

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

16 de julho de 2020

3ª Câmara Criminal

Apelação Criminal - Nº 0002142-68.2017.8.12.0002 - Dourados

Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelante : Leticia Fernandes da Cruz

DPGE - 1ª Inst. : Astolfo Lopes Cançado Netto (OAB: 596131/DP)

Apelado : Ministério Público Estadual

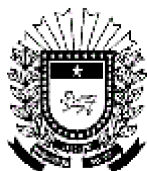
Prom. Justiça : Cláudio Rogério Ferreira Gomes (OAB: 8317/MS)

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, § 4º, LEI Nº 11.343/06 – QUANTIDADE DE DROGA QUE, EMBORA RELEVANTE, NÃO É EXCESSIVA – AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAR DEDICAÇÃO E/OU INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONCESSÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28-A DO CPP – PACOTE ANTICRIME - NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. RETROATIVIDADE – ANÁLISE DOS REQUISITOS OBJETIVOS PELO TRIBUNAL. TRÁFICO DE DROGAS – PENA *IN ABSTRATO* SUPERIOR A QUATRO ANOS - IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – QUANTIDADE DA DROGA (11,7 KG) – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE DESCONSIDERADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE – DESATENÇÃO AO INCISO III DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL – REJEIÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

I - Presente a primariedade e bons antecedentes, na ausência de prova segura acerca de outros elementos que indiquem dedicação a atividades criminosas e/ou integração a organização criminosa, a quantidade da droga apreendida, quando não excessiva, por si só, é insuficiente para afastar o benefício previsto pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

II - O acordo de não persecução penal, instituído pela Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, é uma faculdade concedida ao Ministério Público, que poderá ser exercida em momento anterior à propositura da ação penal, quando a pena abstratamente cominada pelo preceito secundário da norma seja inferior a quatro anos, e o agente confessar a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça. Por tratar-se de lei nova mais benéfica ao acusado, seus efeitos devem retroagir, porém, cabe ao Tribunal de Justiça examinar a presença dos requisitos objetivos de tal instituto, a fim de evitar desnecessário retardo no andamento do feito, bem como um inadmissível tumulto processual.

III - Impossível a aplicação do artigo 28-A do CPP ao crime de tráfico de drogas, para o qual o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06 estabelece pena *in abstrato* superior a quatro anos (requisito objetivo), mesmo que a



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

pena concretamente aplicada, em razão do reconhecimento do benefício previsto pelo § 4º do artigo 33 da mesma Lei resulte inferior àquele limite.

IV – O transporte de 11,7 (onze quilos e setecentos gramas) de maconha, esta que é uma das circunstâncias judiciais preponderantes nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, e foi ignorada pela sentença, impossibilita a substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante da desatenção ao inciso III do artigo 44 do Código Penal, pois não se mostra adequada à prevenção e repressão do crime praticado.

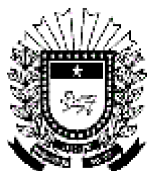
V – Em parte com o parecer, dá-se parcial provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de julho de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Leticia Fernandes da Cruz, contra a sentença de f. 170/175 que a condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformada com a decisão, pelas razões expostas a f. 186/200, postula: 1) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado; 2) com a diminuição da pena, a aplicação dos efeitos do art. 28-A do Código de Processo Penal; 3) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prequestionamento a f. 198/199.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 206/226 e 237/243, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso. Prequestionamento a f. 225 e 243.

V O T O

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Leticia Fernandes da Cruz contra a sentença de f. 170/175 que a condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformada com a decisão, pelas razões expostas a f. 186/200, postula: 1) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado; 2) com a diminuição da pena, a aplicação dos efeitos do art. 28-A do Código de Processo Penal; 3) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prequestionamento a f. 198/199.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 206/226 e 237/243, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso. Prequestionamento a f. 225 e 243.

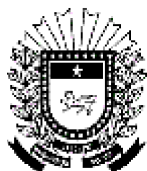
É o que basta para analisar a pretensão.

1. Tráfico privilegiado.

Sustenta a apelante que preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual faz jus ao benefício do tráfico privilegiado.

Para o reconhecimento do privilégio, necessário que o agente atenda, de forma cumulada, os requisitos lá mencionados, quais sejam: ser primário, ter bons antecedentes, não integrar e nem se dedicar a organização/atividades criminosas.

Ao negar referido benefício, a sentença o fez mediante os seguintes



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

fundamentos (f. 172):

"Quanto à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando as circunstâncias do delito, em que a acusada transportava considerável quantidade de entorpecente – 11,7Kg (onze quilos e setecentos gramas) de maconha -, além de ter sido contratada por terceiro que não conhecia e pernoitar em Ponta Porã/MS, vem a revelar que a ré participava de uma organização criminosa, ainda que de maneira momentânea e esporádica, vindo a impedir a concessão de tamanha benesse, consoante entendimento consolidado em nossos tribunais (...)" (sic).

Na hipótese destes autos, presente a primariedade, não há registro de antecedentes e nem informação de que a apelante se dedique a atividades criminosas, sendo que o benefício, conforme acima mencionado, foi negado diante da ausência do outro requisito, qual seja o de integrar organização criminosa, conclusão a que se chegou por conta da quantidade da substância entorpecente apreendida (11,7 kg de maconha) e do envolvimento com terceiros.

Entretanto, nas circunstâncias postas nos autos tenho que a prova da participação em organização criminosa não foi produzida, pelo menos na intensidade capaz de afastar a possibilidade de tratar-se de traficante de "primeira viagem", aquele cooptado para uma única empreitada delituosa de tal natureza.

Apurou-se que a substância proscrita era transportada no interior de um ônibus interestadual, sem prova da presença de qualquer aparato de apoio na retaguarda, o que permite concluir que se tratava de uma situação de transporte rudimentar, sem muito planejamento ou organização.

Ainda que tenha havido interferência de terceiros, tais como a pessoa que financiou a viagem e firmou a promessa de pagamento, não há prova segura da participação de grupo numeroso de pessoas, tampouco de elevado investimento financeiro, já que a promessa era do pagamento de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo transporte.

A apreensão ocorreu em razão de passageiros terem informado acerca do forte odor que exalava no interior do ônibus, de forma que os policiais fizeram vistoria e encontraram a droga.

O que exige especial atenção é, efetivamente, a quantidade da substância entorpecente transportada, pois esta, conforme o volume, tanto pode quanto não, constituir prova de dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa.

Não é correto, a meu sentir, afirmar pura e simplesmente que a quantidade de droga, isoladamente, não basta para demonstrar dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa. Em certos casos, quando é efetivamente grande, exacerbada, demonstrando elevado investimento, é evidente que



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

não seria entregue a nenhum neófito no tráfico, mas sim a membro efetivo do grupo criminoso, em especial diante da vultosa soma de valores envolvida, bem como dos riscos que tal atividade demanda. Trata-se, em tal hipótese, de fatos notórios, ou seja, os que fazem parte da nossa cultura, de conhecimento comum do homem médio de determinada sociedade, categoria de fatos que, conforme a lei, independe de prova (art. 374, I, do CPC).

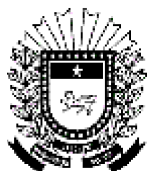
O próprio STJ, ao reconhecer o tráfico privilegiado que havia sido negado com base apenas na quantidade, referiu que aquela, apreendida naqueles autos, isoladamente, não evidenciava a dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa. Confira-se:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO MINISTERIAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS ATENDIDOS PELO AGRAVADO. PLEITO PELA MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO AO CASO. CONFORMIDADE COM O ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP. I. A quantidade e variedade de drogas apreendidas com o agravado, por si só, não se revela apta a evidenciar que ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que corroborariam tal conclusão. Assim, tendo em vista que o agravado é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (...)". (STJ; AgRg-AREsp 1.020.105; Proc. 2016/0309311-6; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 30/10/2017). (Destaquei).

Assim, mesmo quando isolada, sendo efetivamente muito elevada, a quantidade da substância apreendida pode evidenciar tanto a dedicação a atividades criminosas quanto que o agente integra organização criminosa.

Este, entretanto, não é o caso visto nestes autos, em que a quantidade, ainda que relevante (11,7 kg de maconha), não é tão elevada assim, a ponto de, por si só, evidenciar dedicação a atividades criminosas e/ou integração a organização criminosa, e afastar circunstâncias relevantes, como as acima enumeradas, especialmente a primariedade e a ausência de antecedentes.

Ainda que a prova da participação de organização criminosa envolva maior complexidade em razão de ser natural de tais grupos a dissimulação e a ocultação de seus atos e da identidade de seus membros, obrigando-se o exegeta a perscrutar as entrelinhas, a vasculhar os recantos mais escuros das circunstâncias em busca de indícios que, aliados a outros elementos materiais, possibilitem conclusão segura, estes autos não transmitem a necessária certeza, de forma que, diante de dúvida razoável,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

deve-se decidir pela concessão do benefício, o qual caracteriza-se como direito subjetivo do agente, e que somente sucumbe diante de prova cabal acerca da inexistência de qualquer dos requisitos previstos pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

Assim já decidiu esta Corte (reduzida e com destaque meu):

"RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. PENA-BASE. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. EXPURGO DA QUANTIDADE DA DROGA. BIS IN IDEM. NÃO RECONHECIMENTO DE DELAÇÃO PREMIADA. CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO TRÁFICO INTERESTADUAL. AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO. REGIME ALTERADO PARA O SEMIABERTO. PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Pena-base. Considerado que a quantidade da droga foi sopesada na terceira fase da dosimetria para aferir o patamar de diminuição previsto no § 4º da Lei Antidrogas, não há que ser considerada também para agravar a pena-base, por ofensa ao bis in idem, motivo pelo qual reduz-se a pena-base para o mínimo legal. 2. Não há provas concretas nos autos acerca da dedicação dos sentenciados à atividades criminosas. Preenchidos os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, faz-se imperiosa a aplicação do referido benefício, pois se trata de direito subjetivo do réu e não mera faculdade do juiz. Aplicação na fração de 1/4, tendo em vista a quantidade da droga. 28 quilos de maconha. 3. (...)". (TJMS; APL 0000756-85.2013.8.12.0020; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 30/05/2016; Pág. 94).

Portanto, presentes os requisitos da primariedade e bons antecedentes, bem assim o da não dedicação a atividades criminosas, na ausência de prova segura acerca de outros elementos que indiquem integração a atividades criminosas, a quantidade da droga apreendida, **quando não excessivamente elevada**, por si só, é insuficiente para afastar o benefício previsto pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

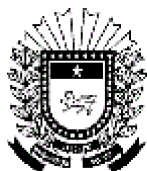
Assim decide o STJ:

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNÇÃO DE "MULA". CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE PER SI, NÃO EVIDENCIA INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O preparo prévio da conduta criminosa e a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, efetivamente evidenciam uma conduta mais censurável do agente, motivo pelo qual autorizam a conclusão pela desfavorabilidade



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

da circunstância judicial relativa à culpabilidade. 2. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, e é irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ. 4. Uma vez que a confissão do acusado foi utilizada pelo Magistrado para a formação do seu convencimento quanto à prática do crime de tráfico transnacional de drogas, deve ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. 5. O núcleo essencial da ideia de organização criminosa está vinculado à compreensão de que esse tipo de organização é altamente estruturada, organizada hierarquicamente, com recrutamento de pessoas, divisão funcional de tarefas, dotada de alto poder de intimidação e de ingerência sobre a própria máquina estatal, com repercussões internacionais que não encontram fronteiras, dado o poderio econômico que detém, o que lhe imprime alto planejamento e controle. 6. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. 7. O fato de o agente haver atuado como "mula" no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos. 8. A necessidade de conferir tratamento diferenciado aos agentes que praticam crimes como "mulas" guarda relação, em certa medida, com a aleatoriedade ou com a fragilidade (vulnerabilidade) que esses indivíduos apresentam, recrutados, na maioria dos casos, para a finalidade de um único transporte de droga. 9. À luz dos elementos coligidos aos autos e com base em uma análise detida dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para justificar a impossibilidade de incidência do redutor, verifica-se que, especificamente no caso ora em análise, a relação existente entre o recorrente e o tráfico de drogas foi meramente circunstancial e que ele não integra, diretamente, uma organização criminosa em si. 10. Sendo o recorrente tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, e diante da ausência de elementos concretos que, efetivamente, evidenciem a sua dedicação a atividades delituosas ou a sua integração em organização criminosa, deve o recurso ser provido nesse ponto, a fim de reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu favor. 11. Embora o acusado haja sido definitivamente condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (natureza e elevada quantidade de drogas apreendidas) justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo do que o correspondente à pena aplicada, a teor do art. 33, § 3º, do Código



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Penal. 12. Uma vez que a reprimenda ficou estabelecida em patamar acima de 4 anos de reclusão, não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). Ademais, a elevada quantidade de drogas (quase 2 kg de cocaína, peso líquido), apreendidas em contexto de tráfico transnacional, evidencia que, no caso, a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendável, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 13. Recurso especial parcialmente provido, a fim de: a) reconhecer, em favor do recorrente, a atenuante da confissão espontânea, aplicando-a no patamar de 1/6; b) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, tornar a reprimenda do acusado definitivamente estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 486 dias-multa". (REsp 1365002/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 11/09/2017). (Destaquei).

No contexto dos autos, portanto, havendo indicativos de que o episódio foi fato isolado na vida da apelante, tenho que lhe deve ser concedido o benefício previsto pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

Em decorrência, afasto o caráter hediondo.

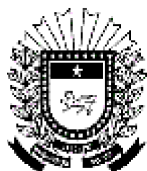
O patamar de redução, considerando a quantidade de maconha apreendida, não pode ser superior a 1/2 (metade), pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, de forma que, considerando que a pena resultou fixada pela sentença em 5 anos e 10 meses de reclusão, é reduzida para **02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.**

2. Aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP. Acordo de não persecução penal.

Postula a apelante, em caso de redução da pena, pela aplicação dos efeitos do art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/19, que instituiu a possibilidade de o Ministério Público propor acordo ao investigado de não persecução penal.

Dispõe o novel artigo 28-A do CPP:

"Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)."



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Como se vê, o acordo de não persecução penal, instituído pela Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, é uma faculdade concedida ao Ministério Público, que poderá ser exercida em momento anterior à propositura da ação penal, quando a pena abstratamente cominada pelo preceito secundário da norma seja inferior a quatro anos, e o agente vier a confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça.

Não se discute que se trata de lei nova mais benéfica ao acusado, bem como que, diante de tal natureza, seus efeitos devem retroagir (princípio da *novatio legis in mellius*).

Mesmo assim, quando o feito encontra-se em grau de recurso, antes de determinar a baixa dos autos, cabe ao Tribunal de Justiça examinar a presença dos requisitos objetivos de tal instituto, a fim de evitar desnecessário retardo no andamento do feito, bem como um inadmissível tumulto processual.

Nesse sentido o seguinte aresto que, inobstante destoe em alguns aspectos do entendimento do STJ, com o qual comungo, bem ilustra a afirmação acima, pontos em que destaquei:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 C/C ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006. QUESTÃO PRELIMINAR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. (...) 3. O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in mellius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 4. É possível a retroação da Lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (RESP. Nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma). 5. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP. 6. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias. 7. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal. 8. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela Lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da Lei mais benéfica. 9. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar. 10. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo. 11. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários. 12. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. 13. Ao menos no que diz respeito aos aspectos subjetivos, ao denunciado deve ser assegurada a possibilidade de oferta pelo Ministério Público Federal do acordo de não persecução penal. 14. Determinada, em preliminar, a remessa do feito ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, julgando prejudicado o recurso. (TRF 4ª R.; ACR 5013891-67.2018.4.04.7002; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; Julg. 03/06/2020; Publ. PJe 04/06/2020).

Assim sendo, é de fácil verificação que a hipótese versada nestes autos não é abraçada pelo artigo 28-A do CPP.

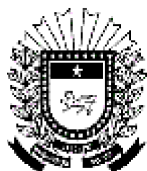
Primeiro porque a fase investigativa há muito encerrou-se, tanto que há condenação, inclusive em segundo grau.

Depois porque o crime praticado é o de tráfico de drogas (artigo 33, da Lei 11.343/06), cuja pena mínima prevista é superior a 04 (quatro) anos.

Além disso, pela relevante quantidade de droga transportada (11,7 kg de maconha), é de fácil percepção que qualquer acordo de não persecução penal seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime.

É nesse sentido a interpretação dada pelo STJ ao dispositivo legal acima transcrito, com a qual comungo. Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO TENTADO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. I - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, à conta de omissão no V. acórdão, pretende o embargante a rediscussão, sob nova roupagem, da matéria já apreciada. II - Ademais, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau. Embargos de declaração rejeitados. (STJ; EDcl-AgRg-AREsp 1.668.298; Proc. 2020/0043007-8; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 26/05/2020; DJE 03/06/2020).

Especificamente ao caso concreto (tráfico de drogas), em que, diante do reconhecimento do tráfico ocasional (§ 4º artigo 33 da Lei 11.343/06), a pena estabilizou-se em patamar inferior a 04 (quatro) anos, resta impossível a aplicação do artigo 28-A do CPP, porque a pena a ser considerada não é a concreta, e sim a abstrata. Atente-se:

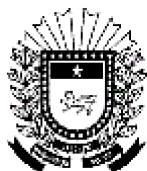
PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não se pode falar na aplicação do art. 28-A do CPP ao crime de tráfico, uma vez que este não tem pena mínima inferior a 04 anos, um dos requisitos exigidos pelo referido dispositivo. 2. Em atenção ao art. 44 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (253 pastilhas de "ecstasy"), inclusive utilizadas para sopesar a pena-base, justificam a impossibilidade da substituição. 3. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-AgRg-AREsp 1.635.787; Proc. 2019/0375723-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 12/05/2020; DJE 19/05/2020).

Diante de tais fundamentos, rejeita-se o pleito defensivo.

3. Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Por fim, a apelante postula pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao julgar o HC nº 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

restritivas de direitos a condenados por tráfico de drogas. Portanto, quando presentes os requisitos previstos pelo artigo 44, do Código Penal, a substituição é direito subjetivo do agente. Eis o texto legal:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: 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; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

No caso sob análise verifica-se que a pena resultou fixada em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e não se trata de reincidente, de forma que presentes os dois primeiros requisitos legais.

O requisito que demanda maior atenção, em razão da elevada dose de subjetividade que encerra, é o previsto pelo inciso III, o qual não se atrela exclusivamente à análise das circunstâncias judiciais, já realizada pela sentença, daí a necessidade de ser analisado com vistas ao princípio da proporcionalidade, face aos critérios da retributividade e suficiência da sanção penal.

A hipótese versada trata do transporte de relevante quantidade de maconha (11,7 kg), esta que é uma das circunstâncias judiciais preponderantes nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, e foi ignorada pela sentença, de forma que a substituição pleiteada não se mostra adequada à prevenção e repressão do crime praticado. Nesse sentido decisões do Tribunal da cidadania (sem grifos na fonte):

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME FECHADO.SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. 2. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a quantidade da droga apreendida. 3. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007. 4. Ordem denegada (STJ. HC 198.998/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ. Quinta Turma. Julgado em 13/03/2012).



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

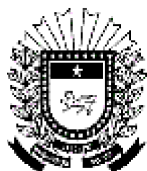
PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não se pode falar na aplicação do art. 28-A do CPP ao crime de tráfico, uma vez que este não tem pena mínima inferior a 04 anos, um dos requisitos exigidos pelo referido dispositivo. 2. Em atenção ao art. 44 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (253 pastilhas de "ecstasy"), inclusive utilizadas para sopesar a pena-base, justificam a impossibilidade da substituição. 3. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-AgRg-AREsp 1.635.787; Proc. 2019/0375723-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 12/05/2020; DJE 19/05/2020).

Face a tais fundamentos, e diante do não atendimento ao requisito previsto pelo inciso III do artigo 44 do Código Penal, rejeita-se o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, a pena deve ser cumprida inicialmente no regime aberto.

No que tange ao **prequestionamento** cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, **dou parcial provimento** ao recurso para conceder o privilégio, afastar o caráter hediondo do delito e fixar a pena em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.
Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 16 de julho de 2020.

sgin