

Documento:782950

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0000125-93.2022.8.27.2709/TO

RELATOR: Desembargador

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO (A): ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

#### VOTO

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, razão pela qual dele conheço.

Como relatado, a parte apelante pretende a reforma da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Arraias que, na ação penal movida pelo Ministério Público do Estado do Tocantins, julgou procedente a denúncia e o condenou a pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 1.470 (mil quatrocentos e setenta) dias-multa, arbitrada em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato, pela prática do crime de tráfico ilícitos de entorpecentes, tipificado nos artigos 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, fixando o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Para tanto, em suas razões recursais, inicialmente, requer a desclassificação da imputação de tráfico de entorpecente para o delito de porte ilegal de droga para consumo pessoal ( Lei de Drogas, art. 28) ou para o de tráfico privilegiado ( Lei de Drogas, art. 33, § 3º).

Sustenta para tanto, o depoimento prestado durante a instrução processual pelo informante que afirma que o apelante é usuário de drogas e que a

droga apreendida, no Povoado de São Jorge/Alta Paraíso/GO, destinava-se ao consumo pessoal. Ampara as teses apresentadas, segundo a defesa técnica, a pequena quantidade de maconha apreendida (3,3 gramas).

A defesa técnica alega equívoco do Magistrado sentenciante que, ao fixar a pena-base, atribuiu carga negativa as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, quantidade e natureza da droga.

Diz que “a sentença utiliza o próprio fato típico como circunstância desfavorável ao apelante, fazendo uso, assim, de elementares do tipo penal para justificar o redimensionamento das penas, o que deve ser rechaçado” requerente, por conseguinte, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Pugna a defesa, ainda, pela aplicação da circunstância da atenuante da menoridade, afastando a incidência da Súmula 231 do STJ. Em seguida, requer a aplicação da causa de amento de pena prevista no patamar mínimo, tendo em vista a quantidade de entorpecente apreendido.

Requer que o regime inicial para o cumprimento da pena, seja o menos rigoroso e adequado, nos termos do art. 33 do Código Penal, aplicando-se a substituição da pena por medida restritiva de direito nos termos do art. 44 do mesmo Diploma Penal.

Requer, por fim, a exclusão ou a redução da indenização fixada na sentença, face à evidente hipossuficiência financeira do apelante.

A Procuradoria de Justiça manifestou pelo conhecimento e provimento parcial do apelo para o fim de que seja reformada a sentença guerreada, apenas em relação a aplicação de atenuante genérica da menoridade relativa, considerando que o apelante tinha menos de 21 anos de idade na data dos fatos.

Analisando os autos de origem observa-se que a denúncia em desfavor do apelante foi oferecida nos seguintes termos:

“em período compreendido entre a data aproximada em agosto de 2021 até a data de 27/12/2021, no Município de Arraias-T0, praticou crime de tráfico de drogas, realizando condutas de trazer consigo, transportar e vender substâncias entorpecentes do tipo maconha, crack e cocaína sem autorização legal e em desacordo com determinação legal e regulamentar, sendo apreendidas drogas em seu poder no dia 27/12/2021 conforme auto de exibição e apreensão lavrado.

2. Apurou-se nestes autos de IP que na data de 27/12/2021, período diurno, por volta das 11h 30 min, uma equipe da Polícia Militar em Arraias-T0, em patrulhamento na Rua “Dois Irmãos”, nesta urbe, avistou o denunciado em situação suspeita de prática do tráfico de drogas após informações obtidas, momento em que os militares partiram em direção do denunciado para abordagem, ocasião em que encontraram 02 porções de substância entorpecente do tipo “maconha”, totalizando 3,4 gramas conforme laudo pericial definitivo acostado no evento 52 do IP, acondicionadas separadamente, para fins de comércio ilícito de substância entorpecente na região do município de Arraias-T0 e estaria com o intento de vender a referida droga para a pessoa de , apelido “Mosquito” dentre outras pessoas.

3. Apurou-se ainda que a Polícia Militar apreendeu as porções de drogas, bem como a importância de R\$ 160,50 em dinheiro, sendo encontrado ainda na posse do denunciado 01 aparelho smartphone marca LG, cor branca, IMEI 354240793407036. Em seguida, a Polícia Militar conduziu o denunciado até a Delegacia de Polícia Civil e foi preso em flagrante delito.

4. Conforme apurado pela Polícia Judiciária, o denunciado no período compreendido entre data aproximada de 08/06/2021 até a data de 27/12/2021,

exerceu a prática de tráfico de drogas transportando drogas do Município de Alto Paraíso – GO para venda em Arraias–TO, tendo residência provável no povoado de “São Jorge”, município de Alto Paraíso – GO, sendo apurado que o denunciado vinha para o município de Arraias – TO, com frequência transportando drogas. Nesse contexto de atividades criminosas, o denunciado, em data provável compreendida entre 25/12/2021 e 26/12/2021, adquiriu porções de substância entorpecentes do tipo “maconha”, fornecidas por traficante ainda não identificado conhecido por nome de “Pedro”, no Município de Alto Paraíso–GO e dirigiu-se para este município com a finalidade de comercializar drogas nesta urbe, reiterando condutas anteriores.

5. Por fim, restou apurado que o denunciado é traficante de drogas com atuação nesse município e tinha como um dos pontos de venda de drogas a casa em que também reside com sua genitora, situada na Av. Salvador , s/n, Arraias –TO, local que era bastante frequentado por usuários de drogas.

6. A autoria e materialidade do crime foram comprovadas mediante depoimento de testemunhas, confissão do indiciado colhidos perante a Polícia Judiciária, relatório de missão policial (evento 42 do IP vinculado) e laudo pericial definitivo de constatação de substância entorpecente (evento 52), acostados nos autos de IP vinculado. Segue abaixo autos de exibição e apreensão, acostado evento 01, do IP vinculado. (...).”

Diante disso, o apelante foi denunciado como incurso no crime capitulado no artigo 33, caput c/c art. 40, V todos da Lei nº 11.343/06, com implicações na Lei 8.072/90.

Recebida a inicial acusatória (evento 04, origem) e apresentada resposta à acusação (evento 12, origem), o juízo ratificou o recebimento da denúncia (evento 15, origem), por entender que não havia hipótese de absolvição sumária. Audiência de instrução e julgamento designada para o dia 03/8/2022.

Realizada a audiência procedeu das testemunhas arroladas pela acusação e procedido o interrogatório do denunciado. Os sujeitos processuais apresentaram alegações finais por memoriais.

Em ato contínuo foi prolatada a sentença condenando o recorrente pelo crime de tráfico ilícito de entorpecente, nos termos supramencionados. Os autos aportaram a essa Corte de Justiça e vieram à minha relatoria por prevenção ao habeas corpus 00159971520218272700.

A título de informação menciono que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Ministro Relator , no Habeas Corpus nº 732001/TO (2020/0088302-2), concedeu ordem para revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo magistrado de origem. Passo a análise do recurso, dividindo esse voto de acordo com as teses recursas apresentadas para melhor clareza dos argumentos.

1. Pedido de desclassificação da imputação de tráfico de entorpecente para o delito de porte ilegal de droga para consumo pessoal ( Lei de Drogas, art. 28) ou para o de tráfico privilegiado ( Lei de Drogas, art. 33, § 3º).

Primeiramente, a defesa técnica requer a desclassificação da imputação de tráfico de entorpecente para porte ilegal de droga para consumo pessoal ou tráfico privilegiado.

Avaliando o acervo probatório dos autos, entendo que não merece amparo a insurgência do apelante no tocante ao pedido de desclassificação de sua conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Isso porque as provas testemunhais revelam que a droga apreendida destinava-se ao comércio ilícito de entorpecentes. Peço vênua ao ilustre Juiz singular pra transcrever os depoimentos das testemunhas extraídos do corpo da sentença condenatória. Vejamos:

, capitão da polícia militar, em juízo disse: “já tinham conhecimento que o acusado estava praticando tráfico de drogas juntamente com uma pessoa de alcunha “mosquito”, porém em outras abordagens nunca encontrou nada com ele. Que nesse dia estavam em patrulhamento, quando abordaram o acusado, sendo localizado duas porções de maconha, uma quantidade em dinheiro e um celular. Que perguntaram ao acusado para onde seria levada as drogas, ao tempo que ele respondeu que estava levando para o “mosquito”, que se chama Weligton, e é bastante conhecido pelo envolvimento no tráfico de drogas. Que o depoente já possuía informações de que o acusado e o mosquito são traficantes. Que o acusado não trabalha. Que o depoente não possuía informações de que o acusado buscava drogas em Goiás para vender no Tocantins, mas o próprio acusado disse, no dia da abordagem, que trouxe as drogas do Goiás. Que o acusado disse que trouxe a droga do Goiás, em um povoado, e iria leva-las para o mosquito boa parte das drogas.”

, policial militar em juízo revelou que: “no dia estavam fazendo patrulha e se depararam com o acusado, que apresentou comportamento suspeito. Que abordaram o acusado, fizeram revista e encontraram duas substâncias análogas a maconha. Que ao questionar o acusado a respeito da substância ilícita encontrada, ele disse que iria comercializá-la juntamente com o mosquito, que é o . Que o acusado disse que já tinha feito a negociação da droga via telefone. Que o acusado disse que trouxe a droga do povoado de São Jorge, município de Alto Paraíso para fins de comercialização. Que no mundo do crime o acusado é conhecido como alienígena.”

, policial civil, revelou durante a instrução processual: “que trabalhou no caso do acusado. Que fez diligências na rua da AABB, onde ele mora. Que algumas pessoas disseram que o mosquito sempre frequentava a casa dele. Que ouviram o mosquito e ele confirmou que realmente o acusado costumava vir de São Jorge – GO para vender em Arraias, inclusive ele havia encomendado 25 gramas do acusado. Que o acusado chegou a entregar essa droga antes mesmo da PM apreender ele na rua. Que o acusado já tinha entregue as 25 gramas para o mosquito. Que depois, realizada a perícia no aparelho celular do acusado, foi constatado essa movimentação de tráfico pelo acusado, mosquito, Igor e David.”

Ademais, convém mencionar o Relatório de Investigação Policial, elaborado pela Polícia Civil após a prisão em flagrante do recorrente, que corrobora a versão prestadas em juízo pelos policiais citados no sentido de que a maconha apreendida seria destinada à venda.

De outro lado, (conhecido pela alcunha de Mosquito), ouvido em juízo na qualidade de informante, disse que a droga apreendida seria para o seu consumo e do apelante e não ao comércio ilícito de entorpecentes.

Todavia, tal versão apresenta-se isolada nos autos e, por si só, não tem o condão de se contrapor ao robusto acervo probatório existente nos autos de origem que revela, no caso em análise, a prática o recorrente da conduta prevista no art. 33, da Lei 11.343/2006, razão pela qual tenho que deve ser indeferida a tese de desclassificação para o delito uso previsto no art. 28.

O recorrente, se reservou ao direito constitucional de permanecer em silêncio.

Diante do conjunto probatório dos autos, sobretudo pelos já citados depoimentos dos policiais ouvidos em juízo, não restam dúvidas que o

apelante trazia consigo 3,4 gramas de maconha, proveniente do município de Alto Paraíso, Estado de Goiás, par fins de comércio ilícito de substância entorpecentes, amoldando a sua conduta a tipificação do crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006.

A colheita dos supramencionados depoimentos encontra-se em consonância com as demais provas amealhadas nos autos, demonstrando a certeza da licitude da prova produzida e a sua idoneidade para embasar o édito condenatório. Nesse contexto, há que ser considerado o depoimento dos policiais como sendo idôneo e adequado, consoante a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. REVISÃO.

DESCABIMENTO. PREJUDICADOS OS PEDIDOS DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE

DIREITOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, DENEGADO. 1.

Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de

inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo,

sob a garantia do contraditório. Precedentes. (...) 9. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, denegado.” (HC 209.549/SP, Rel.

Ministra , QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013)

Assim, ao contrário do afirmado nas razões de apelo, o Órgão acusador comprovou satisfatoriamente a destinação da droga apreendida razão pela qual, diante do acervo probatório dos autos, compartilho com o entendimento adotado pelo ilustre Magistrado devendo ser mantida a sentença condenatória nesse ponto.

2. Dosimetria da pena-base.

Mantida a condenação do recorrente por tráfico de drogas, subsidiariamente requer a defesa a exclusão da valoração negativa das circunstâncias judiciais fixando a pena-base no mínimo legal.

Argumenta, como citado, que o Magistrado usa dos elementos que tipificam o delito de tráfico como circunstância desfavorável a fim de fundamentar a elevação da pena-base.

O art. 59 do Código Penal determina que o juiz analise a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, a fim de determinar, entre outras coisas, a pena aplicável dentre as cominadas e a quantidade de pena aplicável.

No presente, observa-se que o Juiz de piso, na dosimetria da pena-base do delito de tráfico de drogas, valorou negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, quantidade e natureza da droga.

2.1. Culpabilidade do sentenciado.

Ao atribuir carga negativa à circunstância judicial da culpabilidade o Magistrado considerou a conduta do recorrente ao violar o art. 33 da Lei de Drogas em comercializar maconha em quantidade significativa. Que ele (recorrente) “nunca demonstrou predisposição aos estudos e ao trabalho, dedicando-se com afinco na violação de bens jurídicos. O réu tem saúde para trabalhar e conquistar seus bens de forma honesta como milhões de brasileiros, entretanto, optou levar sua vida subsidiado no narcotráfico

por escolha própria.”

No caso dos autos, o recorrente foi preso por trazer consigo 3,4 gramas de maconha e, ao contrário do afirmando pelo Magistrado, não é quantidade expressiva a ponto de valor negativamente a circunstância judicial em tela.

A culpabilidade mencionada no artigo acima citado não é a culpabilidade do fato que serve de ligamento entre crime e pena, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal. A culpabilidade prevista no art. 59 diz respeito à demonstração do grau de censura ou reprovabilidade merecido pelo agente diante da conduta praticada mediante expressão de elementos concretos do delito. Em outras palavras, deve ser analisada a culpabilidade do fato, o que foi praticado à luz da personalidade do agente, como leciona em sua obra Código Penal Comentado, 20ª edição, pag. 200.

A doutrina pátria, analisando a culpabilidade como circunstância judicial, assim se posiciona:

Impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298)

“Culpabilidade: Refere-se ao 'grau de culpabilidade' e não à culpabilidade. Assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma sanção mais severa.” (CAPEZ, ; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141).

“[...] Deve-se aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu.” (DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273)

Portanto, a culpabilidade, como circunstância judicial, é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita do agente na prática de sua conduta. Todo crime possui uma reprovabilidade inata ou inerente considerada pelo legislador ao defini-lo.

O sentenciado responde pelo delito de tráfico ilícito de entorpecente e a culpabilidade de sua conduta, diante dos atos concretos por ele praticados, não ultrapassou os limites do tipo penal cometido, não havendo razão para ser valorada como circunstância judicial desfavorável.

Ademais, não há provas dos autos que o apelante optou por levar “sua vida no narcotráfico” como afirma o Magistrado de piso. O que há são relatos de policiais que, apesarem de servirem como prova do comércio ilícito da droga apreendida, não servem para comprovar tal afirmação uma vez que inexistem elementos objetivos (investigações anteriores). Eles se querem desconheciam a origem da droga apreendida e o abordaram na rua, por um acaso, diante de uma atitude suspeita.

Por fim, ainda que sejam desconsiderados os indícios nos autos que o apelante tenha ocupação lícita, a reprovabilidade da culpabilidade lastreada na constatação de a pessoa possuir, ou não, emprego, não torna a circunstância judicial desfavorável.

A propósito:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO ACIMA DOMÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. AÇÃO PENAL SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA

ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES.IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONDOTA SOCIAL PERSONALIDADE. DESEMPREGO. ARGUMENTO INIDÔNEO. DESFAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida. 2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ. 3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado. 4. Considerando que o delito foi praticado próximo a várias pessoas, colocando em risco também a vida de terceiros, justificada está a maior elevação na reprimenda básica, pois desfavoráveis as circunstâncias do crime. 5. Remanescendo circunstância judicial negativa, devidamente justificada na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal, como pretendido. 6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 13 (treze) anos de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado. (STJ – HC: 120154 MS 2008/0247257-2, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 16/12/2010, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2011).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC: 122152 AL, de Relatoria do Min. , com data de Julgamento em 07/10/2014, em consonância com a jurisprudência do STF assim manifestou: Lado outro, (...), a falta de emprego, no contexto social vivido, não revela circunstância judicial, mas infortúnio amargado por significativa parcela da sociedade, razão pela qual a conduta social assim motivada, não poderia justificar maior apenação na primeira etapa de fixação da reprimenda. (STF – HC: 122152 AL, Relator: Min. , Data de Julgamento: 07/10/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014).

Assim sendo deve ser afastada a valoração negativa dessa moduladora.

## 2.2. Conduta social do sentenciado.

Fundamentou a valoração negativa da conduta social do sentenciado em razão das “provas judicializadas, foi possível verificar que o réu é conhecido no meio policial pelo envolvimento em crimes, conforme ratificado em juízo. Certo é que um indivíduo com tais predicados não é visto com bons olhos no seio social (artigo 42 da Lei 11.343/06).”

Todavia, não compartilho desse entendimento.

Como exposto no item anterior, não se extrai do conjunto de provas dos autos provas que o apelante tenha envolvimento em crimes. A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos concretos que a desabonem. O que há, repito, são relatos dos policiais ouvidos em juízo que dizem que o denunciado é conhecido como traficante de drogas. Contudo, inexistem elementos objetivos que corroboram essa assertiva.

Nesse sentido:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – REANÁLISE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CONDOTA SOCIAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. A circunstância judicial correspondente à conduta social, prevista no art. 59 do Código

Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. (RHC 130132, Relator (a): Min. , Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, Publicado em 24/05/2016). A notícia do envolvimento do agente em outros crimes, isoladamente, não pode servir como único fundamento para se considerar desfavorável a circunstância judicial da conduta social. Não sendo possível extrair dos autos informações que permitam concluir pela conduta social ruim do agente, a referida vetorial deve ser valorada como circunstância neutra e, conseqüentemente, redimensionada a pena. v.v.: EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – REANÁLISE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CONDUTA SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE. Demonstrado que o réu integra organização criminosa, fazendo da criminalidade seu meio de vida, é correta a análise desfavorável de sua conduta social. (TJ-MG – Emb Infring e de Nulidade: 10019180004368002 MG, Relator: , Data de Julgamento: 19/05/2020, Data de Publicação: 01/06/2020)

Assim sendo decoto a atribuição negativa à circunstância judicial da conduta social.

### 2.3. Circunstância do crime.

Houve valoração negativa das circunstâncias do crime em razão do fato do réu ter sido preso no “período noturno comercializando astutamente drogas ilícitas, sendo bastante provável que se valeu de tal período porque durante o repouso noturno a vigilância é muito menor, favorecendo, assim, o sucesso na empreitada criminosa.”

A prática do tráfico no período noturno é inerente ao tipo penal, não servindo de fundamento para a exacerbação da pena-base. Nesse sentido têm-se posicionado os Tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. DECOTE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PENA NÃO REDUZIDA. ACRÉSCIMO DE OUTRAS VETORIAIS CONSIDERADAS FAVORÁVEIS NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO NORMAL AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. 1. Embora possa o Tribunal de origem trocar a vetorial considerada desfavorável, ou acrescentar fundamentos para manter seu trato gravoso, não poderá criar novas vetoriais negativas em recurso exclusivo da defesa – reformatio in pejus. 2. “Se o Tribunal exclui, em apelo exclusivo da defesa, circunstância judicial do art. 59 do CP erroneamente valorada na sentença, deve reduzir, como consectário lógico, a pena básica em vez de mantê-la inalterada” ( REsp 1547734/PE, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017). 3. O fato de o réu trazer consigo droga em via pública, no período noturno, não denota especial gravidade ao delito de tráfico, cuja prática costuma ocorrer às escondidas, não justificando, portanto, a incidência de fração mínima na minorante do tráfico privilegiado. 4. Recurso especial provido para fixar a pena-base no mínimo legal e concedido, habeas corpus, de ofício, para incidir a fração do tráfico privilegiado em 2/3, resultando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa. (STJ – REsp: 1850687 PA 2019/0353836-7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 02/06/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2020). APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 – PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE – EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP –



CIRCUNSTÂNCIAS DA PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME RECORRIDAS – ANTECEDENTES – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA – CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – PENA READEQUADA, PORÉM FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INADMISSIBILIDADE – RÉU REINCENTE – PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. As circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, devem ser devidamente fundamentadas para exasperação da pena-base acima do mínimo legal, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da motivação das decisões judiciais e do Estado Democrático de Direito. A condenação com trânsito em julgado é fundamento idôneo para exasperar a pena-base a título de maus antecedentes. Não havendo nos autos qualquer avaliação psicológica a comprovar ser o apelante propenso à prática de atividades criminosas, intimidadora e desvirtuada da realidade, mister o afastamento da valoração negativa da personalidade. A prática do tráfico no período noturno é inerente ao tipo penal, não servindo de fundamento para a exacerbação da pena-base. A circunstância judicial “mal causado pelo tóxico (cocaína)”, valorada negativamente pelo juízo sentenciante é ínsita à conduta delituosa, incorporada ao próprio tipo penal, não podendo, pois, ser utilizada como elemento hábil a proporcionar a majoração da reprimenda. (Ap 116257/2013, DES. , PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 10/06/2014, Publicado no DJE 23/06/2014)

Assim sendo, excludo a atribuição de carga negativa à circunstância do crime em razão da apreensão do entorpecente na posse do apelante ter ocorrido no período noturno.

#### 2.4. Consequências do crime.

O Juiz atribuiu carga negativa à consequências do crime nos seguintes termos: “São reprováveis. Durante o período que atuou no tráfico de drogas é certo que contribuiu direta e indiretamente para desajustar a vida de vários jovens. É bem provável que muitos deles tiveram que abandonar os estudos, submeter a tratamento em clínicas de recuperação, ou, como é comumente visto, logram no mundo obscuro de crimes como meio para conseguir obter lucro e conseguir satisfazer o vício.”

Embora se concorde que o narcotráfico gere efeitos nefastos, certo é que todo o tráfico de drogas possui essa implicação, de forma que é inerente ao tipo penal, e não pode a pena base ser exasperada sob tal fundamento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS (30 E 12 ). MANDAMUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR DA CORTE LOCAL, QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR NO HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERAÇÕES SOBRE A GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME PARA A SOCIEDADE E NATUREZA HEDIONDA DO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. 2. O presente mandamus foi impetrado contra decisão do Relator da Corte local, que indeferiu medida liminar no habeas corpus originário. Em tais casos, esta Corte, seguindo o preceituado no Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, tem entendimento pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator

indeferindo medida liminar, em ação de igual natureza, ajuizada nos Tribunais de segundo grau, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta. Precedentes. 3. O Magistrado singular não apontou indícios concretos de como o paciente teria colocado em risco a ordem pública, tecendo apenas considerações sobre a gravidade abstrata do delito, consequências do crime para a sociedade e a natureza hedionda do tipo penal, carecendo, assim, de fundamento apto para determinar o acautelamento provisório. Precedentes. 4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente nos Autos n.

0002296-22.2017.8.26.0544, da 2ª Vara da comarca de Várzea Paulista/SP, salvo se por outro motivo estiver preso, podendo o Juiz singular determinar, ou não, o cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão, desde que fundamente a necessidade da medida.(STJ – HC: 423178 SP 2017/0284905-4, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 03/09/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2019).

EMENTA: ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. OPERAÇÃO REALIZADA PELA POLÍCIA CÍVIL, INVESTIGAÇÃO QUE PERDUROU POR DOIS MESES. DECLARAÇÕES SEGURAS E COESAS DOS POLICIAIS DEMONSTRANDO A ASSOCIAÇÃO PERMANENTE DESTINADA AO COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Consoante precedentes do STJ, transcritos no bojo do voto condutor, as declarações dos policiais que participaram das investigações e associadas à apreensão de grande quantidade de entorpecente nas casas dos dois denunciados, que permaneceram sob investigação por dois meses, é suficiente para demonstrar que ambos mantinham associação permanente para distribuição e comercialização de drogas no setor Nova Araguaína, em Araguaína/TO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA JUSTIFICADA COM ELEMENTOS INIDÔNEOS. REFORMA DA SENTENÇA NESSE PONTO, COM REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA IMPOSTA AO APELANTE. 2. Nos termos da jurisprudência recente do STJ, a obtenção de lucro fácil constitui elemento próprio do crime de tráfico e, portanto, não é elemento idôneo para justificar a valoração negativa dos motivos do crime. 3. Da mesma forma, o ementário jurisprudencial mais moderno da Corte Cidadã não autoriza o juízo negativo das consequências do delito de tráfico baseado no incremento da violência. 4. O senso de impunidade e o descrédito para com a polícia e demais instituições ligadas à segurança pública não são justificativas válidas para fundamentar a valoração negativa da culpabilidade, pois não representa excesso de conduta. 5. O fato da associação para o tráfico ocorrer em bairro residencial, por si só, não autoriza o incremento da pena-base. 6. Apelo conhecido e parcialmente provido. (Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) 0014488-02.2019.8.27.2706, Rel. , GAB. DO DES. , julgado em 28/09/2021, DJe 09/10/2021 10:23:53)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. CIRCUNSTÂNCIAS NEFASTAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ÍNSITA AO TIPO PENAL. BIS IN IDEM. ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAR A PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. RECURSO PROVIDO. 1- O Superior Tribunal de Justiça, há muito, pacificou o entendimento por meio da Súmula nº 444, segundo o qual \"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base\". Deve ser decotado o incremento da pena-base oriundo da circunstância judicial mais antecedentes, escorado em uma condenação não transitada em julgado, como também em ação penal

ainda em trâmite, já que insuficientes a ensejar a valoração desfavorável da circunstância judicial antecedentes. 2- Da mesma forma, inexistindo nos autos, elementos outros a apontar que as consequências nefastas do crime extrapolaram aquelas ínsitas ao tipo penal, deve ser afastada a valoração negativa de tal circunstância judicial, reduzindo-se, em consequência, a pena-base do crime de tráfico de entorpecentes para o mínimo legal, a desaguar na alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, uma vez que o artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 3- Apelação conhecida e provida. (TJTO, apelação 00276989020198270000, Rel. Juíza, 2ª Câmara Criminal, julgado em 03/12/2019) – grifei

Assim sendo, considerando que não foi utilizado elementos concretos dos autos para indicar as consequências trágicas do crime de tráfico de drogas e sim considerações abstratas sobre o delito, afasto a valoração negativa dessa circunstância judicial.

#### 2.4. Natureza e quantidade da droga apreendida.

Assim manifestou o Magistrado para valorar negativamente a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido.

“QUANTIDADE: A quantidade de substância entorpecente ilícita apreendida é significativa, daria tranquilamente para abastecer o comércio de drogas ilícitas e auferir lucro com a venda. Não resta dúvida, a presente circunstância é prejudicial ao réu (artigo 42 da Lei 11.343/06).

NATUREZA: Foram encontradas substâncias ilícitas consistente em diversas porções de maconha (evento 7 – IP). Inegável que são nocivas ao organismo humano, com aptidão de causar dependência, constituindo um dos precedentes que põem em risco a segurança pública, saúde, dignidade das pessoas de bem, além de ser mola propulsora para prática de outros crimes. Igualmente, é circunstância de ínsita reprovabilidade ao réu (artigo 42 da Lei 11.343/06).”

A natureza e a quantidade da droga apreendida são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, no caso dos autos, como demonstra o Laudo Pericial de constatação de substância definitiva (evento 41 dos autos do Inquérito Policial), a maconha apreendida possuía massa de 3,4 gramas.

No crime de tráfico de drogas, com pena mínima de 05 e a máxima de 15 anos, a apreensão de maconha na quantidade citada, integra o próprio tipo penal não sendo causa para majoração da pena-base com fundamento da análise da quantidade e natureza.

Devo mencionar que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a natureza do entorpecente não é suficiente para aumentar a pena, não indicando, por si só, maior desvalor à conduta.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal se deu unicamente em razão da natureza do entorpecente. No entanto, a despeito da natureza da droga apreendida (crack), a quantidade, na hipótese, – 25,2 gramas de crack –, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta. Em hipóteses

assemelhadas, o Superior Tribunal de Justiça considerou desproporcional a majoração da reprimenda na primeira fase da dosimetria. 2. O art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. 3. No caso, as instâncias ordinárias não trouxeram nenhum fundamento para aplicar a fração mínima de 1/6 (um sexto). E, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida – 25,2 g de crack –, entendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo de 2/3 (dois terços), ainda mais quando os Acusados são primários, com a pena-base fixada no mínimo legal. 4. Redimensionadas as reprimendas dos Acusados e tratando-se de Agravados primários, com a pena-base estabelecida no mínimo legal, tendo sido condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, foi aplicada a causa de diminuição da pena em seu patamar máximo e, não sendo expressiva a quantidade de drogas apreendidas (25,2 g de crack), conclui-se que o regime prisional cabível é o inicial aberto. 5. De igual maneira, diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto, não se justifica o indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1648640 PA 2020/0011814–5, Relator: Ministra, Data de Julgamento: 02/02/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2021) PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. IMPOSSÍVEL VALORAÇÃO NEGATIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Sexta Turma é no sentido de que apreensões de quantidades não expressivas de drogas são incapazes de promover qualquer valoração negativa na pena do condenado. Na espécie, não se revela anormal a quantidade de entorpecente apreendido: 86,8 gramas de maconha, 1,5 gramas cocaína e 3,4 gramas de "crack". 2. Devidamente fundamentado a fixação de regime prisional semiaberto, inexistindo ilegalidade a ser sanada. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 450367 SP 2018/0115758–9, Relator: Ministro, Data de Julgamento: 18/09/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2018).

Por consequência, no caso em julgamento, com o devido respeito ao entendimento adotado pelo ilustre Juiz, entendo que houve ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no aumento aplicado na primeira fase da dosimetria da pena considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida.

Assim, decoto o aumento aplicado na pena-base do apelante com relação a circunstância judicial da quantidade e a natureza das drogas apreendidas no caso em análise.

2.5. Nova dosimetria da pena-base do crime de tráfico de drogas.

Considerando a exclusão da valoração negativa das circunstâncias judiciais culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, quantidade e natureza da droga, impõem-se a fixação da pena-base em 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias multa.

3. Pedido de aplicação da atenuantes da menoridade – art. 65, I do Código Penal.

A defesa informa que na época dos fatos o apelante era menor de 21 anos, conforme faz prova sua qualificação nos autos e, por isso, entende que tem ele direito a redução da pena intermediária.

A Procuradoria de Justiça manifestou pela procedência do reconhecimento da

atenuante.

Verifica-se dos autos que, de fato, o apelante era menor de 21 anos quando da prática dos fatos que originaram a presente ação penal.

Contudo, ante o decidido acima, a pena-base foi fixada no mínimo legal e, embora se reconheça o direito do apelante a atenuante mencionada, deixa de aplicá-la em virtude da incidência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Esta Corte de Justiça entende ser inaplicável ao crime de roubo o princípio da insignificância, por se tratar de delito complexo que ofende o direito ao patrimônio e à integridade física da vítima. 3. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ, razão pela qual impossível a redução da pena pelo reconhecimento da confissão espontânea. 4. Embora a paciente tenha sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos, qual seja, 5 anos e 4 meses de reclusão, pelo delito de roubo com emprego de arma, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta a justificar o regime inicial fechado. Mantido, portanto, o regime de cumprimento da pena. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 313640 SP 2015/0001634-0, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 24/02/2015, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2015).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33 DA LEI 11.343/06. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. desclassificação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, para o delito previsto no art. 28 da lei 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DO DESTINO COMERCIAL DE PARTE DAS DROGAS APREENDIDAS. redução da pena-base aplicada. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. RECONHECIMENTO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA Nº 231 DO STJ. RECURSO AO QUAL SE NEGA provimento. 1. Havendo prova do destino comercial das drogas apreendidas, inviável a absolvição ou a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. 2. Quanto aos pedidos de redução da pena base, ante a existência de circunstâncias judiciais favoráveis, e de reconhecimento da atenuante da menoridade, verifico que o a Sentença a quo já atendeu ao objetivo almejado pelo Apelante, razão pela qual falece de interesse recursal, neste particular. 3. A atenuante da menoridade foi reconhecida, na segunda etapa dosimétrica, apenas não reduzindo a pena-base, pois fixada no mínimo legal (súmula nº 231 do STJ). 4. Recurso a qual se nega provimento. (TJ-ES – APL: 00207569120178080048, Relator: , Data de Julgamento: 07/11/2018, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/11/2018).

Desse modo, embora se reconheça o direito do apelante a atenuante da menoridade deixa de aplicá-la em razão da incidência da mencionada Súmula 231 do STJ.

4. Causa de aumento de pena. Tráfico entre os Estados da Federação – art.

40, V da Lei 11.343/2006.

Resta incontroverso nos autos que a droga apreendida com o apelante tem origem no município de Alto Paraíso, Estado de Goiás. A própria defesa em suas razões recursais, pugna pelo reconhecimento da causa de aumento de pena, requerendo que assim o faça no percentual de 1/6.

Nesse ponto deve ser mantida a sentença uma vez que elevou a pena 1/6.

5. Pedido de reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343 aplicando-se o redutor máximo de 2/3.

Como se sabe, a legislação de drogas prevê no § 4º, do art. 33, a causa especial de diminuição de pena denominada de “tráfico privilegiado”, que autoriza a fixação da pena abaixo do mínimo legal abstratamente cominado ao delito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Tem-se, pois, que o legislador, ao criar a figura do “tráfico privilegiado”, permitiu que fosse feita importante distinção entre o verdadeiro traficante e aquele que é apenas um colaborador, com atividade subalterna, ou mesmo aquele outro “de primeira viagem”, na medida em que visa à redução da punição destes, para o fim de buscar o equilíbrio na individualização da pena, de acordo com a valoração da gravidade do delito e também o grau da culpabilidade de seu autor.

No entanto, a redução da pena não pode ser considerada como um aval à impunidade ou mesmo um “benefício” concedido ao traficante. Trata-se tão somente de medida de política criminal, que visa punir de forma mais branda aquele que, sendo primário e possuidor de bons antecedentes, optou pelo tortuoso caminho do tráfico num infeliz caso isolado.

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Verificando os elementos de provas dos autos, entendo que o apelante faz jus à atenuante em discussão uma vez que sendo primário, possuidor de bons antecedentes e não havendo provas que dedique a atividades criminosas ou integra organização criminosa preencheu as condições legais exigidas.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL E DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO. ERESP N. 1.916.596/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 4. Configura constrangimento ilegal o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas, derivada unicamente da análise da

natureza ou da quantidade de drogas apreendidas; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena por esse mesmo e único motivo. 5. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 6. Os atos infracionais só podem ser utilizados como elementos de convicção de que o agente se dedica à prática delituosa para fins de afastamento do tráfico privilegiado, quando evidenciada a gravidade da conduta pretérita, que deve guardar razoável proximidade temporal com o delito em apuração (EResp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção). 7. A presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se na simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva, no registro de atos infracionais e na quantidade de droga apreendida não se harmoniza com a orientação predominante do STF. 8. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 613508 SC 2020/0240550-0, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 15/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2022).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. A MERA MENÇÃO À QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA NÃO SATISFAZ A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA FINS DE NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONDIÇÃO DE “MULA” QUE, POR SI SÓ, NÃO COMPROVA A DEDICAÇÃO AO CRIME OU O PERTENCIMENTO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. 3. Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei 11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é admitida se constituir um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente elididos.

Precedentes. 4. Presentes os demais requisitos, a singela alusão ao fato de que o paciente teria praticado o delito imputado na condição de “mula” não preenche o figurino exigido pela ordem constitucional para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Imperiosa a indicação de qualquer evento concreto, dentro da cadeia factual, de que o agente efetivamente pertence a organização criminosa ou efetivamente se dedica a atividades criminosas. 5. Agravo regimental desprovido. (STF – HC: 203825 PR 0056612-34.2021.1.00.0000, Relator: , Data de Julgamento: 15/09/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 18/10/2021)

Na mesma toada, segue a firme jurisprudência deste Sodalício:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. APLICAÇÃO DA FIGURA PRIVILEGIADA EM GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS. PRECEDENTES DO STJ. PENA DE MULTA. PARTE INTEGRANTE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Conforme precedentes dos Tribunais Superiores, a quantidade e natureza da droga apreendida é parâmetro possível de ser utilizado para aferição do quantum de redução da pena pelo privilégio. 2. Lado outro, a hipossuficiência da parte poderá ser livremente discutida junto ao juízo

da execução, não sendo justificativa para exclusão das penas pecuniárias, sendo estas parte integrante do preceito secundário do crime. 3. Recurso NÃO PROVIDO.” (Apelação Criminal 0027337-63.2021.8.27.2729, Rel. Desa. , 2ª Câmara Crminal, julgado em 08/02/2022)

No caso em estudo, considerando que foi apreendida 3,4 gramas de maconha (quantidade e natureza da droga apreendida) deve ser aplicado o redutor requerido na fração máxima de 2/3.

A propósito, em casos semelhantes tenho assim decido:

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA MERCANCIA E DA TRAFICÂNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO HÍGIDO E HARMÔNICO. FATOS SUBSUMIDOS AO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA INADEQUADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA-BASE E INTERMEDIÁRIA ESTABELECIDAS EM PATAMAR MÍNIMO. APREENSÃO DE 8,60. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL DE DOIS TERÇOS, QUE É MAIS FAVORÁVEL. SENTENÇA EM PARTE REFORMADA. 1. A existência de provas sólidas, seguras e irrefutáveis de que o agente detinha em sua residência, mediante depósito, drogas ilícitas, somado ainda às circunstâncias em que foram elas encontradas e apreendidas, autoriza a imposição de um édito condenatório, pela subsunção dos fatos ao tipo penal do artigo 33 da Lei n. 11343/2006. Precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça. 2. Em relação ao tráfico privilegiado, compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo, porém, a aplicação de fração inferior a 1/6 pelo reconhecimento de atenuante possuir motivação concreta e idônea. Precedente do STJ. 3. Assim, a fixação da pena-base em seu patamar mínimo e a apreensão de maconha em quantidade que não indica a ocorrência de tráfico em grande escala, a exemplo daqueles que são realizados por organizações criminosas, somada, ainda, à ausência de outra motivação idônea, são circunstâncias aptas a impor, quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado, o percentual de 2/3, mais favorável. 4. No caso, considerando que a pena-base e a intermediária foram fixadas em cinco anos de reclusão, a incidência do percentual de 2/3 sobre aquela base de cálculo, com a devida e respectiva conversão em meses, confere-lhe uma pena privativa de liberdade definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão, que, com a detração (4 meses de prisão preventiva), fica estabelecida em 1 ano e 4 meses, mantida, por sua vez, a substituição por duas penas restritivas de direito, a ser indicada pelo juízo da execução penal. 5. Recurso conhecido e em parte provido, nos termos do voto prolatado. (TJTO , Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0006104-04.2020.8.27.2710, Rel. , 5ª TURMA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL , julgado em 25/01/2022, DJe 02/02/2022 11:53:18)

5. Nova dosimetria da pena do delito de tráfico de entorpecente.

Considerando a exclusão de todas as circunstâncias judiciais valoradas negativamente na sentença e o reconhecimento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado passo a dosar, doravante, a reprimenda, agora com as balizas fixadas neste voto.

1ª Fase: Não há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, incidindo a devida correção.

2ª Fase: Não há circunstância agravante. Há a atenuante da menoridade prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, pela qual amorteço da pena-base aplicada em 1 (um) ano e 3 (três) meses, contudo deixo de



reduzi-la em razão da incidência da Súmula 321 do STJ. Portanto, mantenho a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, incidindo a devida correção.

3ª Fase: Há causa de aumento de pena prevista no inciso V, do art. 40 da Lei 11.343/2006 em razão do tráfico ilícito de entorpecente interestadual. Neste sentido, aumenta-se a pena anteriormente dosada no critério ideal de 1/6 (um sexto), fixando-a em definitiva em 5 (cinco) anos 10 (dez) meses de reclusão 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, incidindo a devida correção. Deve incidir a causa de diminuição de pena atinente ao tráfico privilegiado previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, a qual, considerando a quantidade, nocividade e natureza da droga apreendida, deve ser fixada na fração de 2/3 (dois terços). Assim a pena definitiva fica estabelecida em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias multa.

6. Fixação do regime de cumprimento de pena e substituição da pena por restritiva de direitos.

O Juiz primevo fixou o regime fechado para cumprimento inicial da pena, com fundamento nas circunstâncias do crime e no art. 33, § 2º, alínea a c/c artigo 33, § 3º, todos do Código Penal.

Contudo, não havendo nenhuma circunstância judicial desfavorável ao recorrente e sendo ele tecnicamente primário, entendo que não mais subsiste as razões que fixaram o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

O artigo 33, § 2º, do CP determina que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e fixa os seguintes critérios para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena: a) o condenado a pena de reclusão superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; e c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. FRAÇÃO METADE. QUANTUM JUSTIFICADO. NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA (49,1, 19 E 0,9). REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO NÃO JUSTIFICADO. ERRO MATERIAL NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. RETIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior fração indicadas para a mitigação prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, são as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. Precedentes do STJ. 2. O quantum considerado pelo julgador monocrático (1/2 – metade) para a redução da reprimenda pela causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi correto. O percentual reduzido justifica-se pela natureza/diversidade das drogas apreendidas (49,1g de maconha, 19g de crack e 0,9g de cocaína). 3. No caso, assiste razão ao recorrente quando afirma que o regime inicial deve ser o aberto. A pena do apelante restou fixada de forma definitiva em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados,

devendo-se observar, para a fixação do regime inicial, o disposto no artigo 33 c/c o artigo 59, ambos do Código Penal. 4. O artigo 33, § 2º, do CP determina que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e fixa os seguintes critérios para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena: a) o condenado a pena de reclusão superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; e c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

5. A escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade da pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, levando-se em conta se o condenado é reincidente ou não. Inteligência do artigo 33, § 3º, do CP. 6. Tendo em vista a quantidade da pena aplicada (inferior a quatro anos), que todas as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, foram avaliadas de forma favorável e o réu é tecnicamente primário, faz-se mister a substituição da pena privativa de liberdade do apelante, por duas restritivas de direito (artigo 44, I, II e III e § 2º, do Código Penal), com regras a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido para: a) fixar o regime aberto para o início do cumprimento de pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal; c) corrigir no dispositivo da sentença o seguinte erro material, onde se lê que o apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, leia-se: artigo, 33, caput c/c § 4º, da Lei 11.343/06. Processo: 00433779120198272729. Relator Data Autuação 25/05/2020.

Portanto, em razão do exposto e, em respeito aos comandos do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, fixo o aberto como regime prisional para o cumprimento inicial da pena.

Por consequência, preenchendo os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem aplicadas pelo juízo da execução.

7. Pedido de exclusão ou redução.

Por fim, pleiteia a defesa a exclusão ou diminuição da condenação ao pagamento de quantia correspondente a dois salários mínimos a título de indenização pelos danos causados à sociedade à sociedade afetada com o narcotráfico, destinado ao Fundo Municipal Antidrogas.

Pois bem.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a aplicação do instituto disposto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal requer a dedução de um pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público. Na hipótese, houve pedido expresso por parte do Ministério Público na exordial acusatória, atendidas, portanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Outrossim, a situação econômica do acusado não é causa de exclusão de pena, porquanto inexiste no sistema jurídico-penal brasileiro qualquer previsão desta natureza; ao contrário, o artigo 60 do Código Penal prescreve que o magistrado, no momento da aplicação da pena de multa, deve atender, principalmente, à situação econômica do réu e não isentá-lo da sanção cabível.

Com efeito, ainda que se reconheça a condição de pobreza do apelante,

impende destacar que não é possível a isenção da pena de multa, haja vista que esta é de aplicação obrigatória, tratando-se de sanção que integra o preceito secundário do tipo penal.

Como se não bastasse, observa-se que o apelante não colacionou aos autos qualquer documento que comprove sua impossibilidade financeira para arcar com o ônus pecuniário da condenação. Destarte, meras alegações de hipossuficiência, sem o lastro probatório necessário, não possuem o condão de diminuir ou excluir o valor da indenização, devidamente arbitrado pelo Juiz na sentença penal condenatória e pautado nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Na mesma linha de intelecção, a jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ROUBO. PENA PECUNIÁRIA. APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A aplicação da pena pecuniária, assim como da privativa de liberdade, apresenta-se expressa no preceito secundário do tipo penal do artigo 157 do Código Penal, sendo decorrência natural da condenação. 2. Inexiste reparo a ser feito na r. sentença no tocante à pena de multa, se a quantidade de dias estipulados guardou proporcionalidade com a pena privativa de liberdade e manteve-se a fração mínima para o valor de cada dia-multa 3. Eventual hipossuficiência pode ser alegada perante o Juízo das execuções penais, com competência para tal análise e eventual suspensão da condenação pecuniária. 4. Recurso conhecido e não provido. (TJ-DF 07093311720198070005 DF 0709331-17.2019.8.07.0005, Relator: , Data de Julgamento: 10/09/2020, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 29/09/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – REDUÇÃO DAS PENAS BASES – INVIABILIDADE -- CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME CORRETAMENTE AVALIADAS – PENA BASE DO DELITO DO ARTIGO 24-A DA LEI 11.340/06 APLICADA NO MÍNIMO LEGAL – INVIÁVEL A REDUÇÃO PARA AQUÉM DO MÍNIMO – SÚMULA 231 DO STJ – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA – IMPOSSIBILIDADE – QUANTUM CORRETAMENTE APLICADO PELO MAGISTRADO A QUO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 8 – Por fim, postula o ora apelante a redução da indenização fixada, alegando hipossuficiência financeira para quitá-la. Sem razão. Isto porque, para a fixação do valor fixado, vejo que o magistrado sentenciante considerou o caráter reparador, punitivo e pedagógico, a gravidade e extensão do dano, a culpabilidade do agente, a condição financeira das partes envolvidas e as particularidades do caso concreto, bem como tomou cuidado para que a quantia não caracterizasse enriquecimento ilícito. 9 – Mantidos os fundamentos da referida sentença atacada. 10 – Recurso conhecido e improvido. (TJTO. AP 00325791320188270000. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora . Data de julgamento: 14.04.2020) – grifei

Também não há que se falar em sua minoração, porquanto já fixada em valor razoável e proporcional, qual seja, de 2 (dois) salários mínimos, sendo, assim, impossível afastar ou minorar a indenização pelos danos causados à sociedade, nos moldes requeridos pelo apelante.

#### 8. Conclusão.

Diante do exposto, conheço do presente recurso defensivo e, no mérito, voto no sentido de DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para, mantida a condenação por tráfico de entorpecentes, afastar a valoração negativa atribuída às circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, quantidade e natureza da droga na primeira fase e, reconhecendo a causa de diminuição de pena atinente ao

tráfico privilegiado prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, aplicando o redutor de 2/3 (dois terços), tornar a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias multa, fixando o regime aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo da execução, mantidos os demais aspectos da condenação.

Documento eletrônico assinado por , Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 782950v5 e do código CRC 897a121f. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 13/6/2023, às 15:18:56

0000125-93.2022.8.27.2709

782950 .V5

Documento:782951

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0000125-93.2022.8.27.2709/TO

RELATOR: Desembargador

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO (A): ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL PELA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 3,4 . PENA DE 12 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE ILEGAL DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. IMPROCEDENTE. PROVAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE ATRIBUIÇÃO DE CARGA NEGATIVA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PROCEDENTE. PENA-BASE REDIMENSIONADA PARA O MÍNIMO LEGAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE (ART. 65, I DO CP). PROCEDÊNCIA, CONTUDO, DEIXA DE APLICÁ-LA EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRÁFICO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA/SOCIEDADE. ART. 387, IV, DO CPP. DECOTE. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO E FORMAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA OBSERVADOS. SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REPARAÇÃO CIVIL MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diante do conjunto probatório dos autos não restam dúvidas que o apelante trazia consigo os entorpecentes apreendidos pelos policiais e posteriormente descrito na denúncia destinados ao comércio ilícito de entorpecente. Assim sendo, deve ser mantida a sentença condenatória pelo crime de tráfico ilícito de entorpecente uma vez que a conduta pratica por ele se amolda ao art. 33 da Lei 11.343/2006.
2. Exsurge da sentença que o magistrado, em observância ao critério trifásico, fundamentou de forma individualizada, todas as circunstâncias judiciais e considerou desfavorável ao apelante a culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, quantidade e natureza da droga.
3. A culpabilidade, como circunstância judicial, é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita do agente na prática de sua conduta. Todo crime possui uma reprovabilidade inata ou inerente considerada pelo legislador ao defini-lo.
4. Nesse autos, o sentenciado responde pelo delito de tráfico ilícito de entorpecente por trazer consigo 3,4 gramas de maconha e a culpabilidade de sua conduta, diante dos atos concretos por ele praticados, não ultrapassou os limites do tipo penal cometido, não havendo razão para ser valorada como circunstância judicial desfavorável. Ademais, o fato de o recorrente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade da circunstância judicial em tela tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo intencionado. Precedentes do STF.
5. A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos concretos que a desabonem. No presente, não se verifica do conjunto de provas dos autos provas que o apelante tenha envolvimento em crimes razão pela qual deve ser decotada a atribuição negativa à conduta social do acusado.
6. O fato de o réu trazer consigo droga em via pública, no período noturno, não denota especial gravidade ao delito de tráfico, cuja prática costuma ocorrer às escondidas, não justificando, portanto, a valoração

negativa da circunstância do crime. Precedentes do STJ. (STJ – REsp: 1850687 PA 2019/0353836–7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 02/06/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2020).

7. Já com relação às consequências do crime de tráfico de drogas, embora se concorde que o narcotráfico gere efeitos nefastos, certo é que todo o tráfico de drogas possui essa implicação, de forma que é inerente ao tipo penal, e não pode a pena base ser exasperada sob tal fundamento. Precedentes do STJ e dessa Corte.

8. A natureza e a quantidade da droga apreendida são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Todavia, no caso dos autos, como demonstra o Laudo Pericial de constatação de substância definitiva a maconha apreendida possuía massa de 3,4 gramas.

9. A jurisprudência desta Sexta Turma do STJ é no sentido de que apreensões de quantidades não expressivas de drogas são incapazes de promover qualquer valoração negativa na pena do condenado. Precedente. (STJ – AgRg no HC: 450367 SP 2018/0115758–9, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 18/09/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2018).

10. Embora se reconheça o direito do apelante à atenuante da menoridade, nos termos do art. 65, I do Código Penal, deixa de aplicá-la em razão da incidência da Súmula 231 do STJ.

11. Resta incontroverso nos autos que a droga apreendida com o apelante tem origem no município de Alto Paraíso, Estado de Goiás, razão pela qual deve incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006.

12. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Avaliando os elementos de provas dos autos, conclui-se que o apelante faz jus à atenuante em discussão uma vez que sendo primário, possuidor de bons antecedentes e não havendo provas que dedique a atividades criminosas ou integra organização criminosa, preencheu as condições legais exigidas.

13. Todavia, no caso dos autos, considerando que foi apreendida 3,4 gramas de maconha (quantidade e natureza da droga apreendida) deve ser aplicado o redutor na fração máxima de 2/3.

14. Considerando a exclusão de todas as circunstâncias judiciais valoradas negativamente na sentença, o reconhecimento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, utilizando o redutor de 2/3, a pena definitiva fica estabelecida em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias multa e, sendo o apelante primário, fixa-se o regime aberto para o cumprimento da pena.

15. Preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, é de se substituir a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo da execução.

16. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é de natureza cogente, e a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima pela infração é um consectário legal da condenação penal, sendo exigido apenas pedido expresso e formal do ofendido ou do Ministério Público, de modo a oportunizar o contraditório, sob pena de violação do princípio da ampla defesa. No caso, tais pressupostos foram atendidos, devendo portanto, ser mantida na condenação o valor fixado na

sentença.

17. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença condenatória parcialmente reformada.

#### ACÓRDÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Desembargador , na 9ª SESSÃO VIRTUAL ORDINÁRIA da 5ª TURMA JULGADORA da 1ª CÂMARA CRIMINAL, decidiu, por unanimidade, CONHECER do presente recurso defensivo e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para, mantida a condenação por tráfico de entorpecentes, afastar a valoração negativa atribuída às circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, quantidade e natureza da droga na primeira fase e, reconhecendo a causa de diminuição de pena atinente ao tráfico privilegiado prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, aplicando o redutor de 2/3 (dois terços), tornar a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias multa, fixando o regime aberto. Substitui a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo da execução, mantidos os demais aspectos da condenação, nos termos do voto do (a) Relator (a).

Votaram acompanhando o Relator, o Desembargador e a Desembargadora .

A Doutra Procuradoria-Geral de Justiça esteve representada pelo o Procurador de Justiça, .

Palmas, 02 de junho de 2023.

Documento eletrônico assinado por , Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 782951v9 e do código CRC e9048663. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 16/6/2023, às 10:34:5

0000125-93.2022.8.27.2709

782951 .V9

Documento:782949

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0000125-93.2022.8.27.2709/T0

RELATOR: Desembargador

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO (A): ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

#### RELATÓRIO

Adoto como próprio o relatório apresentado pela Procuradoria de Justiça no evento 08.

“ interpôs APELAÇÃO CRIMINAL visando à reforma da sentença (ev. 67, autos originários), proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Arraias – T0, na Ação Penal nº 0000125-93.2022.8.27.2709, que o condenou a pena de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão, e pagamento de 1.470 (mil quatrocentos e setenta) dias-multa, fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por ter praticado o crime descrito art. 33, caput, combinado com artigo 40, inciso V, todos da Lei 11.343/06, com implicações da Lei 8.072/90.

O recorrente (ev. 74, dos autos originários) defende, em apertada síntese, a reforma da sentença, no sentido de que (a) havendo dúvidas quanto à venda de drogas, eis que foi localizada pequena quantidade de entorpecente em seu poder, quais sejam 3,3 gramas de substância tipo cannabis sativa, a sua conduta seja desclassificada para o delito de porte ilegal de droga para consumo pessoal ( Lei de Drogas, art. 28) ou para o de tráfico privilegiado ( Lei de Drogas, art. 33, § 3º); (b) seja reformada a dosimetria da pena, com a aplicação: (b.1) da pena-base no mínimo legal, (b.2) das atenuantes genéricas da maioria relativa e da confissão espontânea, cada uma no patamar de um sexto, (b.3) da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado no patamar de dois terços e (b.4) da causa de aumento de pena do tráfico ilícito entre Estados da Federação no patamar de um sexto; (c) seja eleito o regime de cumprimento menos rigoroso; (d) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e (e) seja excluída ou reduzida a indenização arbitrada pela evidente hipossuficiência econômica do apelante e pela ausência de demonstração de prejuízo.

O apelado apresentou contrarrazões (ev. 78, da ação penal originária), requerendo o conhecimento e o não provimento do recurso. A insurgência foi recebida pelo Magistrado Singular nos efeitos devolutivo e suspensivo (ev. 79, da ação penal originária).”

Os autos aportaram a essa Corte de Justiça e vieram à minha relatoria por prevenção ao habeas corpus 00159971520218272700.



A título de informação menciono que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Ministro Relator, no Habeas Corpus nº 732001/T0 (2020/0088302-2), concedeu ordem para revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo magistrado de origem. Intimada, a Procuradoria de Justiça manifestou pelo conhecimento e provimento parcial do apelo para o fim de que seja reformada a sentença guerreada, apenas em relação a aplicação da atenuante genérica da menoridade relativa, considerando que o apelante tinha menos de 21 anos de idade na data dos fatos. É, portanto, o relatório, que encaminho à apreciação do eminente revisor, fazendo-o nos termos do artigo 38, inciso III, alínea a, do Regimento Interno deste Sodalício. Palmas, data registrada pelo sistema eletrônico.

Documento eletrônico assinado por, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 782949v2 e do código CRC 75527dfd. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 7/5/2023, às 20:26:46

0000125-93.2022.8.27.2709

782949 .V2

Extrato de Ata

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 02/06/2023

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0000125-93.2022.8.27.2709/T0

RELATOR: Desembargador  
REVISOR: Desembargador  
PRESIDENTE: Desembargador  
PROCURADOR (A):

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO (A): ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

Certifico que a 1ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:  
SOB A PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR , A 5ª TURMA JULGADORA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO PRESENTE RECURSO DEFENSIVO E, NO MÉRITO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES, AFASTAR A VALORAÇÃO NEGATIVA ATRIBUÍDA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA FASE E, RECONHECENDO A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA ATINENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS, APLICANDO O REDUTOR DE 2/3 (DOIS TERÇOS), TORNAR A PENA DEFINITIVA EM 1 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) E 195 (CENTO E NOVENTA E CINCO) DIAS MULTA, FIXANDO O REGIME ABERTO. SUBSTITUI A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 02 (DUAS) RESTRITIVAS DE DIREITOS A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, MANTIDOS OS DEMAIS ASPECTOS DA CONDENAÇÃO.

RELATOR DO ACÓRDÃO: Desembargador

Votante: Desembargador

Votante: Desembargador

Votante: Desembargadora

Secretário