



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR LUIZ SILVIO RAMALHO JÚNIOR

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL (Processo nº 0000905-31.2015.815.0181)

RELATOR: Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior

APELANTE: Renata Batista da Silva

ADVOGADO: Francisco de Fátima Barbosa Cavalcanti

APELADO: Justiça Pública

PENAL e PROCESSUAL PENAL – Apelação criminal. Crime contra a saúde pública. Tráfico de drogas no interior de penitenciária. Depoimentos seguros e coesos de agentes penitenciários. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Dosimetria. Circunstâncias judiciais favoráveis. Redução da pena. Possibilidade. Concurso de atenuantes e agravantes. Confissão espontânea e reincidência. Compensação. Provimento.

- *Se as provas presentes nos autos, em seu contexto, indicam para o crime de tráfico, a manutenção do decreto condenatório é medida que se exige.*

- *Se as balizas judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são, em sua maioria, favoráveis a ré, a pena cominada na r. sentença deve ser reduzida para patamar próximo do mínimo legal previsto para a espécie.*

- *Reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência, deve-se promover a compensação de ambas, eis que se apresentam como preponderantes, conforme Precedentes do STJ.*

VISTOS, RELATADOS e DISCUTIDOS estes autos, em que são partes as acima identificadas.

ACORDA a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator e, em desarmonia com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por **Renata Batista da Silva** (f. 56) em face da sentença proferida pela juíza da 1ª Vara Mista da Comarca de Guarabira/PB, que a condenou pela prática dos delitos descritos nos art. 33¹ e 40, III², ambos da Lei n. 11.343/2006, fixando-lhe pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, mais sanção pecuniária equivalente 500 (quinhentos) dias-multa. A magistrada singular fixou o regime inicial fechado e o valor do dia-multa no seu mínimo legal (fs. 43/46).

Narrou a peça imputatória inicial que, no dia 01 de março de 2015, por volta das 10:30hrs, na Penitenciária Bosco Carneiro, na Cidade e Comarca de Guarabira/PB, a apelante trazia consigo drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Constou ainda, que ao adentar na penitenciária a fim de visitar determinado detento, Renata Batista foi flagrada pelo disparo do detector, ocasião em que foi abordada por agentes e encaminhada ao hospital local, onde foi examinada e constatado que trazia consigo, escondido na vagina, 2 (dois) tabletes de substância *cannabis sativa linneu*, vulgarmente conhecida por “maconha”, razão pela qual, foi presa em flagrante delito, sob a acusação de tráfico (fs. 02/03).

Em suas razões, a d. Defesa intenta a redução da pena-base para o mínimo legal previsto para a espécie, por entendê-la exacerbada e a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (fs. 72/74).

Contrarrazões do Ministério Público, pelo não provimento do recurso, mantendo-se a sentença tal como proferida (fs. 77/79).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do apelo defensivo (fs. 84/86).

É o relatório.

– VOTO – Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior (Relator).

Ao exame dos autos, verificamos que não se implementou nenhum prazo prescricional, bem como não há preliminares a serem enfrentadas.

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade próprios da

1 Lei n. 11.343/06 – Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

2 Lei n. 11.343/06 – Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...];

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

espécie. É tempestivo e a apelante, parte legítima, sendo possível, pois, a sua interposição, conforme dispõe o art. 593, inciso I³ do Código de Processo Penal.

A materialidade e autoria estão devidamente comprovadas nos autos e não são objeto de insurgência por parte da combativa Defesa, tratando-se, pois, de aspecto incontroverso.

Como já adiantado, cinge-se a insurgência defensiva pela redução pena-base e compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

O recurso deve ser provido.

Registre-se, *ab initio*, que a fixação da pena, como se sabe, é questão que se insere na órbita de convencimento do magistrado, no exercício do 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 insculpidos nos arts. 59⁴ e 68⁵ do Código Penal.

Sobre o tema, o sempre atual Rogério Greco⁶, em obra de indispensável leitura, leciona:

[...] “Ainda no escólio de Frederico Marques, “a sentença é por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais. Trata-se de um *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista “consiste na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser impostas, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis””.

[...]. Além disso, a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.”

Dentro deste espírito, não se pode esquecer que o objetivo da pena não é eternizar o sofrimento da acusada, mas, sim, reeducá-la, para que possa

3 CPP – Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

4 CP – Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

5 CP – Art. 68 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

6 Código Penal Comentado. Rogério Greco. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2009. Niterói/RJ. Editora Impetus, pág 68.

reintegrar-se à sociedade.

Pois bem. No caso em disceptação, entendemos que houve um juízo de desvalor realizado por ocasião da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, cuja avaliação não trouxe nenhum dado concreto, aferível a partir da prova dos autos, capaz de justificar a exasperação da pena-base.

Com efeito, dos indicativos elencados no citado art. 59 do Código Penal, a culta sentenciante considerou desfavoráveis a apelante, a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias crime, fixando a básica em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Sobre a culpabilidade, destacou-se (f. 45):

“A ré agiu dolosamente tentando disseminar droga no interior do presídio;”

A culpabilidade, tida em seus aspectos estruturais (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), enquanto elemento constitutivo do crime – de acordo com sua concepção tripartite (fato típico, antijurídico e culpável) – não se confunde com a culpabilidade apontada no art. 59 do Código Penal.

Aquela integra o próprio crime, cuja sanção já se encontra abstratamente prevista no preceito secundário da norma incriminadora. Esta é circunstância judicial indicativa da aplicação da pena-base, quando já verificada a ocorrência do delito, segundo o seu grau de reprovabilidade.

No ponto, segue a doutrina de Rogério Greco⁷:

[...] “Logo no primeiro momento, **quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais de uma vez, a análise da culpabilidade**. Temos de realizar, dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; **na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base**. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador.” [...] (grifamos).

Sobre a matéria, eis o STJ⁸:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ABUSO DE CONFIANÇA. IMPROCEDÊNCIA. AGENTE QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE GERENTE DA EMPRESA-VÍTIMA. RELAÇÃO DE CONFIANÇA. PENA-

7 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 11 ed., Rio de Janeiro: Impetus. 2009, p. 536.

8 (HC 90.161/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)

BASE. REAJUSTAMENTO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.

1. [...].

4. A pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF) de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

5. A imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e o potencial conhecimento da ilicitude constituem pressupostos da culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime, ao passo que a “culpabilidade” prevista no art. 59 do Código Penal diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, esta, sim, a ser valorada no momento da fixação da pena-base.

7. [...].

9. Ordem concedida parcialmente para reduzir a pena do paciente de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa a 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, mantidos o regime prisional aberto e a substituição de pena. (grifamos).

No presente caso, a d. juíza limitou-se a afirmar que “A ré agiu dolosamente tentando disseminar droga no interior do presídio”. Não indicou em que medida, diante do caso concreto, dar-se-ia o grau de reprovabilidade, capaz de autorizar a elevação da pena. Em outra dicção, o delito, em si, é reprovável e isto já encontra resposta penal na sanção mínima estipulada no tipo. Para que a pena possa ser exasperada, sob tal justificativa, é preciso que se demonstre qual a intensidade desta reprovação, extrapolando-se, portanto, a censura já considerada na própria norma incriminadora.

A respeito dos motivos do crime, destacou (f. 45):

“o delito foi motivado para agradar o companheiro.”

Dimensionando esta modulante, destaca Rogério Greco⁹:

[...] “Os motivos são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal. Nas lições de Pedro Vergara, “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas.” [...].

O fato de a apelante querer ou não agradar seu companheiro e, em razão disso trilhar pelas veredas da traficância, não ultrapassa os dados inerentes à própria figura típica e, por isso, não autoriza, sob nossa ótica, o aumento da pena-base para além do mínimo.

Pertinente às circunstâncias, consignou a magistrada (fs. 45/46):

“As circunstâncias do crime, o qual foi praticado no interior de estabelecimento prisional e, ainda, em razão do desvalor da conduta da ré, que pretendia repassar considerável quantidade de entorpecente à

9 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 10 ed., Rio de Janeiro: Impetus. 2008, p. 565.

pessoa que já se encontrava segregada do meio social, são desfavoráveis.”

Sobre as circunstâncias, leciona Guilherme Nucci¹⁰:

[...] “Circunstâncias do crime são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito.” [...].

Aqui, mais uma vez, a juíza utilizou-se de dado inerente ao próprio tipo, tendo em vista que o cometimento da infração nas dependências de estabelecimento prisional configura causa de aumento de pena descrita no inciso III, do art. 40, da lei 11.343/2006¹¹, e, portanto, a sua consideração, para exasperar a pena-base, configura indevido *bis in idem*.

Passo, pois, à reestruturação da reprimenda:

Assim, considerando como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase do processo dosimétrico, presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, compenso ambas as circunstâncias, tal como pleiteia a defesa.

Registro, por oportuno que, não obstante a confissão espontânea revele um traço de boa personalidade, razão por que considerada preponderante, não se pode negar que o art. 67 do Código Penal a pôs em grau de equivalência com a reincidência. Eis o dispositivo:

CP – Art. 67 – No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A propósito, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça¹²:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS

10 Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed., São Paulo: RT. 2008, p. 400.

11 Lei 11.343/2006 – Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

12 (HC 367.820/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016)

IDÔNEOS. (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). APELAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DA ADOTADA NA SENTENÇA. PENA INALTERADA. POSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. **CONFISSÃO QUALIFICADA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.** ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A natureza e a quantidade da droga apreendida (146,63g de crack) constituem, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, elementos capazes de justificar o aumento da pena-base.

3. Não há *reformatio in pejus* na exasperação da pena-base pelo Tribunal de origem, por motivos diversos do Juízo sentenciante, quando o novo fundamento acrescentado pelo Tribunal *a quo* não resultou em agravamento da situação do réu.

4. **O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal – CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), ainda que parcial ou qualificada, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes.** Súmula n. 545/STJ. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando-se a pena do paciente.** (grifamos).

Assim, mantenho a pena no mesmo patamar acima fixado.

Na fase final, reconhecida a causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, aumento as penas no mesmo patamar da sentença, qual seja, 1/6 (um sexto), concretizando-as, à míngua de outras causas modificadoras, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais sanção pecuniária equivalente a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, preservado o valor unitário no importe mínimo legal.

Nos termos dos arts. 33, § 2º, “b”¹³ e 44, inciso I¹⁴, ambos do

13 CP – Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...];

§ 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...];

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

14 CP – Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Código Penal, diante do *quantum* de pena aplicada e em razão da reincidência da acusada, mantenho o regime prisional fechado e deixo de substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso defensivo, para reduzir a pena imposta a apelante Renata Batista da Silva, para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima, mantendo, quanto ao mais, o r. *decisum* objurgado.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Benedito da Silva, decano no exercício da Presidência da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Luiz Sílvio Ramalho Júnior, relator**, Carlos Martins Beltrão Filho, revisor, e Márcio Murilo da Cunha Ramos.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 23 de fevereiro de 2017.

Desembargador Luiz Sílvio Ramalho Júnior
Relator

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; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)