

1ª CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO Nº 566591-8 JUÍZO DE ORIGEM: 15ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL
APELANTE: ----- APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
PERNAMBUCO RELATOR: DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO PROCURADORA DE JUSTIÇA: MÁRIO
GERMANO PALHA RAMOS VOT O De início, ressalte-se que a apelante não contesta a materialidade e a
autoria delitivas. A despeito disso, considero que o decreto condenatório está amparado em conjunto probatório
produzido sob o crivo do contraditório. Registre-se que a autoria e a materialidade delitivas restaram
comprovadas pelo auto de apresentação e apreensão, fl. 26-29, laudo preliminar, fl. 30, laudo de perícia
físicoquímica, fl. 142-146, bem como pelos depoimentos das testemunhas, pela própria confissão do apelante e
pelos demais elementos e circunstâncias presentes no caderno processual, sendo incontestes a ocorrência do
ilícito. Como já consignado no relatório, pugna o apelante pela reforma da sentença nos termos abaixo: * 1. Da
dosimetria. 1.1 . Pena-base no mínimo legal. No tocante à dosimetria, pugna para que seja redimensionada a
pena-base ao mínimo legal, em razão de fundamentação inidônea das circunstâncias judiciais. O pleito merece
prosperar em parte. Da leitura da sentença no que pertine a dosimetria, fls. 489, o Magistrado valorou
negativamente a culpabilidade, o motivo, as circunstâncias e as consequências do crime, fixando a pena-base
em 09 (nove) anos e 08 (oito) meses de reclusão. No entanto, verifico que as circunstâncias judiciais do motivo e
das consequências foram valorados de modo genérico, sendo inerentes ao próprio tipo, restando apenas a
culpabilidade e as circunstâncias do crime que foram valoradas em razão da apreensão de 7,2 kg (sete e
duzentos quilogramas) de crack. Bem, de acordo com o estabelecido no art. 42 da lei de drogas: "O juiz, na
fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a
quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Desse modo, tenho que
a culpabilidade e a circunstância do crime devem ser valoradas como neutras, uma vez que a natureza e a
quantidade da droga são preponderantes às circunstâncias judiciais. Assim sendo, tenho que a pena-base deve
ser fixada um pouco acima do mínimo legal justificando-se pela preponderância do art. 42 da Lei de drogas, em
razão da quantidade e da natureza da droga. Assim, adotando-se o critério de fixação da pena, levando-se em
consideração as oitos circunstâncias judiciais mais a quantidade e a natureza da droga (art. 42 da Lei de
drogas), teremos 10 (dez) elementos a serem levados em conta, dos quais apenas 02 (dois) resultaram
negativados (quantidade e natureza da droga) de maneira que deve ser elevada a pena- base em 2/10 (dois dez
avos), resultando na fixação da pena-base em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. 1.2 . Atenuante.
Redução de 1/6 (um sexto). Na segunda fase, pugna pela aplicação da fração de 1/6 (um sexto) para a
atenuante da confissão, porque o magistrado reduziu a pena em 04 (quatro) meses, ficando abaixo da fração
reduzora de 1/6 (um sexto) sem qualquer justificativa. Nesse ponto, razão assiste ao apelante. Sabe-se que o
Código Penal não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes.
Defende a doutrina que o aumento ou redução deve ser equivalente a 1/6 (um sexto) da pena base (menor
montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), evitando-se, assim, a aplicação em
quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado. A jurisprudência pátria, por sua vez, entende que a redução da
pena em fração inferior a 1/6, a título de atenuantes ou superior para as agravantes, deve ser devida e
concretamente fundamentada. Nesse sentido:(STJ - HC 386.418/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA
FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017). (HC 515.516/SP, Rel. Ministro FELIX
FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020) Ante o exposto, tendo sido fixada a
penabase em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, aplicando-se à atenuante da confissão
espontânea o percentual de redução de 1/6 (um sexto), a pena provisória resultará em de 06 (seis) anos, 01
(um) mês e 10 (dez) dias de reclusão. 1.1 . Tráfico Privilegiado. Regime de Cumprimento inicial e Substituição
da pena. Por fim, pugna pela redução em seu grau máximo no tocante ao tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei
11.343/06) e que seja readequado o regime de cumprimento inicial da pena, bem como, a substituição da pena
privativa de liberdade por restritivas de direito. O magistrado reconheceu o tráfico privilegiado, aplicando
percentual de redução de 1/4 (um quarto), sem justificar porque não reduziu no percentual máximo. Desse
modo, sendo primária a apelante e já tendo sido utilizada a natureza e a quantidade da droga para exasperar a
pena-base, não há justificativa para não se aplicar o percentual em seu grau máximo. Hoje a jurisprudência da
Suprema Corte e do Superior Tribunal e Justiça é no sentido de que configura bis in idem utilizar as referidas
circunstâncias na primeira e na terceira fase. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de
repercussão geral (Tese n. 712), O STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de
entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena, este entendimento está firmado
na tese n.º 712, submetido ao regime de repercussão geral. Ademais, a Terceira Seção do STJ, no julgamento
do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), tomando por base a tese 712 do STF, uniformizou o
entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na
primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. Vejamos. AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...) NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA
APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N.11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER
NECESSARIAMENTE OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA
AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO
§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006.IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO
TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O cálculo da pena é

questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação

probatória. 2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos - necessariamente presentes no quadro jurídico- probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas - para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena. 5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 7. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base. 8. (...).10. Agravo regimental desprovido.(AgRg no HC 676.516/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021) PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - (...) II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. III - In casu, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que a fração do tráfico privilegiado foi estabelecida carecida da devida fundamentação, sem remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes ou o modus operandi do delito, de modo que, a apreensão de 20 gramas de cocaína e o fato do paciente ser desempregado, alheios a outros elementos, não reflete especial gravidade a ponto de ensejar a fração mínima do privilégio. Ainda, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira etapa, para aumentar a pena- base, e na terceira fase da dosimetria, a fim de modular o privilégio, caracterizando indevido bis in idem. Desse modo, tenho que o paciente faz jus a incidência da redutora do tráfico privilegiado do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo (2/3). IV - (...)Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 678.806/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 05/10/2021) Desse modo, deve ser aplicado o percentual máximo previsto para o tráfico privilegiado. Assim aplicando a diminuição de 2/3 (dois terços) na pena provisória de 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, resultará a pena definitiva de 02 (dois) anos e 13 (treze) dias de reclusão, e 213 (duzentos e treze) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado no mínimo legal, a ser cumprida inicialmente no regime aberto. Preenchendo a apelante os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direito, deixando-se a cargo do juízo da execução penal. Diante de tais considerações, acompanhando em parte o parecer da Doutra Procuradoria de Justiça em matéria criminal, voto pelo parcial provimento do recurso de apelação, redimensionando-se a pena definitiva em 02 (dois) anos e 13 (treze) dias de reclusão, e 213 (duzentos e treze) dias- multa, sendo cada dia-multa fixado no mínimo legal, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, substituída por 02 (duas) restritivas de direito, deixando-se a cargo do juízo da execução penal. Recife, de de . Des. Leopoldo de Arruda Raposo Relator

