Apelação n. 0000654-15.2015.8.24.0067, de São Miguel do Oeste
Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. ART. 33, *CAPUT*, C/C O ART. 40, INC. V. DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INCONFORMISMO APENAS COM RELAÇÃO À DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA EM 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, TENDO EM VISTA A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA QUANTIDADE DA DROGA (ART. 42, DA LEI 11.343/2006). PEDIDO PELA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. NÃO ACOLHIMENTO. MAGISTRADO SINGULAR QUE FUNDAMENTOU A NECESSIDADE DE ELEVAÇÃO MAIOR PARA O CASO CONCRETO. APREENSÃO DE MAIS DE 33 (TRINTA E TRÊS) QUILOS DE MACONHA. PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO. TERCEIRA FASE. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INC. V, DA LEI 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DO GRAU MÁXIMO (2/3). PEDIDO DE DIMINUIÇÃO PARA A FRAÇÃO DE 1/5. ACOLHIMENTO. JUSTIFICATIVA DO MAGISTRADO PAUTADA NA PASSAGEM DO ACUSADO POR TRÊS ESTADOS BRASILEIROS. RÉU QUE SAIU DO ESTADO DO PARANÁ E SE DIRIGIA PARA O RIO GRANDE DO SUL, QUE ACABOU SENDO PRESO EM FLAGRANTE NESTE ESTADO. SITUAÇÃO QUE NÃO EXTRAPOLA A ELEMENTAR 'TRÁFICO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO' E QUE NÃO DEMONSTRA A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO AUMENTO EM SEU GRAU MÁXIMO. REDUÇÃO PARA A FRAÇÃO DE 1/5 QUE SE REVELA SUFICIENTE. READEQUAÇÃO DA PENA DEFINITIVA. PLEITO, TAMBÉM, DE CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DA INSURGÊNCIA NO PONTO. "Entende-se que o pedido recursal de concessão do benefício da justiça gratuita não deve ser conhecido, pois a pretendida isenção do pagamento das custas processuais é matéria a ser analisada pelo juízo da execução" (ACrim n. 2013.002532-5, rel. Des. Paulo Roberto

Sartorato, j. 20.8.2013). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE PONTO, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0000654-15.2015.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste Vara Criminal em que é Apelante Rafael Guedes da Silva e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Schaefer Martins (Presidente), e o Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 03 de novembro de 2016.

Cynthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público da comarca de São Miguel do Oeste ofertou denúncia em face de Rafael Guedes da Silva, imputando-lhe a prática da conduta delituosa tipificada no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. V, ambos da Lei 11.343/06, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória:

No dia 7 de março de 2015, por volta das 11 horas, na Rua Santos Dumont, em frente à Rodoviária, no centro da cidade de São Miguel do Oeste/SC, o denunciado Rafael Guedes da Silva, após ter adquirido a droga na cidade de Foz do Iguaçu/PR, de pessoa não identificada até o momento, transportava e trazia consigo, no interior do veículo GM/Corsa GL, placas JEQ-8478, com destino ao estado de Rio Grande do Sul, aproximadamente 33,25 kg (trinta e três quilogramas e duzentos e cinquenta gramas) de substância entorpecente conhecida como "Maconha", dividida em 39 (trinta e nove) tabletes, a qual se destinava à narcotraficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, momento em que foi abordado por Policiais Civis sendo autuado em flagrante delito.

Importante salientar que a substância apreendida é droga de ação psicotrópica, capaz de causar dependência física e/ou psíquica e cujo comércio e utilização encontram-se proibidos em todo o território nacional, nos termos da Portaria n.º 344/98, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 262/274), nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido condenatório inserido na denúncia para condenar Rafael Guedes da Silva, dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06 à pena privativa de liberdade de 15 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.250 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo à época do delito.

Condene a parte ré, ainda, no pagamento das custas processuais.

O pagamento da multa deverá se dar na forma do art. 50 do Código Penal.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação (fls. 322/338), requerendo a reforma parcial da sentença no que tange à dosimetria da pena. Pede o acusado que na primeira fase seja utilizado o patamar de 1/6 para a circunstância judicial valorada. No tocante à terceira fase, requer que seja

aplicada fração compatível para a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. V, da Lei 11.343/2006, qual seja, 1/5. De outra banda, pleiteia a concessão do benefício da justiça gratuita para que seja dispensado do pagamento do preparo.

Foram apresentadas as contrarrazões às fls. 51/59 dos autos físicos.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, que se manifestou pelo parcial conhecimento do recurso e, neste ponto, pelo seu parcial provimento.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de apelação criminal interposta pelo acusado Rafael Guedes da Silva em face da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Chapecó que condenou-o à pena de 15 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.250 dias-multa, pela prática da infração penal descrita no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06.

O apelante busca a modificação da sentença apenas no que tange à dosimetria, argumentando que o togado singular exasperou-a demasiadamente sem fundamentação.

Passo, portanto, à análise da dosimetria, motivo de seu inconformismo.

Na primeira fase, alega que para tão somente o reconhecimento de um circunstância judicial, qual seja, a quantidade da droga, o togado singular aumentou a pena-base em 2 (dois) anos, o que representa a fração de mais de 1/3, sem qualquer justificativa, sendo que é entendimento deste egrégio Tribunal a aplicação da fração de 1/6 para casos idênticos.

O magistrado singular, por sua vez, esclareceu não desconhecer o entendimento deste Tribunal pela aplicação da fração de 1/6 para cada circunstância judicial, todavia, também explicou que esta não serve de parâmetro para todos os casos.

Colaciono abaixo seus argumentos para elevar a pena-base do acusado, ao considerar a quantidade do entorpecente – 33,25 quilogramas de maconha divididos em 39 tabletes – como circunstância judicial, conforme previsão do art. 42, da Lei 11.343/2006:

E o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem entendimento

sedimentado segundo o qual "O-aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base a cada circunstância judicial desfavorável, malgrado amplamente aceito, não pode servir de parâmetro em todos os casos, sob pena de violação do princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal).

Na hipótese, em que pese não ser possível aplicar tal fração, mostra-se necessária a modificação da pena-base fixada em primeiro grau, de modo a dar resposta penal adequada à gravidade do delito". (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.006975-4, de Lages, rel. Des. Jorge Schaefer Martins). (sublinhei).

Neste caso dos autos, tendo em vista as circunstâncias que permeiam a ocorrência do crime, visando dar aplicação ao princípio constitucional da individualização da pena e ao disposto no art. 59 do Código Penal (segundo o qual a pena será fixada conforme necessário para prevenção e repressão do delito), será fixada fração superior de pena ao que comumente se adota.

Em análise das circunstâncias judiciais preponderantes do art. 42 da Lei 11.343/2006, tenho que: em razão da quantidade de droga apreendida (33,25kg de maconha) a conduta da parte denunciada merece maior reprovabilidade. Se considerarmos a informação repassada pelos usuários de que é possível fazer um cigarro a partir de um grana, então a droga apreendida permitiria a distribuição de 33.250 cigarros de maconha. Imagina-se quantas famílias seriam destruídas com tamanha droga. O valor envolvido na transação é elevadíssimo. Se cada cada cigarro é vendido a R\$ 10,00, então a parte transportava algo em torno de R\$ 332.000,00, mais o veículo apreendido. (fls. 270/271)

Ou seja, em que pese os dizeres da defesa do acusado, verifica-se que houve fundamentação concreta a fim de justificar o aumento da pena nesta fase.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

A dosimetria trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para a prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento discricionariedade), embora com fundamentada exposição de seu raciocínio (juridicamente vinculada). (Código Penal Comentado, p. 259).

Desta forma, a utilização de 1/6 (um sexto) como fração de aumento para cada circunstância judicial prevista no art. 59, do Código Penal é, unicamente, um parâmetro criado pela doutrina e jurisprudência, não havendo,

entretanto, direito subjetivo do acusado na sua utilização, uma vez que cabe ao juiz fixar a pena dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos ao tipo penal infringido.

No caso concreto, o togado singular expressamente mencionou que não utilizava-se deste patamar de 1/6 em razão da extrema quantidade de entorpecente encontrada, a qual poderia gerar cerca de 33.250 cigarros de maconha.

Saliento que o precedente deste Tribunal juntado pela defesa, cuja relatoria é da Desembargadora Marli Mosimann Vargas (n. 0000796-19.2015.8.24.0067) e que diz respeito à sentença prolatada pelo mesmo magistrado cuja dosimetria está se analisando por ora, em nada se adequa ao caso em questão. Naquela situação realmente inexistiu qualquer justificativa para a aplicação de fração acima de 1/6 em razão da natureza da droga, tratando-se de uma grama de crack.

O caso dos autos, todavia, mostra-se totalmente diferente, justamente pelos motivos já fundamentados pelo magistrado singular.

Em caso análogo, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela inexistência de ofensa ao princípio da proporcionalidade quando elevada a pena-base na fração de 2/3, considerando a quantidade da droga:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. 19,5 QUILOS DE COCAÍNA. AUMENTO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006 (QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE). INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REEXAME DE PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. - A quantidade e a natureza do entorpecente (19,5 quilos de cocaína) justificam a fixação da pena-base em 8 (oito) anos e 4

(quatro) meses de reclusão, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não havendo ofensa ao princípio da proporcionalidade. Ressalta-se que o delito de tráfico de drogas prevê a pena em abstrato de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão (art. 33 da Lei 11.343/2006). - No que diz respeito à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, verifica-se que os juízos de primeiro e segundo graus, com base nas provas produzidas nos autos, entenderam que a paciente integrava organização criminosa. Para se afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus. Habeas corpus não conhecido. (HC 267.845/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 12/11/2013). – grifei.

Por esta razão, entendo possível manter inalterado o patamar de elevação da pena-base observado em primeiro grau, que resultou na aplicação da pena de 7 (sete) anos de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

O apelante ainda mostra-se inconformado com relação à terceira fase da pena, aduzindo que o aumento, em grau máximo (2/3), por conta da caracterização do crime de tráfico entre Estados (art. 40, inc. V, da Lei 11.343/2006), foi exacerbado.

O magistrado assim fundamentou:

Ausentes causas de diminuição da pena; no entanto, está presente a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a droga transportada saiu da cidade de Foz do Iguaçu/PR com destino à cidade de Passo Fundo/RS, e o flagrante ocorreu nesta cidade de São Miguel do Oeste/SC. Levando em conta a distância a ser percorrida e o fato de que a parte acusada passaria por três Estados brasileiros, exaspero a pena no percentual máximo de 2/3, resultando a pena em 15 anos reclusão e 1.250 dias-multa. (fl. 271)

Ocorre, todavia, que ainda que o acusado tenha passado pelo Estado de Santa Catarina, a droga se destinava ao Estado vizinho, o Rio Grande do Sul. Portanto, verifica-se que a interestualidade ocorreu entre dois Estados.

Considerando esta situação, verifica-se a conduta do acusado, em transportar a droga do Estado de origem (PR) que teria como destino o Estado do Rio Grande do Sul, não extrapola a elementar "tráfico entre Estados" e que

pudesse justificar o aumento no máximo previsto.

Como bem ponderou o Douto Procurador de Justiça: "[...] ainda que o processo de dosimetria da pena constitua ato discricionário do juiz, vê-se que o aumento se deu sem se anotar ou descortinar circunstâncias outras que não o fato de se tratar de tráfico interestadual. Não há notícias acerca de um empreendimento grandioso, com logística requintada, que autorizasse a exasperação na fração máxima. O critério foi exclusivamente o fato de que, para alcançar o destino, teve que vender dois Estados membros, parecendo certo, então, ajustar a fração à norma adotada pelo STJ, como mencionado pelo recorrente às fls. 47, limitando-se a fração de aumento em 1/5." (fl. 63 dos autos físicos neste Tribunal)

Neste íterim, acolhe-se o pedido defensivo para aplicação do patamar de 1/5 na terceira fase da dosimetria da pena e que diz respeito à causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. V, da Lei 11.343/2006.

Assim, a pena definitiva do acusado resta fixada no montante de 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime, pela prática do delito de tráfico de entorpecente entre Estados da Federação.

Por fim, pediu o defensor o benefício da justiça ao apelante para que este não arque com o pagamento do preparo.

A de se considerar tal pedido como isenção do pagamento das custas do processo, já que o pagamento do preparo na apelação criminal nas ações penais públicas inexistem.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (CTB, ART. 302, CAPUT) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELA AUSÊNCIA DO PREPARO - DESNECESSIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - PREFACIAL REPELIDA. TESE

DEFENSIVA - AUSÊNCIA DE CULPA NO EVENTO DANOSO - INVIABILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDUTOR DE CARRETA QUE INVADE PISTA CONTRÁRIA E COLIDE COM OUTRO VEÍCULO, OCASIONANDO A MORTE DA VÍTIMA - IMPRUDÊNCIA CONFIGURADA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO CARACTERIZADA - AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL - PRECEDENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA. Responde pelo crime previsto no art. 302 do CTB o condutor que invade a contramão de direção e causa a morte de terceiro, por inobservância ao dever de cautela. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0005670-10.2010.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 22-08-2016).

E, como pedido de isenção do pagamento das custas, este não pode ser conhecido, por ser questão afeta ao juízo da execução e deve ser discutida após o trânsito em julgado da sentença.

Sobre o tema, já decidiu esta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. RECURSO VISANDO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA. Tratando-se de agente contumaz na prática delitiva, não há como ser reconhecido o princípio da bagatela. DOSIMETRIA. PENA FIXADA CORRETAMENTE. EXISTÊNCIA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS E PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DOS ARTS. 44 E 77 DO CÓDIGO PENAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Cumprido ao juízo da condenação averiguar, a tempo e modo próprios, a concessão de justiça gratuita. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.098848-5, de Chapecó, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19-04-2012) - grifei.

Desta forma, vislumbra-se que o momento oportuno para a verificação da alegada hipossuficiência se dá após a apuração do valor das custas, a cargo do juízo da execução, não podendo ser analisado o pedido antes desta fase.

Ante o exposto, o recurso deve ser parcialmente conhecido e, neste

ponto, parcialmente provido para diminuir o patamar da fração de aumento reconhecida na terceira fase da dosimetria da pena do acusado.

Este é o voto.