



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

Acórdão n.º : 26.055
Classe : **Apelação n.º** 0004427-43.2017.8.01.0001
Foro de Origem: Rio Branco
Órgão : Câmara Criminal
Relator : **Des. Elcio Mendes**
Revisor : Des. Samoel Evangelista
Apelante : Erik Bascio Braga
D. Público : João Ildair da Silva (OAB: 3246/RO)
D. Público : Defensoria Pública do Estado do Acre
Apelado : Ministério Público do Estado do Acre
Promotor : Marcos Antônio Galina
Assunto : Direito Penal

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. MUDANÇA DE REGIME INICIAL FECHADO PARA SEMIABERTO. INACEITABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aliada à quantidade de drogas apreendidas, justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

2. Para concessão da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, todas as exigências devem ser atendidas.

3. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos para fixação da pena-base (art. 33, § 3º, do Código Penal).

4. Pena privativa de liberdade superior a quatro anos não pode ser substituída por restritiva de direitos (art. 44, I e III, do Código Penal).

5. Apelo conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004427-43.2017.8.01.0001, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

Estado do Acre, **à unanimidade, negar provimento ao apelo**, nos termos do voto do relator e das mídias digitais arquivadas.

Rio Branco-AC, 15 de março de 2018

Des. Samoel Evangelista
Presidente

Des. Elcio Mendes
Relator

RELATÓRIO

O **Excelentíssimo Senhor Des. Elcio Mendes, Relator:** Trata-se de **Apelação Criminal** interposta por **Erik Bascio Braga**, qualificado nestes autos, contra sentença do **Juízo da Vara de Delitos de Drogas e Acidentes de Trânsito da Comarca de Rio Branco-AC**, que o condenou à pena de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e, ao pagamento de 612 (seiscentos e doze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, art. 12, "caput", da Lei nº 10.826/03 e art. 180, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais (fls. 175/191),



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

requer: a) A redução da pena-base ao mínimo legal em relação ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006; b) Aplicação da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo; c) A fixação do cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, no que se refere ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas; e, d) A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões (fls. 196/201), oportunidade em que manifestou-se pelo **provimento parcial do recurso** para que seja reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com o conseqüente redimensionamento da pena e do regime inicial de cumprimento.

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer às fls. 204/211, opinando pelo **conhecimento e desprovimento** do apelo.

É o relatório que submeti à revisão.

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Des. Elcio Mendes, Relator: O presente recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual o conheço.

Inicialmente, defiro a gratuidade judiciária, nos moldes do art. 98, § 1º, do Código de Processo Civil.

Consta da denúncia (fls. 72/76):

"Consta no incluso Inquérito Policial nº 495/2017, oriundo da Delegacia de Flagrantes -



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

DEFLA, que no dia 25 de abril de 2017, por volta das 20h00min, na Rua 16 de Outubro, Bairro Quinze, Rio Branco/AC, o denunciado **Erik Bascio Braga** foi preso em flagrante delito, quando livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal, adquiriu, trazia consigo, tinha em depósito e/ou guardou, para o tráfico, **17 (dezessete) "porções"** de **maconha**, peso aproximado de 2.240g (dois mil, duzentos e quarenta gramas), droga esta relacionada nas **Listas "E" e "F"**, de uso proscrito em todo território nacional, de acordo com a **Resolução RDC nº 87 da ANVISA/MS, de 28/06/2016, e em conformidade com a Portaria 344 SVS/MS, de 12/05/1998, republicada no DOU de 01/02/1999**, por ser capaz de determinar dependência física e/ou psíquica.

Consta ainda no incluso Inquérito Policial, que o denunciado **Erik Bascio Braga**, adquiriu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime em sua residência.

Consta mais no incluso Inquérito Policial, que na data e local supracitados, o denunciado **Erik Bascio Braga**, estava na posse irregular de arma de fogo e de munições de uso permitido.

Pelo que restou apurado, no dia 25 de abril de 2017, por volta das 20h00min, Policiais Militares encontravam-se em patrulhamento na Rua 16 de Outubro, Bairro Quinze, quando o denunciado **Erik Bascio Braga** passou pilotando a motocicleta Shineray, cor vermelha, placa QLU-4799, em alta velocidade.

Diante do fato, os policiais abordaram e revistaram o denunciado **Erik Bascio Braga**, apreendendo em seu poder, 01 (uma) "porção" de maconha. Em seguida pediram os documentos de porte obrigatório do veículo, porém ele não portava, e ainda informou que não era habilitado. De imediato os policiais solicitaram que o denunciado **Erik Bascio Braga** os levassem até a sua residência, situada na Travessa Cícero Guedes, 270, Bairro Quinze, Rio Branco/AC, sendo atendidos.

Ao chegarem na residência por volta das 20h58min, do dia 25/04/2017, avistaram a motocicleta marca/modelo Yamaha Factor YBR 125 ED, cor preta, placa NXR-7745, no quintal, sendo que, após consulta, verificou-se que havia registro de roubo.

Ato contínuo, adentraram na residência do denunciado **Erik Bascio Braga** e encontraram em seu interior, os nacionais **Katrine de Araújo Chaves** (esposa), **Afonso Vinicius Alves da Rocha Júnior** (irmão) e **Antonio Ruan Severo da Costa** (amigo).

Em seguida realizaram buscas na residência, encontrando mais maconha em um dos quartos, precisamente na gaveta do guarda-roupas e



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

enterradas no quintal, totalizando **17 (dezessete) "porções de maconha"** (Laudo de Exame Toxicológico Preliminar, fl. 56).

Foram apreendidos ainda: 01 (um) revólver marca Taurus calibre 32; 04 (quatro) munições calibre 32, batidas mas não deflagraadas; 01 (uma) motocicleta marca/modelo Yamaha Factor YBR 125 ED, cor preta, placa NXR-7745 (restituída à fl. 49); R\$ 348,80 (trezentos e quarenta e oito reais e oitenta centavos); 01 (uma) furadeira marca Skil; 01 (uma) TV de LED de 32 polegadas marca Philco; 01 (um) Notebook marca Evolution; 03 (três) aparelhos celulares Samsung; 01 (um) capacete preto (Termo de Apresentação e Apreensão, fl. 48), bem como os demais objetos constantes no Boletim de Ocorrência (fls. 46/47). Ao ser interrogado em sede policial (fl. 41), o denunciado **Erik Bascio Braga**, afirmou: "**... que reside com o irmão AFONSO, a esposa KATRINE, e o amigo RUAN. Que vende drogas em casa há duas semanas. Que vende para poucas pessoas, ou seja, somente para quem conhece, portanto, o movimento na casa é pequeno. Que hoje, estava trafegando na rua na ponte nova, quando foi abordado pela polícia que encontrou um tablete de maconha com o depoente. Que então, os policiais foram até a casa do depoente, então lá encontraram uma moto Factor que o depoente alega ter comprado por 500 reais de pessoa desconhecida que passou na rua há um mês atrás. Encontraram no interior da casa do depoente um revólver calibre 32 comprado há um mês. Que as drogas encontradas no quintal e na casa são de propriedade do depoente para vendê-las para usuários de drogas. Que KATRINE, AFONSO, RUAN não sabiam que o depoente vendia drogas, nem que havia arma de fogo dentro de casa (...)**" .

(grifei)

Portanto, analisando os autos, observa-se que não há provas suficientes do envolvimento dos nacionais **Katrine de Araújo Chaves, Afonso Vinicius Alves da Rocha Júnior e Antonio Ruan Severo da Costa**, com os crimes praticados pelo denunciado **Erik Bascio Braga**, razão pela qual deixo de denunciá-los no presente feito.

Conclui-se, assim, que o increpado praticou os delitos de tráfico de drogas, receptação e posse irregular de arma de fogo e de munições de uso permitido, conforme restou configurado nos depoimentos carreados às fls. 32, 33, 34, interrogatório do denunciado **Erik Bascio Braga** (fl. 41), todos juntados ao Caderno Inquisitorial, onde, revelou o estrategema para a prática da traficância e outros crimes.

A materialidade encontra-se externada no Boletim de Ocorrência (fls. 46/47), Termo de Apresentação e Apreensão (fl. 48), e corroboram-se com o Laudo de Exame Toxicológico Preliminar (fl. 56). O



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

Laudo de Exame Toxicológico Definitivo da droga e o Laudo de Exame de Eficiência da arma e munições foram requisitados e já solicitamos o imediato encaminhamento, consoante ofícios anexos."

A materialidade e autoria restaram devidamente comprovadas e não são pontos de discussão do presente recurso.

Passo à análise dos pedidos.

- Da redução da pena-base ao mínimo legal no que diz respeito ao delito capitulado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aliada à quantidade de drogas apreendidas, justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Alega a defesa que o Magistrado a quo valorou negativamente apenas **um** dos sete vetores do art. 59 do Código Penal, entendendo que a pena aplicada merece ser revista ante a ausência de fundamentação.

Razão não lhe assiste.

O art. 59, inciso II, do Código Penal, estabelece que, para fixação da pena-base o Magistrado a aplicar dentro dos limites previstos.

O *caput* do mesmo artigo prevê que a fixação deverá atender à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, ao comportamento da vítima, estabelecendo a pena conforme seja necessária e



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A doutrina de *Ricardo Augusto Schmitt*,
leciona:

"O julgador deverá, ao individualizar a pena, examinar com cautela os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidas e sopesadas todas as circunstâncias judiciais, para aplicar, de forma fundamentada, a sanção que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente à reprovação do crime." (Sentença Penal Condenatória, p. 179, Ed. Jus Podivm, 11ª edição – revisada e atualizada, 2017)

Analisando a r. Sentença vergastada, verifico que o Juízo Singular valorou negativamente a culpabilidade.

Vejam.

a) Culpabilidade.

No que diz respeito à circunstância judicial guerreada, **culpabilidade**, o nobre doutrinador Ricardo Augusto Schmitt pontua que **"deverá ser entendida como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, pois trata-se de um plus de reprovação da conduta do agente"**. (Sentença Penal Condenatória, p. 131, Ed. Jus Podivm, 11ª edição – revisada e atualizada, 2017)

O dimensionamento da culpabilidade, conforme magistério do Juiz de Direito Ricardo Schmitt, quando cotejado com as demais circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, indicará o grau de censurabilidade da conduta do agente:



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

"O seu dimensionamento, quando cotejado com as demais circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal, revelará ao julgador o grau de censura pessoal do acusado na prática do ato delitivo.

A circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos disponíveis no caso concreto. A adjetivação negativa ou censurável reclama criteriosa pesquisa nos elementos probatórios comprovados a referendá-la.

O exame da culpabilidade servirá para aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em decorrência da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível pelo agente, na situação em que o fato ocorreu". (Sentença Penal Condenatória, p. 130/131, Ed. Jus Podivm, 11ª edição – revisada e atualizada, 2017) – destaquei-

Ademais, a culpabilidade, de acordo com Schmitt, *"está ligada a intensidade do dolo ou grau de culpa do agente, que deverá ser graduada no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base". (Sentença Penal Condenatória, p. 131, Ed. Jus Podivm, 11ª edição – revisada e atualizada, 2017)*

Outrossim, a *tomada da culpabilidade como circunstância judicial atende ao critério constitucional da individualização da pena, chegando à definição da maior ou menor participação do agente (STF HC 105674/RS)¹.*

Seguindo essa linha de raciocínio, a valoração do grau de censurabilidade da conduta, dentro do contexto em que fora cometido o crime, é tarefa do julgador,

¹SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 11ª edição revista e atualizada, Editora Jus Podivm, fl. 130.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

agindo o Magistrado *a quo* de forma correta ao valorar negativamente a culpabilidade, conforme se extrai da sentença (fl. 146):

"A culpabilidade é elevada, pois fazia de sua residência local de guarda de grande quantidade de droga."

Com efeito, o Recorrente era capaz de entender o ilícito, poderia ter evitado e não o fez, usava sua residência para vender entorpecentes, o que eleva o grau de censurabilidade de sua conduta, justificando de forma correta o Juízo de Piso a negatização desta circunstância.

Entretanto, para efeito de fixação da pena-base, em crimes de tráfico de drogas, **há de ressaltar a preponderância do art. 42 da Lei Antidrogas sobre o art. 59 do Código Penal**, o que restou observado pelo Juízo Sentenciante:

"Contudo, deverá preponderar nessa fase a grande quantidade de droga encontrada em poder do acusado, qual seja: 17 (dezessete) "porções" de maconha, pesando 2.392,15g (dois mil, trezentos e noventa e dois gramas e quinze centigramas)." - destaquei-

O Superior Tribunal de Justiça posicionou:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA DETRAÇÃO. PROVIDÊNCIA INÓCUA. AUSÊNCIA DE REFLEXOS NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

PENA. NÃO CONHECIMENTO. 1. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a acentuada culpabilidade decorrente da atuação do paciente no tráfico de drogas "com requintes de profissionalismo", bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida - 48 kg de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal a quo, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha. 2. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. 3. O paciente permaneceu preso por 8 meses e 13 dias, razão pela qual é inócua a providência de análise da detração, porquanto não terá nenhum reflexo no regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a reprimenda final do paciente restou fixada em 9 anos e 4 meses de reclusão. 4. Habeas corpus não conhecido." (HC 376972/DF, HABEAS CORPUS 2016/0287229-4. **Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, Sexta Turma, julgamento 14/02/2017, DJe 22/02/2017) – destaquei -

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. I - In casu, o aumento da pena-base acima do mínimo legal encontra-se devidamente justificado na natureza da droga apreendida (crack), uma vez que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. II - No que diz respeito ao quantum de exarcebção - 1 (um) ano acima do mínimo legal,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

verifica-se que ele está devidamente justificado em elementos concretos e dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução. Precedentes. III - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal - aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 - exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. Incidência da Súmula 07/STJ. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1697204 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2017/0240827-7, **Relator Ministro FELIX FISCHER**, T5 - Quinta Turma, Julg.: 12/12/2017) - destaquei-

Acerca do tema, esta Câmara já firmou entendimento que a quantidade e a natureza da droga apreendida são pontos cruciais para a majoração da pena-base:

"PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA NÃO DEMONSTRADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. **CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE COCAÍNA APREENDIDA. NÃO PROVIMENTO DO APELO.** 1. Restando cabalmente comprovado que a considerável quantidade de cocaína apreendida destinava-se a mercancia ilegal, não há que se falar em absolvição do crime de tráfico de drogas. 2. Alegação verbal não comprova dependência toxicológica. **3. A redução da pena não é algo simplesmente matemático, devendo, nos delitos de drogas, serem avaliadas a quantidade e natureza da substância apreendida, obedecendo-se ainda aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.**" (ACR n.º 0001930-31.2014.8.01.01.0011, **Relator Desembargador Pedro Ranzi**, julgamento 13/07/2017.) - destaquei -

Com efeito, a pena-base fixada pelo Juízo a quo, nas condições do caso em tela, obedeceu aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não merecendo reparos a sentença de primeiro grau.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

- Da aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Para concessão da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, todas as exigências devem ser atendidas.

Segundo o Apelante, este faz jus ao benefício da redução de pena, previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Sem razão.

A pretendida redução refere-se ao "tráfico privilegiado", ou seja, a possibilidade de diminuir a pena imposta ao traficante eventual, de primeira viagem, que não faz parte de nenhuma organização criminosa e não possui ficha criminal.

O pleito refere-se à possibilidade de aplicação da redução de pena no patamar máximo.

Contudo, o Recorrente não preenche todas as exigências do citado dispositivo legal (primariedade; bons antecedentes; e não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa), uma vez que confessou que vende drogas em sua residência.

Extraí-se do seu depoimento em sede policial, fl. 41: "(...) que reside com o irmão AFONSO, a esposa KATRINE, e o amigo RUAN. **Que vende drogas em casa há duas semanas.**"

Em Juízo, declarou, fl. 140: "(...) que



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

dentro da casa do interrogando de fato foi encontrada a droga, que estava no quintal de sua casa, enterrada; que a droga estava sendo guardada para o traficante que devia R\$ 1.500 reais ...".

Ressalte-se que somente o preenchimento de todas as exigências previstas no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, autorizam a imposição da redutora penal, o que não é o caso em espécie.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. No caso dos autos, constato que não houve o reformatio in pejus, tendo em vista que não houve agravamento na situação do acusado, porquanto a pena-base ficou no mesmo patamar fixado na sentença, tendo o Tribunal local se utilizado da quantidade e da qualidade dos entorpecentes - 926 g de cocaína - motivos que são suficientes para manter a exasperação da pena-base. **3. Não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º,**

13



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida.

4. Por fim, não havendo redimensionamento da pena, tendo esta ficado no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o fechado, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal. 5. Habeas corpus não conhecido." (HC 377559 / SP HABEAS CORPUS 2016/0290922-4, **Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA**, T5 - Quinta Turma, Julg. 09/03/2017) - **Destaquei**

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. (...) 2. A redução da pena em virtude da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ainda quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra in procedendo, aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime(...)

3. In casu, a) o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06; b) o TRF da 3ª Região deu parcial provimento à apelação da defesa para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto), reduzindo o quantum da pena para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. A Corte Regional justificou a aplicação de percentual inferior ao máximo legal em razão da atuação do paciente na condição de "mula", figura que, inobstante não se subordinar, de modo permanente, às organizações criminosas, nem integrar seus quadros, é peça fundamental para "assegurar a insuspeição da prática criminosa". (...) 6. Habeas corpus extinto sem julgamento de mérito.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

Ordem concedida de ofício para determinar que o juízo da execução verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime." (HC 121543/ SP - SÃO PAULO, **Relator Min. LUIZ FUX** Julg.: 03/06/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma) - destaquei-

Com efeito, verifico que, no caso em apreço, o Apelante não preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício, em virtude da quantidade de droga apreendida e do envolvimento com traficantes.

- Da aplicação de regime de cumprimento de pena menos gravoso.

A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos para fixação da pena-base (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Segundo o Apelante, para a fixação do regime inicial fechado, não houve fundamentação na sentença guerreada para sua aplicação, havendo apenas condições pessoais favoráveis, o que afasta o cumprimento em um regime mais gravoso.

O pedido não merece guarida.

O Juízo Singular, ao fixar o regime inicial fechado, atendeu ao preceito estabelecido no art. 33, § 3º, do Código Penal.

É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao admitir a fixação de regime inicial fechado, em virtude da existência de circunstância judicial

15



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

desfavorável (art. 59, *caput*, do Código Penal) e da quantidade e natureza da droga apreendida, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Cumpre anotar **a considerável quantidade de droga apreendida, importando em 17 (dezessete) "porções", pesando 2.240g (dois mil, duzentos e quarenta gramas) de maconha.** A distribuição da droga apreendida no submundo da mercancia ilegal, com certeza, causaria males irreversíveis na sociedade.

Seguindo esta linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, pontificou:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **TRÁFICO DE DROGAS.** INTERROGATÓRIO. NULIDADE. ART. 57 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO NO HC 127.900/AM. ART. 400 DO CPP. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA SOBRE O DA ESPECIALIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. **A QUANTIDADE E A NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.** ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. RÉU REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE. **REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS, NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. MODO FECHADO.** AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte havia firmado o entendimento de que "as regras do procedimento comum não derogam diversa previsão de procedimentos regulados por lei especial, em razão do princípio da especialidade" (HC 347.723/SC, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/6/2016).

3. Tendo a Lei n. 11.343/2006 estabelecido rito próprio para o processamento de crimes de tráfico de drogas, determinando o seu art. 57



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

que o interrogatório será o primeiro ato da instrução, não deve incidir o disposto no art. 400 do CPP, que é regra geral.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, concluiu que "a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, em procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas" (RHC 39.287/PB, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

5. Hipótese em que a audiência de instrução foi realizada em 13/6/2013. Seguindo a orientação da Suprema Corte, não há declarar a nulidade do feito, uma vez que a incidência da norma prevista no art. 400 do CPP às ações penais regidas por legislação especial somente ocorre quanto aos atos praticados após a publicação do referido julgado, qual seja, a partir de 3/8/2016, razão porque a nova orientação não se aplica à espécie.

6. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

7. Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

8. O acórdão impugnado manteve o aumento da pena-base para 5 anos e 10 meses de reclusão, na medida em que destacou as circunstâncias do delito, levando em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida (34 comprimidos de ecstasy).

9. Conforme consignado pelo Tribunal de origem, o paciente detém duas condenações transitadas em julgado, pela prática do tráfico de drogas, o que afastaria a aplicação da causa



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Dessa forma, tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

10. **Fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos e sendo o paciente reincidente, inviável a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena reclusiva, uma vez que a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais gravoso.**

11. Writ não conhecido." (HC 293129 / SC, Habeas Corpus 2014/0092583-5, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 09/05/2017, DJe 11/05/2017)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO PRETÓRIO EXCELSO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL CONCLUÍDA ANTES DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. MÁCULA NÃO CONFIGURADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça possuía entendimento pacífico no sentido de que se a Lei 11.343/2006 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, deve ser aplicada a legislação específica, pois as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900/AM, firmou a compreensão de que o artigo 400 da Lei Penal Adjetiva deve ser observado nos procedimentos especiais, tese que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve ser aplicada às instruções processuais não encerradas a partir da data de publicação da ata de julgamento.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

3. Embora tal decisão seja desprovida de caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, razão pela qual passou a ser seguido por este Sodalício.

4. Na espécie, a sentença condenatória foi proferida no ano de 2015, ou seja, o réu foi interrogado bem antes da alteração jurisprudencial em questão, o que impede o reconhecimento da nulidade arguida.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente na folha de antecedentes do réu, que se dedicava à prática de ilícitos.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. **Na espécie, a anterior condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, somada ao fato de que comercializava diversas espécies de entorpecentes, justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.** 3. Habeas corpus não conhecido." (HC 395708 / SP, Habeas Corpus 2017/0081969-4, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

Diante disso, o regime fechado fixado pelo Juízo *a quo* não merece reparo, para não retirar da sanção penal a sua finalidade repressiva.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

- Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pena privativa de liberdade superior a quatro anos não pode ser substituída por restritiva de direitos (art. 44, I e III, do Código Penal).

Por fim, a defesa postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Pois bem.

Mantida a pena aplicada, qual seja, 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o Apelante não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz dos incisos I e III, do art. 44 do Código Penal.

Acerca do tema:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...)

4. A pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos não pode ser substituída por outra restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal. 5. In casu, o paciente foi condenado a 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, não sendo possível, destarte, a substituição da reprimenda. 6. Habeas corpus extinto sem julgamento de mérito. Ordem concedida de ofício para determinar que o juízo da execução verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime." (HC 121543/ SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS **Relator Min. LUIZ FUX**, Julg.: 03/06/2014, Primeira Turma, Publicação 01-08-2014) - **Destaquei.**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Câmara Criminal

Diante disso, a decisão do Juízo de Piso está em consonância com a lei e não deve ser alterada.

Posto isso, **voto pelo desprovimento do apelo.**

Considerando recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal de que a confirmação da sentença, em segundo grau de jurisdição, não ofende o Princípio da Presunção de Inocência, **voto no sentido de dar continuidade ao cumprimento da pena privativa de liberdade ora mantida**, independentemente do seu trânsito em julgado, conforme Guia de Recolhimento Provisória, fls. 164/165.

Sem custas.

É o voto.

DECISÃO

Conforme consta da Certidão de Julgamento, a decisão foi a seguinte:

"Decide a Câmara, negar provimento ao apelo. Unânime. Câmara Criminal - 15/03/2018."

Participaram do julgamento os Desembargadores Elcio Mendes, Samoel Evangelista e Pedro Ranzi.

Bel. Eduardo de Araújo Marques
Secretário