

ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Número Único: 1002959-34.2022.8.11.0046
Classe: APELAÇÃO CRIMINAL (417)
Assunto: [Tráfico de Drogas e Condutas Afins]
Relator: Des(a). RONDON BASSIL DOWER FILHO

Turma Julgadora: [DES(A). RONDON BASSIL DOWER FILHO, DES(A). GILBERTO GIRALDELLI, DES

Parte(s):

[REDACTED] (APELANTE), FERNANDO HENRIQUE VIOLA DE ALMEIDA - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), MATHEUS SALOME DE SOUZA - CPF: 046.541.281-58 (ADVOGADO), POLICIA FEDERAL NO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ 00.394.4940028/56 (APELADO), MINISTERIO DA JUSTICA - CNPJ: 00.394.494/0028-56 (REPRESENTANTE), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (APELADO), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (REPRESENTANTE), [REDACTED]

[REDACTED]
PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (CUSTOS LEGIS)]

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência Des(a). LUIZ FERREIRA DA SILVA, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: **POR MAIORIA, PROVEU PARCIALMENTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO PARCIALMENTE, O VOGAL.**

E M E N T A

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. **1. PRELIMINAR. DIREITO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP).** PROCEDÊNCIA. ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDOTA PARA O §4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/06. INTELIGÊNCIA DO §1º DO ART. 28-A DO CPP. INSTITUTO INSERIDO PELO PACOTE ANTICRIME. PENA DEFINITIVA FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE OFERTA DO ACORDO PARA ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ART. 28-A DO CPP E MANIFESTAÇÃO MOTIVADA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 1º

GRAU PARA ENTABULAR OU NÃO O ACORDO. **RECENTE ENTENDIMENTO DA CORTE CIDADÃ E DESTE TJMT. PRELIMINAR ACOLHIDA. 2. MÉRITO. 1. AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA O GRAU MÁXIMO (2/3). BIS IN IDEM NA VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DA DROGA (ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS). 1ª E 3ª FASES DA PENA. PROCEDÊNCIA. FRAÇÃO MÍNIMA APLICADA SEM FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. IMPEDIMENTO DE USO DA QUANTIDADE DA DROGA CONCOMITANTEMENTE NA PRIMEIRA E TERCEIRA ETAPA DOSIMÉTRICAS. BIS IN IDEM CONFIGURADO. ENUNCIADO Nº 48 DA TCCR/TJMT. SITUAÇÃO DE *MULA DE TRÁFICO* QUE NÃO DESABONA O RÉU. PECULIARIIDADES DO CASO CONCRETO. PRELIMINAR DEFENSIVA ACOLHIDA PARA REMETER OS AUTOS AO JUÍZO SINGULAR A FIM DE OPORTUNIZAR AO RÉU ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. MÉRITO PARCIALMENTE PROVIDO PARA READEQUAR A FRAÇÃO DIMINUTIVA DO PRIVILÉGIO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). CONSONÂNCIA PARCIAL COM O PARECER.**

1.1. Introduzido pela Lei do Pacote Anticrime (Lei nº. 13.964/2019), o Acordo de Não Persecução Penal inserido no art. 28-A no CPP, possibilita a realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado, exigindo-se para a sua aplicação, a observância de alguns requisitos, tais quais pena mínima inferior a 4 anos; confissão formal; delito praticado sem grave ameaça ou violência à pessoa, e que a proposta seja suficiente para a prevenção e punição do crime.

1.2. Consoante recente entendimento da Corte Cidadã, nas hipóteses em que reconhecido o Tráfico Privilegiado na sentença condenatória, é possível oportunizar ao réu a proposta do Acordo de Não Persecução Penal, a considerar que em casos tais, há mudança significativa do quadro-fático, aliado ao §1º do art. 28-A do CPP, o qual dispõe que serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena para aferição da pena mínima cominada ao delito. Ademais, tal entendimento advém de interpretação analógica à Súmula 337 do STJ, de que, havendo a desclassificação da conduta ou mudança no enquadramento jurídico, se torna viável o acordo devendo os autos retornarem à Comarca de Origem para eventual propositura do ANPP, se assim o Ministério Público de 1º

grau entender suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do crime e de forma motivada. Precedentes (STJ: HC n. 837.239/RJ e TJMT: TJMT 1015935-42.2021.8.11.0003).

2. Se o magistrado oficiante ao aplicar a causa especial diminutiva do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, na fração mínima de 1/6, com idêntico fundamento do qual recrudescer a 1ª fase da pena, qual seja os elementos do §4º do art. 33 da Lei Antidrogas (quantidade e qualidade da droga), não há outro caminho a não ser aplicar o coeficiente redutor em seu grau máximo (2/3) para decotar o temeroso *bis in idem*. Outrossim, a condição de *Mula do Tráfico*, a depender do caso concreto, não deve incorrer em prejuízo ao agente primário, com excelentes antecedentes e que apresentou postura colaborativa ao longo do curso processual, desde a sua prisão em flagrante.

RELATÓRIO

Egrégia Câmara,

████████████████████ foi condenado pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Comodoro-MT, como autor do crime de **Tráfico de Drogas** (art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006), à pena de **2 anos e 6 meses de reclusão** e **250 dias-multa** em regime **aberto** (ID 171952289).

Nas suas **razões**, o apelante suscitou *preliminar* de remessa dos autos ao *Parquet*, a fim de oportunizar a oferta do **Acordo de Não Persecução Penal** (ANPP) à defesa. No *mérito*, requereu a incidência da **minorante do Tráfico Privilegiado na fração máxima** (2/3), haja vista a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, bem como a **substituição da pena** privativa de liberdade por restritiva de direitos (ID 176062158).

As **contrarrazões** ministeriais são pela rejeição da *preliminar*, em face da ausência do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos da ANPP e, no mérito, pelo **desprovemento** do apelo (ID 179363661);

A douta PGJ, em parecer não sumariado e mediante fundamentação *per relationem*, manifestou pela rejeição da preliminar, e no mérito, pelo **desprovemento** do apelo (ID 188046184).

É o relatório.

À d. revisão.

Cuiabá, data da assinatura digital.

Rondon Bassil Dower Filho

Relator

VOTO RELATOR

VOTO

Egrégia Câmara,

No dia 21.07.2022, nas imediações da BR MT388, município de Campos de Júlio/MT, [REDACTED] transportou, para fins de traficância, aproximadamente **217,15kg** de pasta base de cocaína, divididas em 170 tabletes.

Em razão desse cenário, ele foi denunciado pela prática do crime de Tráfico de Drogas (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006).

O MP, naquela oportunidade, deixou de oferecer o ANPP, tendo em vista que “*o preceito secundário da norma penal violada extrapola o limite legal estabelecido para a concessão da benesse despenalizadora*” (ID 171952194).

Após a regular instrução processual, o Juízo singular julgou procedente a Ação Penal e condenou [REDACTED] como autor do crime de Tráfico de Drogas, reconhecendo na terceira fase da dosimetria da pena, a modalidade privilegiada do delito, na fração de 1/2, capitulado no §4.º do art. 33, da Lei Antidrogas, fixando a pena definitiva em de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, em regime aberto.

Após a prolação da sentença, a defesa manifestou perante o Juízo singular, pela remessa dos autos ao Ministério Público de 1º grau, para fins de ofertar o Acordo de Não Persecução Penal ao réu (ID 171952295), e na mesma data, interpôs Recurso de Apelação (ID 171952293).

Na sequência, houve o declínio de competência do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Comodoro-MT, para o Juízo da 4.ª Vara Criminal de Cáceres, em razão da Resolução n.º 02/2023-TP (ID 171952298).

O recurso foi recebido pelo referido Juízo e os autos foram remetidos para esta instância recursal, a fim de que o apelante apresentasse as respectivas razões (ID 171952305).

Intimada, a defesa reiterou o pedido de remessa dos autos para o Ministério Público se manifestar sobre a possibilidade de ofertar o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A do CPP) (ID 174547158).

Em decisão de ID 175127197, **analisei o pedido da defesa referente ao ANPP, em 13.07.2023, e indeferi o pedido**, considerando o crime imputado ao apelante, qual seja Tráfico de drogas - “*prevê pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos de reclusão, não é preciso muito esforço para perceber que o benefício em tela é inaplicável ao caso concreto*”, ao final, determinei a intimação da defesa para apresentar as razões de apelação (§4º, do art. 600 do CPP).

Apresentadas as razões recursais sob ID 176062158, as contrarrazões ministeriais e a manifestação da PGJ, passo a analisar os pedidos.

É o relato do necessário.

VOTO PRELIMINAR – DIREITO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

A defesa suscitou, *preliminarmente*, a remessa dos autos ao MP de 1º grau, a fim de oportunizar ao réu, a oferta da *benesse* do art. 28-A do CPP.

Inicialmente, ressalto que em decisão de ID 175127197, indeferi o pedido da defesa referente ao ANPP em julho de 2023. No entanto, iniciou-se nos Tribunais Superiores discussão acalorada sobre o cabimento ou não da *benesse* no crime de Tráfico, tanto que esta Terceira Câmara Criminal, recentemente, mudou o posicionamento em sintonia com a Corte Cidadã. Analisando esse quadro, mudei meu entendimento de acordo com o raciocínio a seguir.

Com efeito, o **Acordo de Não Persecução Penal** foi inserido no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime (Lei nº. 13.964/2019), para possibilitar a “*realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado*” (STJ - RHC: 161251), **objetivando com isso**, reduzir e relativizar a obrigatoriedade da ação penal para a garantia da celeridade, economia e eficiência processual.

Disciplinado no **art. 28-A do Código de Processo Penal**, o ANPP se trata de um poder-dever do Ministério Público, quando constatados os **requisitos objetivos e subjetivos** da *benesse*, *in verbis*:

1. A pena mínima da infração penal for inferior a 4 anos;
2. Crime cometido sem violência ou grave ameaça;
3. Confissão formal e circunstancial do agente e,
4. Reprovação e prevenção do crime.

Prosseguindo, o **ANPP** será proposto pelo Ministério Público mediante acordo firmado com o investigado (acompanhado pelo seu defensor), a ser homologado pelo Juízo competente durante audiência designada para tanto, na qual o magistrado observará a voluntariedade do investigado em firmar o acordo, bem como os detalhes da sua confissão, e claro, se preenchidos os requisitos encimados, e desde que a decisão da homologação do acordo ou recusa, esteja fundamentada.

O instituto em questão, não se trata de um direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade e prerrogativa do Órgão Acusador, ante a imprescindibilidade de observância dos limites da Lei e da necessária motivação de eventual recusa da ANPP, razão pela qual não cabe ao Poder Judiciário ofertar o acordo, mas sim, homologá-lo.

Em todos os casos de oferta ou negativa do “*negócio jurídico pré-processual*”, que é de natureza jurídica extrajudicial, serão apreciados pelo Poder Judiciário que poderá ou não homologar o acordo, consoante às disposições do art. 28-A, §§ 4.º, 5.º e 7.º do CPP, observando-se a legalidade dos termos do ANPP ofertados pelo MP, podendo, por outro lado, recusar a homologação do acordo (art. 581, XXV, CPP, *in verbis*: “*XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal*”), desde que de forma fundamentada.

Feitas essas considerações, há dois principais posicionamentos sobre o momento da oferta do ANPP: o **primeiro**, cujo entendimento do ANPP trata-se de benefício pré-processual, sendo possível oportunizar o negócio jurídico somente até o recebimento da denúncia, e o **segundo** entendimento, de que independentemente da fase processual, se constatado o preenchimento dos requisitos será oportunizado ao acusado a possibilidade de entabular o ANPP ofertado pelo MP, concedendo-se à defesa o direito de recorrer às instâncias revisoras - Órgão Superior do MP (art. 28-A, §14 do CPP), em caso de recusa do magistrado.

O raciocínio central do caso em análise está no ponto em que, **após** a denúncia ofertada pela prática do crime de Tráfico de drogas, prevista no *caput* do art. 33 da Lei nº. 11.343/06, em que logo em seguida ao oferecimento da acusatória o MP decidiu por não ofertar o acordo, porque não preenchidos os requisitos naquele primeiro momento, após o regular trâmite processual, na elaboração da sentença, o magistrado aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado, tal enquadramento **altera substancialmente o quadro fático** já que o tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas prevê pena mínima de 5 anos de reclusão, ao passo que, quando aplicada a benesse descrita no §4º do mencionado artigo, a pena final poderá ser estipulada em até 1 ano e 8 meses de reclusão, no caso se ser aplicada a fração de 2/3 (patamar contabilizado partir da pena mínima de 5 anos do delito).

Isso, porque, conforme previsão legal, o coeficiente fracionário poderá ser reduzido de um sexto a dois terços, permitindo a aplicação da pena definitiva abaixo do *quantum* de 4 anos (um dos requisitos para a viabilizar-se o ANPP).

Acerca da causa diminutiva supra, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do **HC nº. 225.993/SP**, de relatoria do Ministro *André Mendonça*, em **11.07.2023**, consignou que “... a Segunda Turma desta Corte, ao julgar recentemente o HC nº 194.677/SP, assentou ser viável que uma causa de diminuição reconhecida no curso do processo (não descrita na denúncia, portanto) fosse utilizada na definição da pena mínima aplicável, de modo a se viabilizar o ANPP”.

O que se quer dizer é que, ainda que o acusado tenha sido denunciado pelo delito de Tráfico de drogas (que comina pena de 5 a 15 anos de reclusão), se ao tempo da sentença, o Juízo aplicar a causa redutora do privilégio, evidenciará a partir de então, considerável mudança no quadro fático aplicando-se por analogia, o entendimento da **Sumula 397 do STJ**, *in verbis*: “*É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*”, sendo, portanto, possível a aplicação retroativa do instituto.

Com efeito, há certa divergência de posicionamento no c. Supremo Tribunal Federal, tanto, que atualmente, os recursos que discutem esta matéria naquela instância suprema, estão suspensos até a conclusão do julgamento do HC nº 185.913/DF de relatoria do Ministro *Gilmar Mendes* (Vide: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>).

Noutra senda, a **5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça** pontuou ser cabível a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, **mesmo após prolatada a sentença e desde que haja a desclassificação da conduta**, seja por meio de *emendatio libelli* ou de *mutatio libelli*, para tipo penal que preencha os requisitos objetivos da *benesse* (art. 28-A do CPP), senão vejamos:

“1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, tem lugar "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". 2. A doutrina processual penal brasileira classifica o instituto como "negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso - devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida" (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 7ª edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2019, p. 200). 3. **A Quinta Turma do STJ, nos autos do AgRg no REsp 2.016.905/SP, Rel. Ministro Messod Azulay Neto, estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu incidir,**

extensivamente, às hipóteses de ANPP, o Enunciado n. 337 da Súmula do STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva, devendo os autos do processo retornarem à instância de origem para aplicação desses institutos. (...)”. (STJ. HC n. 837.239/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, **DJe de 3/10/2023**). Destaquei.

Igualmente, o STF, no julgamento do **HC n.º 225.993/SP**, de relatoria do Ministro *André Mendonça* consignou o seguinte raciocínio sobre o assunto:

“... entendo não ser vedada a consideração da mencionada causa de diminuição na aferição da pena mínima em abstrato, pelo fato de não ter sido descrita na denúncia, até porque o magistrado sentenciante, após a análise do conjunto probatório produzido na instrução criminal, pode concluir pela aplicação do redutor (como, de fato, o fez) quando preenchidos seus requisitos. 14. Não se cuida de acordo “de não recebimento de denúncia”, mas, sim, de não persecução penal, que se perpetua durante o curso do processo crime. Nesse sentido, o art. 3º-B, inc. XVII, do CPP (também incluído pelo Pacote Anticrime), ao prever que cabe ao juiz de garantias “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação”, indica, a contrario sensu, a possibilidade de celebração do acordo na fase processual, competindo ao magistrado atuante nessa fase a apreciação do feito para respectiva homologação . (...) Em sentido semelhante, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar recentemente o HC nº 194.677/SP, assentou ser viável que uma causa de diminuição reconhecida no curso do processo (não descrita na denúncia, portanto) fosse utilizada na definição da pena mínima aplicável, de modo a se viabilizar o ANPP”. (STF HC 225993 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ANDRÉ MENDONÇA Julgamento: 11/07/2023 Publicação: **12/07/2023). Destaquei.**

Aliás, reforçando o tema, segundo o **§1º do art. 28-A do CPP**, para a “*aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, **serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto**”*. Destaquei.

Ou seja, há previsão legal no §1º do art. 28-A do CPP, conferindo a possibilidade da oferta do ANPP, no quesito pena cominada ao delito, quando consideradas as causas de diminuição aplicáveis ao caso concreto, ou seja, exatamente aplicável ao caso posto.

Tal posicionamento, inclusive, é seguido por esta Colenda Câmara Criminal, com espeque no recente julgado abaixo transcrito:

“RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – (...) **IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL** (...) **2. ARGUIDA A NULIDADE DA RECONHECIDA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL POR OCASIÃO DA SENTENÇA – TESE REJEITADA – ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA PARA AQUELA DESCRITA NO ART. 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/06 AO TÉRMINO DA INSTRUÇÃO – ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO RÉU QUE TORNA OBJETIVAMENTE VIÁVEL O INSTITUTO NEGOCIAL – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR PARA MANIFESTAR-SE, MOTIVADAMENTE, NOS TERMOS DO ART. 28-A DO CPP – PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE DE PENA RELATIVA AO ‘TRÁFICO PRIVILEGIADO’ – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...)**” 2.

Consoante entendimento recente das Cortes Superiores, havendo a adequação do enquadramento jurídico ou a desclassificação da conduta, tornando objetivamente viável o acordo de não persecução penal, deve-se abrir vista dos autos ao i. órgão ministerial a fim de se manifestar, motivadamente, acerca de eventual aplicação do instituto negocial, tornando de rigor a ratificação do r. *decidum* reprochado em relação ao segundo apelante (...). (TJMT 1015935-42.2021.8.11.0003, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, **GILBERTO GIRALDELLI**, Terceira Câmara Criminal, Julgado em 15/02/2024, Publicado no DJE **15/02/2024**).

"A aferição do requisito objetivo do acordo de não persecução penal ["pena mínima inferior a 4 (quatro) anos"] deve considerar "as causas [...] de diminuição aplicáveis ao caso concreto" (CPP, art. 28-A, caput e § 1º), razão pela qual, com a "alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP [...] uma vez que [...] reconhecida a minorante do tráfico privilegiado" a pena mínima seria reduzida abaixo "do limite de 4 anos [...] previsto no art. 28-A do CPP" (STJ, HC 822.947/GO; STF, HC 194.677/SP). O "tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo" (STJ, Tema Repetitivo nº 600 - Pet 11796/DF), a merecer tratamento penal "menos rigoroso" por possuir "contornos mais benignos [...] notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa" (STF, HC nº 118.533/MS). O órgão do Ministério Público de primeiro grau pode recusar a oferta do acordo de não persecução penal "de forma fundamentada, quando constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários [...] e que não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência" (STJ, RHC 161.251). Deve ser oportunizado ao apelado pleitear a "remessa dos autos ao órgão superior" [PGJ] para revisão quanto aos motivos da eventual recusa [do órgão do Ministério Público de primeiro grau] – CPP, art. 28, § 14º, sobretudo porque, se "cumpridas [...] as condições estabelecidas no acordo, ficará esvaziada a pretensão estatal, por meio da declaração da extinção da punibilidade" (STF, ARE 1.379.168). Recurso desprovido". (N.U 1023067-90.2020.8.11.0002, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, MARCOS MACHADO, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 26/03/2024, Publicado no DJE 27/03/2024).

Para além disso, embora condenado pelo crime de Tráfico de Entorpecente, foi aplicada a causa de **diminuição da modalidade privilegiada** em favor do apelante, cuja circunstância não foi descrita na denúncia restando evidenciado o *excesso da acusação* – expressão estrangeira conhecida por *Overcharging*. Tal conclusão se dá especialmente, pelo advento do trânsito em julgado para o Ministério Público, que no à exemplo do caso, manifestou-se ciente da sentença condenatória sem a interposição de recurso (ID 171952290).

Nesse aspecto, imprescindível pontuar que a análise quanto o preenchimento do primeiro requisito objetivo do acordo, **não** é realizado com a pena concreta (após análise do art. 59 do CP) estipulada pelo douto magistrado, mas sim, através do cálculo matemático dos preceitos abstratos, considerando-se os índices das causas de aumento e diminuição da pena.

De acordo com o doutrinador *Aury Lopes Jr.*[1], o cálculo para a observância da possibilidade de oferta do ANPP deverá ser feito considerando a pena mínima abstratamente prevista, com a aplicação do maior índice de diminuição, e se for de aumento, no menor índice, sempre de maneira que possa ser considerada mais favorável ao réu, porquanto o legislador não previu o modo de se proceder.

Nesse ponto de interesse, trago trecho interessante do artigo elaborado pelo nobre doutrinador:

“O enunciado 29 do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) e GNCCRIM (Grupo nacional de coordenadores de centro de apoio criminal) dispõe que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”.

O STJ (HC 505.156), já decidiu que:

[...] 3. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.095/1995, requer que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 1 ano. O delito de contrabando, previsto no art. 334-A do CP, prevê sanção que varia de 2 a 5 anos de reclusão. Em sua forma consumada, portanto, é inviável a concessão do benefício.

4. Entretanto, em se tratando de crime tentado, deve ser considerada a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida pela fração máxima prevista no art. 14, II, do Código Penal, isto é, de 2/3, o que possibilita a suspensão condicional do processo, na medida em que a pena mínima em abstrato, com a redução pela tentativa, é inferior a 1 ano.[...]”.

Logo, se o preceito secundário abstrato do crime de Tráfico de Drogas é estipulado em cinco anos de reclusão e a causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 prevê o parâmetro de diminuição entre 1/6 a 2/3 e, para a análise do negócio jurídico do art. 28-A do Código de Processo Penal deverá ser analisada os parâmetros

quantitativos da causa de diminuição e demais requisitos, na lógica do entendimento acima esposado não há impedimento para a oferta ao acordo, porque diante da visível mudança fática.

Consequentemente, não há dúvidas de que a pena mínima abstratamente prevista para a modalidade privilegiada, a depender da fração utilizada na redutora, que pode ser estabelecida em patamar inferior a quatro anos, como na hipótese (2 anos e 8 meses de reclusão) que, aliado aos demais requisitos objetivos (confissão formal e circunstancial do agente – ID 171952262 – e crime cometido sem violência ou grave ameaça).

Imprescindível esclarecer que na hipótese, não se está usurpando a atribuição do Ministério Público, mas apenas fazendo análise perfunctória dos requisitos objetivos para apreciação da preliminar suscitada pela defesa. Tanto é assim, que a apreciação da necessidade e suficiência da medida para prevenção e repressão do ilícito é de discricionariedade do Ministério Público.

Ademais, a homologação é de competência do Juízo de Origem que não apreciou o requerimento da defesa sobre o instituto após a prolação da sentença condenatória. Portanto, qualquer manifestação mais aprofundada sobre o caso ocasionaria a supressão de instância e estar-se-ia interferindo a prerrogativa do MP, vez que, cediço, cabe ao MP ofertar o ANPP.

Por conseguinte, constatado o excesso da acusação, o que vedou à defesa a possibilidade de entabular na fase pré-processual o Acordo de Não Persecução Penal, faz-se preciso determinar o retorno dos autos à Comarca de Origem para que o Ministério Público se manifeste sobre os ditames do art. 28-A, do Código de Processo Penal, de forma fundamentada.

Enfatize-se, a fim de exterminar qualquer dúvida, que não se está reconhecendo o direito do apelante ao Acordo de Não Persecução Penal, mas sim, o direito de ter apreciada a possibilidade do negócio jurídico e de recorrer às instâncias revisoras em caso de recusa, se assim a defesa entender necessário.

2. DOSIMETRIA DA PENA

A defesa visa ainda, a modificação da dosimetria da pena, para decotar a ocorrência de *bis in idem*, “na medida em que valorou o vetor quantidade e natureza da substância entorpecente na primeira fase da dosimetria para agravar a pena-base, bem como na terceira fase para modular a fração de diminuição referente ao tráfico privilegiado, aplicando-a em 1/2”. Com isso, pretende a aplicação da redutora do tráfico privilegiado em

seu grau máximo (2/3), bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

O Magistrado sentenciante na **1ª fase da pena**, considerou desfavorável a **quantidade** da droga (art. 42 da Lei de Drogas) estabelecendo a pena basilar em *5 anos e 6 meses de reclusão*, ao passo que na **3ª fase da pena**, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, diminuiu a reprimenda na fração de 1/6. Destaco trecho da decisão em foco:

“Atento ao princípio constitucional da individualização da pena e considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observo que: (...) **i) a quantidade de entorpecente** – deve ser considerada desfavorável, pois foram apreendidos mais de 217 kg de entorpecentes. Nestes termos, considerando as causas objetivas e subjetivas, **FIXO A PENA**[1]BASE no patamar de 05(cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Não há agravantes, presente, porém, a atenuante da confissão espontânea, o que conduz a pena ao mínimo legal de 05(cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Ausentes causas de aumento de pena, presente a causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pelo que, levando-se em consideração a quantidade do entorpecente, bem como a substância em si, reduzo a pena na **metade**, pelo que, fixo a pena definitiva em 02(dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. Fixo o dia-multa na ordem de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época do fato, o que deverá ser devidamente corrigido. O regime de cumprimento de pena deverá ser o **ABERTO**, por inteligência do artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal. Deixo de aplicar a substituição da pena prevista no artigo 44, do CP, bem como a concessão da suspensão condicional da pena inserta no artigo 77, do mesmo diploma, ante o entendimento que tal benesse na região fronteiriça iria aumentar a sensação de impunidade proliferando os delitos desta espécie ante a banalização de sua pena. Tendo em vista que eventual detração não importará na alteração do regime de cumprimento de pena, postergo o computo para a fase de execução”. sic (ID 171952289).

Extrai-se dos autos que o apelante estava transportando em seu caminhão para fins de traficância, na BR 3645/MT, **217,15kg** de pasta base de cocaína, juntamente com outro veículo (*Fiat Strada*) quando, ao receberem comando de parada dos policiais rodoviários federais, o condutor deste último veículo (não identificado) empreendeu fuga e, embora ele não tenha sido localizado, os policiais encontraram no veículo *Strada* 30 tabletes

de pasta base de cocaína em um compartimento interno do automotor, enquanto no caminhão conduzido pelo apelante, apreenderam 170 tabletes de droga escondida em meio à carga de arroz (ID 171952189 e 171952262).

Com efeito, o benefício do **§ 4º, inserido no art. 33, da Lei de Drogas** demanda o atendimento concomitante das seguintes condições: *primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e tampouco integrar organizações criminosas*, para então, ter direito a redução da reprimenda de 1/6 a 2/3, a depender do caso.

Isso, porque, a *benesse* objetiva conferir tratamento especial ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu “meio de vida”, merecendo com isso menor reprovabilidade, e por consequência, tratamento mais benéfico que o traficante habitual.

Vejo que o apelante tem sim direito ao benefício, haja vista que primário, detentor de bons antecedentes e inexistem provas nos autos de que ele integre organização criminosa ou que se dedique exclusivamente à atividade ilícita.

Da análise da dosimetria supramencionada, nota-se que o magistrado recrudesceu a pena-base em 6 meses de reclusão com base nos critérios do art. 42 da Lei Antidrogas – quantidade da droga e, mediante o mesmo fundamento, modulou a fração redutora do tráfico privilegiado no quantum mínimo (1/6).

No entanto, sobre a providência adotada, ressalto que este E. Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento por meio do **Enunciado Orientativo nº. 48 da TCCR/TJMT**, de que *“As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas só podem ser usadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria de forma não cumulativa, sob pena de indevido bis in idem”*.

A Corte Cidadã acompanha o mesmo raciocínio, veja-se:

“2. Esta Corte Superior, ao analisar o tema, posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente ao concluir que, no presente caso, **tendo sido a quantidade da droga utilizada para exasperar a pena-base, não pode ser novamente sopesada para fins de modular a minorante do tráfico privilegiado, sendo necessário o reconhecimento da incidência da causa do tráfico privilegiado, no patamar de 2/3 (dois terços)**. 3. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar o rejuízo da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, não é compatível com o recurso protocolado. 4. Embargos de declaração rejeitados”. (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 2014355 MG 2022/0219245-7, Data de Julgamento:

25/10/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/11/2022). Destaquei.

Além disso, a atuação como “*mula de tráfico*”, a meu sentir, não impede a aplicação do tráfico privilegiado na fração máxima (2/3) a depender do caso concreto, pois, o indivíduo que aceita proposta de traficante habitual para transportar droga, na maioria das vezes, recebe promessa interessante de recompensa financeira (em média de R\$ 2.000,00 a 5.000,00), o que é certamente atraente para aquele que está passando por dificuldade de ordem financeira no lar, como no caso do apelante que trabalha como motorista, reside em casa muito modesta, tudo isso, comprovado nos autos (ID 171952198 – Págs. 16/ 23, Págs. 24/31 e Págs. 13/15).

O raciocínio aqui posto, não é o de isentar o agente que, a convite de terceiros pratica delito de Tráfico de drogas, mas sim, de aplicar causa diminutiva prevista na própria Lei Antidrogas. Nesse aspecto, cediço que o legislador visou de certa forma, com a redutora em questão, responsabilizar de maneira mais branda aquele que se coloca nesse papel (de tráfico eventual), para que não mais pratique tal ato, porque, ainda que o tráfico privilegiado seja considerado como crime comum, não deixa de ser crime, devendo o agente responder pelos seus atos com pena mais benéfica se comparado ao traficante habitual.

De fato, o apelante confessou em juízo que aceitou o convite de um terceiro (condutor do *Fiat Strada*) para transportar a droga, pois estava precisando de dinheiro, bem como esclareceu que o caminhão que conduzia era de propriedade da transportadora que o contratou como motorista; além disso, apenas o condutor do *Fiat Strada* empreendeu fuga no cenário do flagrante, ao passo que o apelante comportou-se colaborativamente durante a abordagem policial, e também em seu interrogatório na fase judicial, inclusive, pedindo desculpas à sociedade pela sua conduta delitativa, o que revela que o apelante espontaneamente assumiu seu erro mediante confissão autêntica e genuína, contribuindo para o esclarecimento da verdade real sobre o fato delituoso, devendo, pois, sua postura ser valorizada e premiada com a especial diminutiva do § 4.º aplicada em sua fração máxima (ID 171952193/98).

Além disso, as testemunhas de defesa ressaltaram a boa conduta do réu, como por exemplo, a testemunha *Lélia Regiane Alves da Rocha Silva* que afirmou sob o crivo do contraditório, que o apelante é formado em radiologia, e inclusive, trabalhou horas a fio no hospital da cidade, na época do COVID que assolou o país, em especial nos anos de 2019 e 2020, prestando auxílio notável aos enfermos (ID 171952262).

Oras Eminentes Pares! O apelante é motorista de caminhão, possui dois filhos menores de idade (ID 171952198) e não responde à outra ação penal ou inquérito

policial pela prática de crime. Tais elementos são substancialmente favoráveis ao apelante, devendo, sim, ser aplicada a fração máxima da redutora do privilégio, diante das peculiaridades do caso concreto.

Endossando o mesmo raciocínio, colaciono o seguinte julgado:

“I – No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente: (i) seja primário; (ii) tenha bons antecedentes; (iii) não se dedique a atividades criminosas; (iv) não integre organização criminosa. II – **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de a condição de mula, por si só, não revela a participação em organização criminosa.** Precedentes. III - **Ao preencher todos os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, o réu faz jus a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo, de modo que qualquer decote na fração do benefício deve ser devidamente fundamentado.** Dessa forma, não havendo fundamentação idônea que justifique a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em patamar inferior à fração máxima, a redução da pena deverá ser arbitrada na razão de 2/3. IV – (...) IV – Ordem concedida”. (STF - HC: 136736 SP - SÃO PAULO 0054907-74.2016.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 28/03/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-095 08-05-2017). Destaquei.

Passo, portanto, à **nova dosimetria da pena:**

CRIME: TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, §4º DA LEI ANTIDROGAS) – RECLUSÃO: DE 5 A 15 ANOS E MULTA

APELANTE: 

Na primeira etapa da pena, o Magistrado depreciou a pena basilar com fulcro no art. 42 da Lei de Drogas (quantidade considerável da droga apreendida – 217k de pasta-base de cocaína), razão porque mantenho a pena basilar em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Na segunda etapa da pena, ausente agravantes e ante o reconhecimento da confissão espontânea, mantenho a pena intermediária conforme

estipulado pelo Magistrado (na fração de 1/6 e observada a Súmula 231 do STJ), no *quantum* de 5 anos e 500 dias-multa.

Na terceira etapa da pena, ausente causa de aumento, mas presente a causa diminutiva do art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/06, e readequado o coeficiente fracionário diminutivo na fração máxima de 2/3 neste Voto, encontro a pena definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão**.

PENA DE MULTA

Modificada a fração redutora do tráfico privilegiado para o patamar máximo de 2/3, **reduzo a pena pecuniária** para o *quantum* de **166 dias-multa** (conforme requerido pela Defesa), em atenção ao Enunciado nº 33 TCCR/TJMT, *in verbis*: “A fixação da pena de multa deve observar duas etapas, sendo definida na primeira a quantidade de dias-multa, em patamar proporcional à pena privativa de liberdade e, na segunda, o montante do dia-multa, de acordo com a capacidade econômica do apenado”.

REGIME DE PENA

Mantenho o regime inicial **aberto** conforme estipulado pelo d. Juízo para o cumprimento da pena, com fulcro no **art. 33**, § 2º, “c”, do Código Penal.

Finalmente, quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 44 do CP) é inviável, diante da valoração negativa da 1ª fase da pena, em que o Sentenciante considerou negativa a quantidade da droga. Nesse ponto, destaco:

“5. Não obstante a primariedade e a fixação da pena reclusiva em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto e a **negativa de substituição das penas mostram-se adequados, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e natureza dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006**. 6. Agravo regimental provido em parte para reduzir as penas a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa”. (STJ - AgRg no AREsp: 1781298 SP 2020/0284573-1, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 14/10/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/11/2021). Destaquei.

Acresça-se, ainda, que conquanto não desconheça a possibilidade de julgar o mérito prejudicado, em virtude do acolhimento da preliminar aqui discutida, a meu sentir, a análise da tese meritória especificamente neste caso, está intrinsecamente ligada à dosimetria da pena, podendo logicamente interferir nos requisitos na entabulação do acordo, já que um desses requisitos está relacionado ao *quantum* final da pena.

E não é somente isso!

Não há nada que impeça o acolhimento da preliminar e concomitantemente que se aprecie o pedido de redução da pena imposta, eis, que a admissão do ANPP, no caso, não exclui o exame do mérito.

Julgando o mérito em conjunto com a preliminar, este Tribunal está observando fidedignamente os princípios da celeridade e economia processual, porque, caso o acordo seja entabulado e o apelante descumpra as condições impostas na ANPP, não será necessário discutir os termos da dosimetria da pena imposta em um segundo momento (ou seja, em um novo recurso de apelação criminal que poderia ser interposto), pois, já estaria resolvido este tema neste recurso de apelação, viabilizando o cumprimento imediato da pena na instância primeira competente, no caso de descumprimento da ANPP.

Acolhendo apenas a preliminar, além de prejudicar o apelante nos requisitos da ANPP, pois, para o acordo será considerada a pena que desde já se revela injusta, e considerando que o provimento dos pedidos defensivos é justamente para beneficiá-lo e decidir o recurso de forma consentânea com o caso e em sintonia com o entendimento das instâncias superiores, seria necessário interpor novo recurso de apelação criminal para questionar a pena, o que, acarretaria considerável delonga na solução da demanda, que pode desde já ser evitada, com o exame de mérito da pretensão deduzida, na medida em que não houve recurso do MP quanto à pena imposta e, além disso, neste recurso, foi trazida de forma ampla toda a matéria.

Logo, eventual pena a ser cumprida em caso de descumprimento do acordo, não impede que o mérito seja apreciado por estar intimamente ligado aos termos de possível entabulação do acordo.

Se é assim, o fato do ANPP poder ser oferecido “*tanto em investigações criminais quanto em ações penais em curso até o trânsito em julgado*” (STF, AgRg no HC 217.275/SP; HC 220.249), **não impede a análise da dosimetria da pena no mérito, mesmo com o acolhimento da preliminar**, especialmente, quando esta análise beneficiar o réu como na hipótese.

Se não bastasse, verificada eventual ocorrência de alguma ilegalidade ou injustiça na aplicação da pena, cediço que será possível às instâncias superiores afastá-las, ainda que **de ofício**.

Nessa mesma linha intelectual, transcrevo julgado do c. STJ, que analisou em sede de *Habeas Corpus*, de relatoria do *Ministro Ribeiro Dantas*, a **viabilidade de oportunizar ao paciente ANPP, mesmo após sentença proferida e após o julgamento de recurso de apelação criminal em que reconheceu, de ofício, ilegalidade na dosimetria da pena**, porque evidenciado *bis in idem*, em que foi **aplicada a fração diminutiva do tráfico privilegiado em 2/3 e determinada a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau para oportunizar o acordo ao paciente**, o que reforça o acerto deste entendimento ora esposado, se não, vejamos:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. TEXTO LEGAL. CARGA HERMENÊUTICA POLISSÊMICA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. DEDICAÇÃO CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LAPSO TEMPORAL EXÍGUO PARA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. OCUPAÇÃO LÍCITA COMPROVADA. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DESCRIÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE ACUSAÇÃO (OVERCHARGING) NÃO DEVE PREJUDICAR O ACUSADO. REQUISITOS PARA PROPOSTA DO ANPP ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...) O legislador deveria especificar no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 se pretendesse incluir pequenos traficantes, como no caso em questão, que lidam com quantidades reduzidas de drogas em comparação às grandes organizações criminosas. O ônus hermenêutico de delimitar situações desfavoráveis ao acusado é do legislador. 3. O tráfico privilegiado busca tratar de forma adequada os não envolvidos em atividades ilícitas e organizações criminosas de grande porte. (...). 4. Considerando o caráter aberto e vago do conceito de "dedicação às atividades criminosas", impõe-se uma interpretação restritiva, a fim de assegurar a aplicação efetiva do tráfico privilegiado nos casos em que haja uma incompatibilidade entre a conduta do agente e a penalidade prevista para o tráfico comum. 5. A quantidade ou a natureza da substância entorpecente podem fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado,

desde que evidenciem a efetiva dedicação do réu à atividade criminosa. No presente caso, não ficou comprovada tal dedicação do paciente. 6. No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos. 7. **A situação dos autos segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena.** 8. Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. Além disso, **com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado.** 9. No caso dos autos estão presentes os requisitos para proposta do ANPP, quais sejam: 1) confissão formal e circunstanciada; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) necessidade e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 10. **Habeas corpus não conhecido, porém concedida a ordem de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e determinar a remessa dos autos ao juízo criminal para proceder a intimação do Ministério Público, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)**". (STJ - HC: 822947 GO 2023/0158060-0, Relator: RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 27/06/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2023). Destaquei.

Finalmente, visando espancar qualquer dúvida sobre se no entendimento jurisprudencial invocado foi possível a concessão de ofício sobre direito do paciente à redução da pena imposta originalmente, somente por se tratar de uma Ação Constitucional, e no caso destes autos se trata de um recurso de apelação criminal, esclarece-se que tanto em um quanto em outro caso, a jurisprudência é mansa e pacífica em admitir o mesmo procedimento, eis, que na apelação legitima-se o ingresso no mérito antes da realização do ANPP, para ajuste necessário de pena que já se revela injusta, mercê da natureza do recurso que tem efeito devolutivo amplo, ou seja, toda a matéria contida no recurso é devolvida à esta sede recursal, para a reanálise dos termos da sentença mediante novo estudo de todo o conjunto probatório e de qualquer irregularidade ou injustiça porventura contida no *decisum* (STJ - AgRg no HC: 822265 MS 2023/0153554-0, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 23/05/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2023).

3. DISPOSITIVO

Por todo o exposto, em **consonância parcial** com o parecer ministerial, assim decido:

1. **ACOLHO a PRELIMINAR** suscitada pela defesa do apelante [REDACTED] para **determinar a remessa dos autos** ao Juízo de Origem, qual seja **4.^a Vara Criminal de Cáceres/MT** (Especializada em Delito de Tóxicos), com o fim de **intimar o Ministério Público para se manifestar a respeito do art. 28-A do Código de Processo Penal de forma fundamentada**, inclusive, **quanto à suficiência, ou não, do ANPP, para prevenção e repressão do crime.**

2. Quanto ao **mérito, PROVEJO PARCIALMENTE O RECURSO** para aplicar a fração diminutiva do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3, resultando na pena definitiva de **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, em regime aberto**, ressaltando nesse ponto, que em virtude dos pedidos meritórios estarem conectados diretamente aos requisitos objetivos e subjetivos da ANPP, decidi analisá-los por se tratar de momento adequado ao caso (Recurso de Apelação), bem como mais técnico em observância ao princípio da celeridade processual, a considerar que o resultado posto poderá influenciar nos termos do acordo da ANPP ou de sua eventual recusa.

É como voto.

[1]
<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecuc>

VOTOS VOGAIS

VOTO

EXMO. SR. DES. GILBERTO GIRALDELLI (REVISOR)

Egrégia Câmara:

Consoante relatado, trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo réu [REDACTED] em face da r. sentença proferida pelo d. Juízo da Segunda Vara da Comarca de Comodoro/MT, que, na ação penal n.º 1002959-34.2022.8.11.0046, **condenou-o** pela prática da conduta típica descrita no **art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006**, à pena privativa de liberdade de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, no regime inicial **aberto**, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Resumidamente, pretende o apelante, **preliminarmente**, a **remessa dos autos ao Ministério Público Estadual**, para oportunizar eventual oferecimento de **acordo de não persecução penal - ANPP**, haja vista o reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas, cuja pena máxima em abstrato é inferior a quatro anos, a tornar satisfeito o requisito objetivo previsto no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Acaso não acolhida a preliminar, requer a imposição da **fração redutora máxima** quanto à especial diminutiva do **art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006**, por entender que houve malsinado *bis in idem* na consideração da quantidade e da natureza da droga para aumentar a pena-base e modular a fração de diminuição de pena na terceira fase dosimétrica, bem assim, postula a **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, por carecer de fundamentação idônea a respectiva negativa pronunciada pelo juízo *a quo*.

Com efeito, a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não estava descrita na denúncia e foi reconhecida somente por ocasião da prolação da sentença condenatória, devendo ser aplicado, pois, o novel entendimento da **Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça**, que, no julgamento do **AgRg no REsp 2.016.905/SP**, estabeleceu que, “*nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por emendatio ou mutatio libelli - , uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial*” (Rel.: Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/4/2023), tendo reafirmado tal postura no julgamento do **AgRg no HC 856.077/MG** (Rel.: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Decisão Monocrática publicada em 04/10/2023).

Destarte, deve ser **acolhida a preliminar** suscitada pelo apelante, a fim de se **converter o julgamento em diligência** para determinar a remessa dos autos ao juízo criminal para implementar a intimação do Ministério Público Estadual, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

E em sendo acolhida a preliminar, DIVIRJO do douto Relator que passou ao enfrentamento das demais teses recursais, porque entendo que resta obstada a análise dos pleitos de redimensionamento de pena formulados pelo apelante, afinal, o acordo de não persecução penal pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico entre o Ministério Público e o acusado, em que as partes negociam cláusulas a serem cumpridas por este último, que, ao final, será favorecido pela extinção da punibilidade.

Ou seja, no ANPP se acerta o cumprimento de condições [direitos e obrigações], e não de penas, não fazendo sentido, pois, se antecipar à discussão sobre maior diminuição da sanção imposta, se já oportunizada ao *Parquet* a averiguação da possibilidade de propor o acordo, discussão esta que entendo deve ser levada a efeito somente se o ANPP não se viabilizar.

Em todo caso, se ultrapassada a preliminar, desde já lanço manifestação pela rejeição dos pleitos atinentes à modificação da pena imposta, pois, a rigor, o apelante sequer deveria ter sido beneficiado pela minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, por não preencher, à toda evidência, os requisitos legais cumulativos, mas como em recurso exclusivo da Defesa não se pode recrudescer a situação do réu por ser vedada a *reformatio in pejus*, de rigor ao menos a manutenção do quanto já decidido pelo juízo *a quo*, principalmente porque eventual dificuldade financeira não configura justificativa para cometimento de crimes, muito menos para diminuição de pena.

Ao tempo em que conferiu tratamento mais rigoroso aos grandes narcotraficantes e àqueles que se entregam com frequência ao tráfico de entorpecentes, majorando as penas previstas na lei anterior, a Lei n.º 11.343/2006 instituiu uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante, com a previsão da causa especial de diminuição da pena comumente denominada de “**tráfico privilegiado**”.

A benesse está positivada no §4.º do art. 33 da Lei Antidrogas e tem como **finalidade conferir tratamento distinto aos indivíduos que não se dedicam à atividade criminosas**, mas que por um lapso social ou financeiro cometem de forma isolada o narcotráfico, o que significa dizer que a **teleologia da norma diz respeito a abrandar a sanção penal do traficante ocasional**.

Em outras palavras, o redutor tem seu centro de gravidade no caráter esporádico da conduta realizada pelo agente e pressupõe a **ausência de sinais objetivos de que o réu faz do crime um modo de vida ou uma profissão**, circunstância que deve ser aferida casuisticamente, com base nos múltiplos aspectos que permeiam o caso concreto.

Destarte, para o réu ter o benefício da causa especial de redução da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, deverá cumprir, cumulativamente, quatro requisitos, sendo que os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva [ser primário e possuir bons antecedentes], de modo que basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. No entanto, quanto às duas últimas condições [não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa], a análise envolve apreciação subjetiva do magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Com efeito, não obstante o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, estou convencido de que o transporte da substância entorpecente, nas circunstâncias em que ocorreram a sua apreensão, não se compatibiliza com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas. De fato, não se mostra razoável admitir que alguém preso com elevada quantidade de droga de altíssimo valor econômico (mais de 200kg de cocaína), ostente a condição de traficante eventual, de modo a ser merecedor do referido benefício.

A propósito, **a forma de acondicionamento dos psicotrópicos confiscados**, fracionados em porções especialmente ocultadas entre sacos de arroz, a fim de não exalar odor característico, e com a picape Fiat Strada funcionando como uma espécie de “batedor” para o caminhão conduzido pelo apelante, só espessa a certeza quanto à frequência com que o réu traficava drogas.

Nesse sentido, transcrevo o julgado abaixo relacionado:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE MANTIDA – INAPLICÁVEL A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS PARA O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DESCRITA NO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 – REGIME FECHADO IRRETORQUÍVEL – RECURSO IMPROVIDO. A apreensão de 100 kg de maconha, que é uma grande quantidade, aliada a circunstâncias fáticas do crime, mostram-se idôneas para a elevação da reprimenda base na proporção determinada pelo juiz. Se a versão apresentada pelo apelante não foi utilizada para fundamentar a condenação, não há como ser reconhecida a atenuante do artigo 65, III, d, do CP. A grande quantidade da droga apreendida (100 kg de maconha) aliada ao modus operandi narrado na denúncia, onde foi verificado que o apelante foi contratado para percorrer distância razoável, utilizando-se de veículo devidamente preparado, para buscar a droga em Ponta Porã e levar até Campo Grande, indicam que colaborou com organização criminosas. Isso impede a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Considerando que a pena definitiva do apelante foi estabelecida acima de quatro anos e há circunstância judiciais negativas, principalmente a grande quantidade de droga apreendida (100 kg de maconha), nos termos do § 3º, do art. 33 do CP, deve ser mantido o regime prisional fechado.” (TJ-MS – APR: 00009571720218120014 Maracaju, Relator: Des. Jonas Hass Silva Júnior, Data de Julgamento: 08/06/2022, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 09/06/2022). Grifei.

Ademais, a situação versa sobre considerável quantidade de entorpecente, cujo desenlace ilícito foi realizado com requinte organizacional, com suporte e logística oferecidos por terceiros, o que demonstra incontestemente comunhão espúria de pessoas ligadas a atividades criminosas.

É evidente que nesse ramo de atividade ilícita lança-se mão de pessoas com as quais se mantenha vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos. E operação como a constatada nestes autos não se elabora ou executa-se de um dia para o outro, apressadamente, mas, sim, organizada e cuidadosamente, por meio de pessoas ligadas por vínculo e comprometimento.

No exercício desse pacto, exteriorizando comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, o apelante transportou o estupefaciente com certa margem de segurança, mediante apoio, inclusive financeiro, de pessoas ligadas à associação criminosas, ainda que momentaneamente ou de forma esporádica. Justamente por isso, para a formação do convencimento necessário, é lícito valer-se de indícios e circunstâncias que cercam os agentes envolvidos e a infração, os quais, *in casu*, conduzem ao posicionamento aqui adotado, no sentido de que não só a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, mas também outros elementos fáticos concretos constantes dos autos constituem indicativos da habitualidade delitiva.

Tais elementos concretos e comprovados nos autos, analisados de maneira concatenada e conjugada entre si, convencem-me de que o apelante **não faz jus à fração máxima prevista para o benefício do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006.**

Por todo exposto, respeitosamente DIVIRJO EM PARTE do eminente Relator para **acolher a preliminar** suscitada pelo apelante, a fim de se **converter o julgamento em diligência** para determinar a remessa dos autos ao d. Juízo da Segunda Vara da Comarca de Comodoro/MT para implementar a intimação do Ministério Público Estadual, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

E se afastada a preliminar, pelo DESPROVIMENTO do recurso.

É como voto.

Assinado eletronicamente por: **RONDON BASSIL DOWER FILHO**

<https://clickjudapp.tjmt.jus.br/codigo/PJEDBXYVZPJGP>

Data da sessão: Cuiabá-MT, 10/04/2024



PJEDBXYVZPJGP