECEDENTES. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS. ARGUMENTO PREJUDICADO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

A definição da conduta como de uso ou de tráfico de drogas não se baseia apenas na análise do quantitativo de entorpecentes apreendidos, mas perpassa por questões atinentes à forma como foram apreendidos, ao modo em que estavam acondicionados e, por óbvio, à finalidade a que se

destinava a substância.

A condição de viciado não é incompatível com a de traficante, ao revés, aquele que é usuário de drogas contumaz, inevitavelmente, se desvia para a atividade mercantil em razão da degeneração produzida pelo consumo excessivo.

Restando demonstrado que o acusado faz *jus* à causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º do CP, por preencher os requisitos legais, a sua aplicação é imposição legal.

Com a redução da pena imposta, altera-se o regime inicial para o seu cumprimento, restando prejudicado o argumento ventilado acerca da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado nos crimes hediondos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acima identificados;

A C O R D A a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO PARA REDUZIR A PENA PARA 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E 334 (TREZENTOS E TRINTA E QUATRO) DIAS-MULTA, NO REGIME SEMIABERTO.**

RELATÓRIO

Trata-se de *apelação criminal* (fl. 140) manejada por **Erilando Ferreira Pereira** contra sentença proferida pelo juízo da comarca de São José de Piranhas (fls. 125/135), que o condenou à reprimenda de **06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa**, como incurso nas penas do **art. 33 da Lei n.º 11.343/2006**, por ter, no dia 19 de novembro de 2014, trazido consigo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nas **razões recursais** (fls. 145/153), requer o apelante a desclassificação da infração que lhe foi imputada para o delito do art. 28 da Lei Antidrogas, ao considerar que não restou efetivamente provado o tráfico de entorpecentes, uma vez que, a “mísera” quantidade de cocaína apreendida

destinava-se ao seu uso. Sustenta ainda a aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista a primariedade do réu. Assim, pleiteia a redução da pena imposta e a conseqüente substituição, nos moldes do art. 44 do Código Penal. Por fim, defende o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, aduzindo a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação de regime fechado para os crimes hediondos, como o tráfico de drogas.

Intimado para oferecer as **contrarrazões**, o Ministério Público a *quo* pugna pela manutenção da decisão de primeira instância, entendendo ser descabida a tese de desclassificação, posto que não encontra guarida nas provas carreadas aos autos (fls. 154157).

A Procuradoria de Justiça ofertou **parecer** (Procurador Alvaro Gadelha Campos – fls.168/170) pelo desprovemento do recurso, vez que a valoração da prova pelo magistrado foi adequada, tendo mensurado corretamente todas as circunstâncias que envolvem o evento. Quanto à pena, defendeu que também não carece de reforma.

É o relatório.

VOTO

Narra a inicial que, no dia 19 de novembro de 2014, por volta de 1h e 18 min, após denúncia anônima à guarnição da Polícia Militar, o denunciado foi encontrado no Bairro São Sebastião, na cidade de São José de Piranhas, com 08 (oito) papéletes de substância similar a cocaína, R\$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro e outros objetos pessoais descritos no termo de apresentação e apreensão.

Segundo ainda consta na exordial, o denunciado, que guiava uma motocicleta na Avenida Centenária naquele município, ao avistar os policiais, fugiu, sendo alcançado logo em seguida, oportunidade em que foi preso em

flagrante.

Por essa conduta ilícita, **Erilanio Ferreira Pereira**, apelido Pereirinha, foi denunciado pelo crime de **tráfico de entorpecentes**.

Ultimada a instrução criminal, foi julgada procedente a pretensão punitiva Estatal, para condenar o acusado nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006, a uma reprimenda definitiva de **06 (seis) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e **500 (quinhentos) dias-multa**.

Inconformado, o acusado interpôs apelo, suplicando pela absolvição da imputação que lhe é feita e requerendo a desclassificação da infração para o delito do art. 28 da Lei Antidrogas, ao considerar que não restou efetivamente provado o tráfico de entorpecentes, uma vez que a quantidade de cocaína apreendida destinava-se ou seu uso. Pleiteia ainda a redução da pena imposta com a conseqüente substituição, nos moldes do art. 44 do Código Penal, devido à aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista a primariedade do réu. Por fim, aduzindo a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação de regime fechado para os crimes hediondos, como o tráfico de drogas, defende o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto.

Sem razão o recorrente.

É que, não bastasse o enquadramento da ação do indigitado em um dos núcleos do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 (“guardar”), restou evidenciada, nos autos, a destinação comercial do material encontrado em sua residência, não se tratando de mero usuário.

Inicialmente, no que tange à **materialidade delitiva**, tem-se que está comprovada, por meio do termo de apreensão e apresentação (fl. 13); laudo de constatação provisória (fls. 10 e 11) e laudo toxicológico definitivo (fls.

102 e 103), tratar-se de apreensão de substância ilícita – COCAÍNA.

Quanto à **autoria**, encontra-se esta igualmente demonstrada no conjunto probatório, não obstante o réu negue terminantemente ser traficante de drogas, ao afirmar que adquiriu o entorpecente apenas para consumo próprio. No entanto, sua versão cai por terra, diante as provas amealhadas ao longo da instrução, as quais são mais do que suficientes para ensejar a condenação que lhe foi imposta, já que o mesmo não trouxe, aos autos, nenhum elemento capaz de desconstituir a prova contra si produzida, senão vejamos:

Os policiais que participaram da prisão em flagrante do acusado, **John Dalton Lima Lopes e André Luis Dias Moura Paletó** asseveraram:

QUE na madrugada de hoje, por volta das 00h10 min, o condutor estava de plantão quando foi informado pelo COPOM, **através de uma denúncia anônima, que havia uma pessoa conhecida por PEREIRINHA vendendo drogas nas proximidades do Bairro São Sebastião**; **Que a guarnição antes de chegar ao local encontrou o suspeito PEREIRINHA na Av. Centenária conduzindo uma motocicleta, sendo que o suspeito ao ver a viatura empreendeu fuga do local, sendo perseguido pela guarnição, vindo a ser alcançado próximo a Rua Gilberto Furtado**; Que foi realizado uma busca pessoal no suspeito, onde foram encontrados oito papéletes de uma substância similar à cocaína, bem como a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais); **Que o suspeito já fora preso outras vezes portando drogas**; QUE a motocicleta foi apreendida e se encontra no pátio da 3ª CIA de São José de Piranhas/PB a disposição da Delegacia. **(Depoimentos prestados na esfera policial, fls. 4 e 5) (Destaques de agora)**

QUE estava presente na prisão do réu. Que se recorda de ter sido encontrado com o réu oito papéletes de maconha. Que lembra que foi encontrado dinheiro com o réu, mas não se recorda precisamente quanto e se em cédulas de valor alto ou baixo. Que o réu estava trafegando na Avenida Centenária e quando viu a viatura empreendeu fuga. Que no momento em que foi abordado, o réu estava na Avenida Centenária e havia

pouco movimento na rua. **Que o réu já foi preso outras vezes, inclusive, por tráfico.**

Que o réu fugiu, oportunidade em que a PM o seguiu na viatura, com sinal de alerta e sirene ligada, contudo, ele só parou quando caiu da moto. Que mesmo após cair, o réu se levantou e tentou se evadir, razão pela qual os policiais o seguiram a pé. Que se recorda de ter participado de outra prisão do réu por tráfico de drogas.

Que segundo informações que receberam o réu é traficante e não usuário de drogas.

(ANDRÉ LUIS DIAS MOURA PALETÓ, perante a autoridade judicial, fl. 89) (Destaquei)

QUE se recorda que foram encontrados cerca de nove papелotes de maconha. **Que a PM recebeu uma denúncia anônima através do 190, asseverando que o réu estaria vendendo drogas na Avenida Centenária.** Que se dirigiram ao local e quando o réu viu a polícia fugiu. Que a PM foi em busca do réu e ao alcançá-lo encontraram com ele a droga, por volta de R\$ 500, 00 (quinhentos reais) em cédulas de valor alto e baixo, além de um celular. Que o local em que o réu foi encontrado não é comum a prática da traficância. Que no momento da prisão o réu estava sozinho. **Que a polícia já havia feito outras abordagens, inclusive, prisão do réu por tráfico de drogas. Que o depoente participou de outra prisão do réu por tráfico, quando, na oportunidade, portava nove pinos de cocaína.**

(JOHN DALTON LIMA LOPES, perante a autoridade judicial, fl. 90) (Destakes de agora)

Em seu interrogatório, o réu EriLanio Ferreira Pereira inicialmente disse que a droga apreendida - 08 embrulhos de plástico e 01 tubo tipo eppendorf, popularmente conhecido como “pino” contendo 2,77 gramas de Cocaína – seria para consumo próprio, alegando, inclusive, que utilizaria essa quantidade em uma única vez. Em seguida, contudo, disse que ia levar a substância entorpecente para uma festa de aniversário, após pedido de uns amigos, para consumirem lá.

Não há, nos autos, nenhum elemento que possa comprovar que o acusado iria participar nem que, ao menos, houve a realização dessa suposta festa. Além do que é, no mínimo estranho, o réu ter sido preso em flagrante, de

madrugada, tendo afirmado que pretendia chegar à festa apenas 01:00.

Afirmou ainda que não tem costume de comprar drogas, mas “TEVE A SORTE” de passar pela praça e ter uma pessoa vendendo drogas lá.

Assim, entendo que a versão dada pelo réu não apresenta verossimilhança, mostrando-se, como bem descreveu o magistrado sentenciante, “frágil e fantasiosa”, não demonstrando ademais possuir renda suficiente para sustentar o vício, fato que indica a necessidade de traficar para consumir.

Outrossim, a condição de viciado em tóxicos não é incompatível com a de traficante. Ao revés, aquele que é usuário de drogas contumaz, inevitavelmente, se desvia para a atividade mercantil em razão da degeneração produzida pelo consumo excessivo.

Logo, a condição de consumidor, por si só, não elide a de comerciante de drogas. A propósito:

Não há falar em absolvição se, além da prova oral carreada ao feito, os demais elementos de convicção também evidenciam que o réu incorreu na prática do delito de tráfico de drogas, notadamente diante dos firmes e harmônicos testemunhos de pessoas que presenciaram inclusive o ato mercantil. **Ademais, o mero fato do acusado eventual padecer de dependência química não afasta a imputação pela prática do tráfico de drogas, até porque é muito comum a figura do traficante-usuário, que se vale da venda ilegal de drogas como meio de manter seu próprio vício.** [...] (TJMS - APL: 00386802720128120001 MS 0038680-27.2012.8.12.0001, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 21/07/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: **23/07/2014**) (grifei)

Acrescente-se o fato do acusado já ser conhecido da polícia como traficante de drogas, tendo sido preso por eles pelo mesmo delito anteriormente. No mais, merece destaque também o fato do réu já ter se envolvido anteriormente em outros processos por crime de tráfico de entorpecentes, como se vê na certidão de antecedentes criminais (fls. 119/120).

Registram-se ainda os fatos de que a prisão do acusado se deu após denúncias anônimas sobre a situação de traficância, sendo indicado, inclusive, o seu nome, bem como do réu ter tentado fugir do local no momento da sua abordagem, além de ter sido encontrado, com ele, o valor de R\$ 500,00, cuja origem não foi comprovada eficazmente por ele.

Ao contrário, a defesa não trouxe, aos autos, elementos suficientes para afastar a veracidade das acusações imputadas, eis que pela natureza, condições em que foi encontrada a substância entorpecente e a apreensão do dinheiro indicam o intuito de repasse e comercialização ilícita do entorpecente apreendido, razão pela qual não há como prosperar a tese defensiva do réu de ser ele apenas um usuário de drogas.

As testemunhas de defesa (Maria José Ferreira de Lima, José Ferreira de Lima Filho, Fábio Ferreira de Lima, fls. 91, 92 e 93) nada acrescentaram que pudessem corroborar a versão apresentada pelo acusado.

No que se refere à alegação de que a quantidade de entorpecentes apreendida seria pequena, suficiente apenas para o consumo do apelante, não merece guarida.

A definição da conduta como de uso ou de tráfico de drogas não se baseia apenas na análise do quantitativo de entorpecentes apreendidos, mas perpassa por questões atinentes à forma como foram apreendidos, ao modo em que estavam acondicionados e, por óbvio, à finalidade a que se

destinava a substância.

No caso, percebe-se que foram encontrados com o acusado 08 (oito) embrulhos de plástico e 01 tubo tipo eppendorf, popularmente conhecido como “pino”, contendo 2,77 gramas de Cocaína de cocaína, tendo as circunstâncias como o acusado foi preso demonstrado a intenção da destinação comercial do material apreendido.

De outra banda, o art. 33 não se refere apenas à comercialização de substância entorpecente. Trata-se de tipo misto alternativo, em que o agente pode praticar uma ou mais condutas descritas e responder por um crime apenas. Assim, leva-se em consideração todos os elementos normativos, não sendo necessário individualizar a conduta em um núcleo isolado, ou seja, flagrar o ato comercial para que seja consumada a mercância ilegal.

Nesse sentido:

Vender, em tema de entorpecentes, é apenas uma das condutas típicas, e não conditio sine qua non de delito de tráfico ilícito, uma vez que deve ser considerado traficante não apenas quem comercia entorpecente, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de drogas, como, por exemplo, aquele que a guarda ou a mantém em depósito. (TJMG Apelação Criminal nº 1.0324.04.023371-4/001, Relator Paulo Cezar Dias, 13.9.2005)

Tem sido dito e repetido que, para a caracterização do crime de tráfico, não é indispensável que o agente do crime seja encontrado no ato de comércio, pois o tipo múltiplo do art. 12 relaciona diversas outras condutas. (TJRS, Habeas Corpus nº 70015107089, 1ª Câmara Criminal, Relator Ivan Leomar Bruxel, 17.5.2006)

Assim, restando evidenciado por todo o acervo probatório carreado aos autos que a conduta do recorrente se amolda perfeitamente às disposições contidas no artigo 33, *caput*, da Lei Antidrogas, impossível a

absolvição almejada, bem como a desclassificação do delito.

DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006.

Requer ainda o apelante a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no **§ 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006**, tendo em vista que o réu é tecnicamente primário, já que a única condenação proferida foi no presente processo.

Nesse ponto, merece acolhimento a pretensão do recorrente. É que a existência de processos em andamento, sem o devido trânsito em julgado, não podem ser consideradas como maus antecedentes.

Verifica-se que o magistrado sentenciante não aplicou a referida causa de diminuição da reprimenda, não fazendo menção ao assunto. Contudo, ressalta que “não se pode deixar passar que é pessoa voltada às práticas criminosas, conforme extensa certidão de ANTECEDENTES criminais acostada às fls. 119/121, a demonstrar, em tese, personalidade desajustada socialmente, com forte ausência de caráter”.

Assim a circunstância de o réu possuir maus antecedentes poderia ser motivo para a não aplicação da causa de diminuição da pena. Entretanto, ao meu ver, o apelante faz *juz* ao benefício, pois, conforme certidão de antecedentes Criminais (fls. 119/121) constata-se a existência de diversos processos pelos quais responde o apelante, mas nenhum com trânsito em julgado.

Ora é sabido que portador de maus antecedentes é o agente que possui contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado, excluída a reincidência.

Por sua vez a reincidência é circunstância agravante, e nos termos da Súmula 241 do STJ: **A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.**

Por conseguinte, é sabido que inquéritos policiais e ações penais em curso não geram maus antecedentes, conforme **Súmula 444** do Superior Tribunal de Justiça que dispõe:

“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Consequentemente, se os maus antecedentes não podem agravar a pena-base, também, não podem, logicamente, impedir o reconhecimento da causa de redução do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. É que o fundamento jurídico-constitucional para a edição da referida Súmula tem plena aplicação também aqui, qual seja, violação ao princípio da presunção de inocência.

Não se trata, portanto, de um argumento válido específica e exclusivamente para a fixação da pena-base, mas para toda e qualquer restrição legal que tenha por pressuposto os maus antecedentes.

Parece razoável, por conseguinte, que, uma vez afastados os maus antecedentes para fixação da pena-base, deve ser também removido o obstáculo legal para a admissão da causa de redução em causa.

Nesse exato sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA DE UM SEXTO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. COCAÍNA. POSSIBILIDADE.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM. 1. Mostra-se justificada a exasperação da pena-base além do mínimo legal baseada na natureza da droga apreendida - cocaína -, por se tratar de substância nociva à saúde do usuário, a teor do que preceituam os artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal. 2. Trata-se o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda. **3. Faz jus à diminuição da pena o paciente que preenche todos os seus requisitos, não sendo motivação idônea para se afastar a incidência da minorante a menção no sentido de ser o paciente detentor de maus antecedentes levando-se em conta condenação ainda não transitada em julgado.** 4. Habeas corpus denegado, e concedida a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzindo a pena do paciente na ação penal de que aqui se cuida a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.(grifo nosso) (HC 152.285/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 24/05/2010) - grifei

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO-CONHECIMENTO DA ORDEM NESSE ASPECTO. **MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RECONHECIMENTO.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06 ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. Resta prejudicado o pleito de se aguardar o julgamento em liberdade se transitada em julgado a condenação. **2. “Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem**

personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo” (HC 100.848/MS). 3. Preenchidos os requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não-dedicação às atividades criminosas e não-integração à organização criminosa, a paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena. 4. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, nos exatos termos do art. 44 da Lei 11.343/06. 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida. (grifo nosso) (HC 200900935066, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, 13/10/2009) – grifo nosso.

Assim, como acima demonstrado, verifica-se que à pena imposta ao apelante, deve ser aplicada a causa de diminuição, prevista no **art. 33, § 4º da Lei.11.343/2006, tendo em vista preencher os requisitos legais do citado dispositivo.**

Por outro lado, com relação a fração a ser utilizada (um sexto a dois terços), para a redução da pena, deve ser levada em consideração as circunstâncias judiciais gerais do artigo 59 do Código Penal, bem como as especiais do artigo 42 da Lei de Drogas (natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente).

Nesse sentido o entendimento:

[...] I - O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao juiz considerar a natureza e a quantidade da droga tanto na fixação das penas-base quanto na escolha da fração relativa à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da aludida Lei, não havendo que se falar em violação ao princípio do non bis in idem, mas, apenas, em utilização da mesma regra para finalidades e em momentos distintos (precedentes do STJ). II - Assim, não havendo fundamentos para que tal minorante incida na maior fração de 2/3 e tendo o Parquet se irrisignado, deve o Tribunal reconduzi-la a montante justo e condizente com o caso concreto. III - Banda outra, ao contrário do pugnado pelo Órgão

Ministerial, possível a fixação de regime prisional diverso daquele previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, incidentalmente proclamado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC n.º 111.840/ES. Assim apresentando-se o semiaberto, fixado na origem, o mais consentâneo, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, viável a sua manutenção. IV - Recurso ministerial provido em parte. (TJMG - APR: 10672120169236001 MG , Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento:23/10/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/10/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE PRATICADO DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ESCOLHA DO PATAMAR DE MITIGAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. (STJ - HC: 215716 SP 2011/0191616-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2011).- grifei

Assim, passo a redimensionar a reprimenda, com relação a terceira fase.

Pois bem, quando da fixação da reprimenda, o Magistrado na **primeira fase**, após analisar as circunstâncias judiciais, fixou a pena em **06(seis) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual mantenho.**

Na **segunda fase**, não há agravantes ou atenuantes a serem

ponderadas.

Na terceira fase, considerando as circunstâncias judiciais, já analisadas na sentença condenatória, bem como atentando que com o réu foi apreendido 2,77g (dois vírgula setenta e sete gramas) de cocaína, quantidade essa não significativa, mesmo se tratando de droga de alta toxicidade, aplico o percentual de redução da reprimenda no patamar de 1/3 (um terço), resultando em uma pena de **04 (quatro) anos de reclusão**, tornando-a **definitiva** ante a inexistência de outras causa de diminuição e aumento a considerar.

Por outro lado, no que se refere à pena de multa, considerando a reprimenda aplicada na primeira fase, ou seja, 500 (quinhentos) dias-multa e levando em consideração a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, a mesma fração de 1/3 (um terço), resultou em **334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa**, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, o que torno-a **definitiva**, em face de outras minorantes e majorantes a considerar.

Ademais, tendo reduzido a pena imposta ao réu, determino o **regime semiaberto** para início de cumprimento de pena, tendo em vista a análise das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, bem como a natureza da droga apreendida.

Deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos eis que não satisfeitos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, bem como o benefício do art. 77 do CP.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado para os crimes hediondos, entendo que resta prejudicada a sua análise, uma vez que, após redução da pena, foi fixado, neste apelo, o regime semiaberto para cumprimento inicial da reprimenda fixada.

Forte em tais razões, **dou provimento parcial ao apelo** para, aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, no patamar de 1/3, e reduzir a pena, imposta em desfavor do réu, para **4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa**, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Expeça-se guia de execução provisória.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos, Presidente da Câmara Criminal. Participaram do julgamento, o Exmo. Sr. Dr. José Guedes Cavalcanti Neto (Juiz de Direito convocado, com jurisdição limitada, para substituir o Exmo. Sr. Des. João Benedito da Silva), relator, o Exmo. Sr. Dr. João Batista Barbosa (Juiz de Direito convocado para substituir o Exmo. Sr. Des. Luis Silvio Ramalho Junior), revisor, e o Exmo. Sr. Des. Carlos Martins Beltrão Filho. Presente à sessão o Exmo. Sr. Dr. Amadeus Lopes Ferreira, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, aos 02 (dois) dias do mês de agosto do ano de 2016.

José Guedes Cavalcanti Neto
Juiz de Direito Convocado
RELATOR