TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

EMBARGANTE: DIONE RODRIGO DA SILVABRANDÃO
EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

Número do Protocolo: 96494/2014
Data de Julgamento: 04-12-2014

E M E N T A

EMBARGOS INFRINGENTES - TRÁFICO DE DROGAS - FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO COMO INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA - QUANTIDADE DE DROGAS QUE AUTORIZA A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO- POSSIBILIDADE – DISSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL - EMBARGOS ACOLHIDOS.

As Cortes Superiores vêm decidindo que a fixação do regime prisional, para os crimes hediondos e assemelhados, deve levar em consideração as regras estabelecidas pelo art. 33 do Código Penal, eis que, o regime mais rigoroso previamente estabelecido pelo legislador ofende o Princípio da Individualização da Pena.

A pena aplicada em segundo grau, não superando oito anos, e mais, a quantidade de entorpecente apreendido com o embargante não justificando a fixação de regime de cumprimento de pena mais rigoroso que o indicado conforme o critério objetivo de escolha do regime, impõe o estabelecimento do regime intermediário.

Procedentes os embargos infringentes para aplicar o regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2.º, “b, do Código Penal e artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

EMBARGANTE: DIONE RODRIGO DA SILVABRANDÃO
EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO

Egrégia Turma:

Rodrigo da Silva Brandão opõe embargos infringentes em face do v. acórdão proferido pela Colenda Segunda Câmara Criminal quando do julgamento do recurso de apelação n.º 14666/2014, pretendendo fazer prevalecer o voto vencido do i. Vogal Convocado, *Exmo. Des. Paulo da Cunha* que admitiu a aplicação do regime inicial semi aberto para cumprimento da pena. (fls. 395/417)

Em sede de contrarrazões (fls. 421/425), o i. Órgão Ministerial requer o desprovimento dos embargos.

À fl. 427 foram os embargos admitidos pelo então Relator *Exmo. Des. Pedro Sakamoto,* sendo na sequência procedida sua regular distribuição nos moldes regimentais, a este signatário (fl. 429).

É o relatório. À douta Revisão.

P A R E C E R (ORAL)

O SR. DR. JOSÉ DE MEDEIROS

Ratifico o parecer escrito.

TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

V O T O

EXMO. SR. DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO (RELATOR)

Egrégia Turma:

Dione Rodrigo da Silva Brandão foi denunciado e posteriormente condenado como incurso nas sanções do artigo 33, §4, da Lei 11.343/06, e art. 12 da Lei 10826/2003, às penas de 05 anos e 10 meses de reclusão e de 01 ano e 03 meses de detenção, bem como, ao pagamento de 550 dias-multa.

Nesta segunda instância, a Segunda Câmara Criminal modificou a dosimetria penal definindo **a pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado,** em relação crime de tráfico de drogas, e a **pena de 01 ano de detenção e regime inicial aberto**, quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, e ainda, condenou ao pagamento de 426 dias-multa, fixado na fração mínima.

A divergência que motivou a interposição dos presentes embargos infringentes, restringe-se ao fato de que, o voto vencido, fixou o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao réu.

Compulsando os autos, porém, verifico que as peculiaridades do caso recomendam a prevalência do voto do vogal, o qual aplicou o regime inicial *semiaberto* (fls. 390-verso).

Peço vênia aos entendimentos em sentido contrário, mas, meu posicionamento é no sentido de fazer prevalecer o voto vencido proferido pelo *Exmo. Des. Paulo da Cunha,* e aplicar regime mais brando aos condenados pelo delito de tráfico de entorpecentes, com estrita observância aos requisitos insertos no art. 33, § 2º, 'b', e § 3º do CP.

Diante dos novos quantitativos de pena encontrados nesta instância, mais precisamente através do acórdão proferido na apelação de n° 14666/2014, entendo que o regime fixado, deve ser alterado para o *semiaberto*, vez que, a quantidade e a natureza dos entorpecentes representados por 200,378 g de maconha e 100,204 g de pasta-base de cocaína, não servem como motivação idônea para a fixação de regime inicial mais gravoso, tampouco, merece prevalecer o argumento de que o embargante

tenha "*agido de forma a desprestigiar os poderes estatais durante a busca e apreensão realizada na sua casa, com flagrante falta de respeito para com as autoridades cumpridoras".*

Ante as considerações acima, tem-se que é o caso de fixação do semiaberto, em respeito à regra geral do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Saliente-se que o Embargante é primário, a pena-base fixada no mínimo e a pena final não ultrapassou oito anos.

A propósito da questão, a Súmula nº 440 do STJ dispõe que: *"fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".*

Com essas considerações, **dou provimento** aos embargos infringentes opostos por **Dione Rodrigo da Silva Brandão**, fazendo prevalecer o voto minoritário da lavra do *Exmo. Des. Paulo da Cunha* que aplicou o regime ***semiaberto*** como regime inicial para o cumprimento da pena, com fundamento no art. 33, § 2º, 'b', e § 3º do CP., e Súmula 440 do STJ.

É como voto.

V O T O

EXMO. SR. DES. GILBERTO GIRALDELLI (REVISOR)

Egrégia Turma:

Cumpre inicialmente registrar, o recurso se restringe à matéria objeto da divergência, qual seja, o regime inicial de cumprimento de pena.

Os embargos merecem provimento a fim de prevalecer o voto vencido e, por conseguinte, modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº

11.464/07, o qual determina que a pena por crime de tráfico ilícito de entorpecente será cumprida inicialmente em regime fechado (STF; HC nº 111.840/ES; Tribunal Pleno; Rel. Min. Dias Toffoli;Julg. 27-06-2012; DJe 249 de 16-12-2013; **in** www.stf.jus.br).

Dessarte, após o julgamento do HC nº 111.840/ES pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, tornou-se admissível a aplicação do art. 33 do Código Penal para a fixação do regime de cumprimento de pena.

Eis julgado deste Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

> *"RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS – ALMEJADA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO MANTENDO A SENTENÇA QUE APLICOU A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA N. LEI 11.343/06, O REGIME INICIAL ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – VIABILIDADE – PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O RECONHECIMENTO DESSAS BENESSES – FIXAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA CONCERNENTE À REFERIDA MINORANTE NO MÁXIMO LEGAL DE 2/3 (DOIS TERÇOS) – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO ÓBICE PREVISTO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS – REGIME INICIAL ABERTO FIXADO DE ACORDO COM O ART. 33 DO CÓDIGO PENAL – ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES ELENCADAS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL – VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AO CRIME DE TRÁFICO AFASTADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTES DOS ARTS. 33, § 4º E 44 DA LEI ANTIDROGAS – ENTENDIMENTO PACIFICADO COM A EDIÇÃO, PELO SENADO FEDERAL, DA RESOLUÇÃO N. 5/2012, SUPRIMINDO DA LEI ANTIGA VEDAÇÃO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *(...).*

Declarada a inconstitucionalidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, cujo dispositivo prevê que a pena por crime de tráfico será cumprida, inicialmente, em regime fechado, torna-se viável a cominação do regime de cumprimento da sanção nos moldes dispostos no art. 33 do Código Penal.

Preenchidos os requisitos elencados do art. 44 do Código Penal, não há mais empecilho legal a concessão de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, porquanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos arts. 33 § 4.º e 44 da Lei Antidrogas nas partes que vedam a concessão do benefício em comento.

Ademais, eventuais divergências acerca do efeito vinculante da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, restam dirimidas com a edição, pelo Senado Federal, da Resolução n. 5/2012, que suprime da Lei n. 11.343/06, a vedação à conversão da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico." (EIfNu, 10786/2013, DES.RUI RAMOS RIBEIRO, TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data do Julgamento 05/09/2013, Data da publicação no DJE 20/09/2013).

Compulsando os autos, verifica-se que o magistrado majorou a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, por valorar negativamente a culpabilidade, comportamento da vítima e a natureza e quantidade de droga apreendidos. Na segunda fase, não incidiu circunstâncias atenuantes e nem agravantes. Na terceira fase, aplicou a causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06 e reduziu a pena em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

No julgamento da apelação, houve o afastamento das circunstâncias judiciais valorizadas negativamente, à exceção da natureza e quantidade de

droga, ao qual foi utilizada na terceira fase para aplicar a fração mínima do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06,vedando-se o *bis in idem.*

Com efeito, preenchidos os requisitos elencados do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, não há mais empecilho legal a que o recorrente beneficie-se do regime menos gravoso.

Além disso, a fixação do regime não está atrelado apenas ao quantitativo da sanção imposta, mas também, aos critérios fixados no § 3º do citado artigo, que demanda seja observada as condições pessoais do réu, e as circunstancias concretas do fato.

Nesse diapasão, tendo sido a pena privativa do recorrente fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, evidenciada a primariedade e os bons antecedentes e a ausência de circunstancias judiciais desfavoráveis à época dos fatos, faz jus à fixação do regime menos gravoso, no caso o semiaberto, para cumprimento da pena privativa de liberdade nos moldes do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º c/c art. 59 todos do Código Penal.

Ante ao exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, para o fim de fazer prevalecer o voto vencido do Desembargador Paulo da Cunha, que deu provimento parcial à apelação criminal nº 14666/2014, para fixar o regime inicial de cumprimento de pena o **semiaberto**. Oficie-se imediatamente o Juízo das Execuções Penais onde o Recorrente encontra-se segregado, dando-lhe ciência desta decisão, para que adote as providências necessárias que o caso requer.

É como voto.

V O T O

EXMO. SR. DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (2º VOGAL)

Egrégia Turma:

Verifica-se dos autos que a ilustre magistrada adotou como

parâmetro legal para imposição do regime fechado a disposição do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional; inclusive por trata-se de réu primário, situação reconhecida pela magistrada. E o beneficiou-o com a redução do § 4º, do art. 33, diminuiu a pena em 1/6 (um sexto), em razão da considerável quantidade de natureza da substância.

Acompanho o voto do douto relator.

V O T O

EXMO. SR. DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA(4º VOGAL)

Egrégia Turma:

De acordo com o relator.

V O T O

EXMO. SR. DES. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA (5º VOGAL)

Egrégia Turma:

Senhor Presidente:

Participei do julgamento dessa apelação, e parece-me que a quantidade da substância entorpecente recomenda que mantenha o mesmo posicionamento.

Dessarte, desprovejo os embargos infringentes.

TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

V O T O

EXMO. SR. DES. MARCOS MACHADO (6º VOGAL)

Egrégia Turma:

Com a devida vênia do douto relator, posiciono-me favorável à manutenção e estabelecimento do regime inicial fechado, por conta da diversidade e quantidade da droga, agregado ao porte de arma.

Portanto, voto com a divergência.

V O T O (ADENDO)

EXMO. SR. DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO (RELATOR)

Egrégia Turma;

Senhor Presidente:

Manifesto-me a respeito do posicionamento do eminente Desembargador Marcos Machado para contrariá-lo, lamentavelmente.

Segundo meu modesto entendimento, se perfilhássemos esse posicionamento defendido pelo Desembargador Marcos Machado, estaríamos seguindo a mesma inconstitucionalidade declarada quando os legisladores estabeleceram o regime fechado para o cumprimento da pena no caso de crimes hediondos e delitos a ele assemelhados.

Previamente, estaríamos independentemente de um estudo sobre a individualização da pena estabelecendo para todos os casos o regime fechado, dependendo da quantidade da droga. Por essa razão, a minha posição é contrária.

Além disso, no caso dos autos, diz o art. 42, da Lei n. 11.343/06:

"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."

Apesar disso tudo, as circunstâncias judiciais foram fixadas no mínimo legal e já foi considerada, a natureza da droga. Além disso, aplicou-se o § 4º.

Qual é a razão para considerar novamente a quantidade da droga num verdadeiro "bis in idem" a fim de agravar mais ainda a situação do embargante?

Entendo que no caso impõe-se a aplicação do regime semi-aberto porque todas as circunstâncias judiciais são favoráveis.

Ademais, a quantidade da droga e a natureza da droga já foram consideradas.

Por essa razão, não vejo motivo para que o regime seja estabelecido numa situação mais gravosa e mantenho a minha posição estabelecendo o regime semi-aberto.

V O T O (ADENDO)

EXMO. SR. DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (2º VOGAL)

Egrégia Turma:

Somente acrescentando que o estudo que fiz sobre a quantidade e a natureza da droga no art. 42, permite exasperar a pena, não influencia na fixação do regime de cumprimento da pena que é regulado pelo art. 33, § 2º, II, CP, considerando o *quantum* da pena aplicada em definitivo. O art. 42 da Lei de Droga, a quantidade e qualidade da droga é admitido exasperar a pena.

Ultrapassando a 08 (oito) anos, neste caso, o regime seria o fechado.

TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

V O T O (ADENDO)

EXMO. SR. DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA(4º VOGAL)

Senhor Presidente, permita-me acrescentar:

Já que Vossa Excelência citou o art. 42, da Lei Antidrogas, eu acrescento que Supremo Tribunal Federal contabiliza 07 (sete) votos favoráveis dizendo que, se aplicarmos o art. 42 na primeira fase e sairmos do mínimo legal, não podemos utilizar a quantidade da droga na terceira fase.

No STJ os cinco membros da Sexta Turma, que defendiam tese contrária, agora entendem dessa forma. Efetivamente, a quantidade da droga somente poderá ser utilizada uma única vez ou para exasperar a pena ou para definir o *quantum* da especial minorante. Assim, se a utilizarmos na primeira fase não poderemos utilizá-la na terceira fase.

PELA ORDEM

O SR. DR. EDNO DAMASCENA DE FARIAS (ADVOGADO EMBARGANTE)

Senhor Presidente, pela ordem:

Há dois juízes que estão enfrentando essa questão, de forma diferente devido há inúmeras reclamações.

O Juiz de Itiquira e o Juiz de Pedra Preta estão exacerbando a pena-base quando o crime é de tráfico de entorpecentes. À defesa, eles dizem: se quiser que recorra ao tribunal. E foge da súmula n. 440 do STJ que diz, "*fixada a pena base no mínimo legal*". Como eles fixam acima do mínimo legal, em grau de recurso não passa, porque está acima do mínimo legal.

TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

V O T O

EXMO. SR. DES. PEDRO SAKAMOTO (7º VOGAL)

Senhor Presidente:

Foram destacadas duas situações que levaram a Doutora Antônia Siqueira Gonçalves Rodrigues a fixar o regime fechado no caso concreto:

"as circunstâncias do ilícito, principalmente, a quantidade e a natureza da droga, bem como o fato de o agente ter agido de forma a desprestigiar o crédito dos poderes estatais durante a busca e apreensão realizada em sua casa".

No que se refere à quantidade da droga, realmente não entendo que 100 (cem) gramas de pasta base e 200 (duzentos) gramas de maconha, sejam exorbitantes, a ponto de justificar regime prisional mais gravoso, mormente se compararmos com o caso analisado anteriormente, onde ocorreu a apreensão de 37 kg, por exemplo.

Por outro lado, tem-se a petulância e o deboche do réu, relatado pelo policial que participou da diligência, uma vez que ele teria afirmado na presença de várias pessoas que *"é traficante mesmo e não teme por sua prisão"*, e que *"é possuidor de dinheiro capaz de comprar delegado, promotor de justiça, juiz de direito ou quem quer que seja".*

Ademais, teria assegurado que trocaria de nome se acaso permanecesse preso por mais de uma semana.

Inadmissívelessa afronta!

Portanto, diante desse contexto, entendo que deve ser mantido o regime fechado, sobretudo diante da ousadia do réu e descaso para com aqueles que estavam trabalhando, dentre as quais, policiais, oficial de justiça, a policia judiciária civil, ao afirmar que compraria a todos com dinheiro.

Pelo exposto, divirjo do voto douto relator para manter o regime fechado.

É como voto.

TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REC. EMB. INFRINGENTES Nº 96494/2014(OPOSTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO 14666/2014 - CLASSE: CNJ-417) - COMARCA DE PEDRA PRETA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO (Relator), DES. GILBERTO GIRALDELLI (Revisor), DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA(1º Vogal), DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA (2º Vogal), DES. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA (3º Vogal), DES. MARCOS MACHADO (4º Vogal) e DES. PEDRO SAKAMOTO (5º Vogal), proferiu a seguinte decisão: **POR MAIORIA PROVERAM OS INFRINGENTES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E EM DISSONÂNCIA COM O PARECER.**

Usou da palavra o Sr. Dr. Edno Damascena de Farias.

Cuiabá, 4 de dezembro de 2014.

DESEMBARGADOR RONDON BASSIL DOWER FILHO - RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA