

Documento:674434

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0015583-96.2021.8.27.2706/TO

RELATORA: Desembargadora

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO: (OAB T0009413)

APELADO: OS MESMOS

VOTO

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DO LAUDO DEFINITIVO APÓS A INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A preliminar de nulidade decorre da alegação de que a defesa não foi intimada para se manifestar a respeito da juntada do laudo definitivo.
2. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a juntada tardia do laudo pericial não tem o condão de afastar a materialidade delitiva, se houver nos autos laudo provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes.
3. Na hipótese, não se constatou nenhum prejuízo à defesa a prolação da sentença sem a intimação da defesa para manifestar-se sobre a juntada do laudo definitivo, porquanto a materialidade do delito de tráfico de drogas já estava comprovada por meio do laudo preliminar, firmado por perita

oficial, idêntico ao definitivo, corroborado pelo conjunto probatório, razão pela qual afasta-se a preliminar aventada.

TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. FUNDAMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM O AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. DEDICAÇÃO AO CRIME.

4. A incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, tem sua aplicabilidade condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no aludido dispositivo, que, se verificados, faz nascer para o acusado um direito público subjetivo com relação à concessão do benefício.

5. Vislumbra-se que o legislador quis beneficiar o chamado "traficante de primeira viagem", prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico um meio de vida.

6. Na hipótese vertente, constatou-se que o acusado possui intensa relação com o tráfico de drogas, notadamente diante da quantidade de entorpecente apreendido (aproximadamente 1kg de cocaína), que, somados aos apetrechos (balança de precisão, plástico filme, rojões) que corroboram a traficância, notadamente pela identificação de um laboratório para manipular a cocaína, denotam que o sentenciado fazia do tráfico seu meio de vida.

PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DESCRITO NO ART. 273, § 1ºB, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

7. Não há que se falar em absolvição do delito descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, diante da circunstância de que os produtos apreendidos possuem fins terapêuticos e/ou medicinais, sem registro no órgão de vigilância sanitária, bem como sem a comprovação da origem.

8. É dispensável a elaboração de laudo pericial para a comprovação da materialidade delitiva do crime previsto no art. 273, do Código Penal, notadamente se desprovidos de produtos sem o registro junto à ANVISA.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA QUANTO AO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1ºB, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL.

9. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional a pena do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, razão pela qual autoriza a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de droga.

10. Ainda sobre a questão, em sede de repercussão geral, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 979962, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da punição de 10 a 15 anos estabelecida para o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do CP, editando o Tema 1003, com a seguinte tese: "É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa".

11. Recurso provido, no ponto, para redimensionar a pena, consoante a orientação do Supremo Tribunal Federal, para 1 ano de reclusão, e 10 dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

RECURSO MINISTERIAL. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO.

AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDOTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PLEITO MINISTERIAL IMPROVIDO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

12. A incidência do princípio da insignificância é condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) ausência de periculosidade social da ação; (iii) grau de reprovabilidade do comportamento muito reduzido; (iv) inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido (Precedentes do STF e STJ).

13. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, é admitida a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, quando ficar evidenciado o reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

14. No caso em exame, foram apreendidas com o acusado 4 munições intactas de calibre 32 e 3 munições intactas de calibre 28, com capacidade para serem disparadas, inexistindo no mesmo contexto a apreensão de arma de fogo ou circunstâncias de demonstrem a efetiva lesividade da conduta ou que seja o agente dotado de periculosidade.

15. Recurso da ministerial conhecido e improvido. Recurso da defesa conhecido e parcialmente provido, para redimensionar a pena definitiva do réu para 6 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como fixar o regime inicialmente semiaberto, pela prática dos crimes descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, e artigo 273, § 1º-B, inciso I, na forma do artigo 69, caput, caput, ambos do Código Penal.

#### VOTO

Os recursos preenchem os requisitos legais de admissibilidade, sendo adequados e tempestivos, razão pela qual merecem CONHECIMENTO.

Conforme relatado, cuida-se de Apelações Criminais interpostas por e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, em face da sentença (evento 78, autos originários) proferida nos autos da ação penal nº

0015583-96.2021.827.2706, em trâmite no Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araguaína, que condenou o primeiro pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas) e art. 273, § 1º-B (depósito de substância sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária), na forma do art. 69, caput, ambos do Código Penal, à pena de 15 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Segundo a denúncia, no dia 19 de maio de 2021, por volta das 12h, na Rua Vitória Regia, nº 69, Setor Planalto, em Araguaína-T0, manteve em depósito drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, e, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, manteve em depósito, produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais que não possuíam registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (laudo pericial contido no evento 12, do IP).

Também no mesmo dia, hora e local supracitados, manteve munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar, no interior de sua residência e dependência desta (laudo pericial previsto no evento 11, do IP).

A denúncia foi recebida no dia 25/08/2021 (evento 14, autos de origem). A sentença foi proferida no dia 21/07/2022, condenando o réu às penas pelos crimes de tráfico de drogas e depósito de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais que não possuíam registro no órgão de vigilância sanitária, absolvendo-o do crime de posse ilegal de munição.

Em suas razões recursais, o Ministério Público requer seja julgada

procedente a ação penal também em relação ao crime previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/03 (posse irregular de munição de uso permitido), aduzindo que a fundamentação utilizada pelo magistrado, em razão da quantidade ínfima de munições apreendidas com apelado, não representa mínima ofensividade da ação e ausência de periculosidade social, porquanto a quantidade de 9 munições, especialmente porque cometido no contexto do tráfico de drogas, tem potencialidade lesiva suficiente para configurar o delito em questão.

Em sede de contrarrazões, a defesa manifestou-se pelo desprovimento do apelo ministerial (evento 104).

Em seu arrazoado, a defesa suscita preliminar de cerceamento de defesa, alegando não ter sido intimada para se manifestar a respeito do laudo definitivo que trazia quantidade de droga inferior à apontada no laudo preliminar de constatação.

No mérito, pretende seja reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, alegando tratar-se de réu primário e não integra nenhuma associação criminosa.

Ainda em tese meritória, pugna pela absolvição quanto ao crime descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, alegando insuficiência de provas na medida em que não foram feitos exames para concluir que os produtos foram falsificados, adulterados ou de alguma forma corrompidos, além do que o órgão ministerial não teria juntado nenhum documento capaz de demonstrar a inexistência de registro em órgão de vigilância sanitária. De forma subsidiária, insurge contra a aplicação da pena pelo crime tipificado no art. art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, aduzindo a inconstitucionalidade da aplicação da pena original para o delito do art. 273 do Código Penal, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962/RS, com pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa.

Por fim, requer a aplicação da detração, abatendo-se o tempo de prisão provisória cumprida.

Em sede de contrarrazões (evento 105), o Ministério Público propugnou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo defensivo, apenas para reconhecimento da detração penal.

Intada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e parcial provimento da apelação defensiva, tão somente para que seja reconhecida a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, fazendo incidir o efeito repristinatório da redação anterior que previa a pena de 1 a 3 anos de reclusão. Quanto ao recurso ministerial, manifestou-se por seu provimento, para que o réu seja condenado pelo crime de posse irregular de munição de uso permitido (evento 7).

Delimitada a controvérsia, passo à análise das razões expendidas em ambos os recursos, principiando pelas questões preliminares.

Atenta à ordem de prejudicialidade das teses, passo à análise do recurso da defesa.

#### 1. DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A preliminar deduzida consiste na alegação de que a defesa não foi intimada para se manifestar a respeito da juntada do laudo definitivo, que trazia quantidade de droga inferior à apontada no laudo preliminar de constatação, induzindo a defesa em erro ao defender-se de um quantitativo maior de entorpecente.

Ao que se extrai dos autos, a apreensão da droga foi realizada quando do cumprimento de mandado de prisão expedido contra , em razão de anterior

acusação de crime de homicídio, bem como diante das investigações preliminares da Polícia Civil de que o réu traficava drogas na região, ao passo que a constatação das características da droga apreendida foi realizada por Perita Criminal, quando da confecção do Laudo de Exame Técnico Pericial de Constatação em Substância Entorpecente, e o Laudo Definitivo juntado no evento 75, da ação penal.

Como se vê, as razões do apelante são desprovidas da plausibilidade mínima, na medida em que insurge apenas em relação à diferença de quantitativo das porções de drogas apresentado nos laudos, porquanto apurado 1g de crack, 104g de cocaína e 1,716g de cocaína no Laudo Preliminar, e 0,3g de crack, 103g de cocaína e 753g de cocaína no Laudo Definitivo, e, na sentença, teria sido feito menção apenas em relação à duas porções, quais sejam, a de 1g de crack e 104g de cocaína.

Como se vê, independentemente das quantidades de droga constantes nos laudos periciais, tais circunstâncias não induzem prejuízo à defesa até mesmo porque o reconhecimento da condição de traficante, neste caso específico, não decorreu da quantidade de droga apreendida, mas de outros elementos a indicar que se destinavam ao comércio ilegal, a exemplo dos apetrechos de traficância e de uma espécie de laboratório que o réu mantinha em sua residência.

E, conquanto faça alusão à ausência de intimação para manifestar-se acerca da juntada do Laudo Definitivo, tal fato não conduz a nulidade da prova, justamente porque a materialidade foi demonstrada pelo Laudo Preliminar e dos demais elementos que integram o conjunto probatório.

Nesse contexto, tem-se que o Laudo Preliminar foi suficiente para respaldar a sentença condenatória com o objetivo de comprovar a natureza das porções das substâncias apreendidas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça mitiga a imprescindibilidade do laudo toxicológico definitivo, quando existir nos autos laudo preliminar devidamente firmado por perito oficial, capaz de demonstrar certeza idêntica ao do laudo definitivo. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE. JUNTADA TARDIA DO LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO NA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL.

IMPERIOSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos da assente jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, no âmbito do Processo Penal, exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pelas partes (princípio pas de nullité sans grief). 2. Na hipótese vertente, não se constata o referido prejuízo, sobretudo porque o laudo toxicológico definitivo foi elaborado e juntado aos autos antes da apresentação das alegações finais pela Defesa e não implicou qualquer inovação em relação ao auto de constatação elaborado por ocasião do flagrante. 3. De todo modo, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que, embora o laudo toxicológico definitivo, via de regra, seja imprescindível para provar a materialidade do delito de tráfico de drogas, a ausência da mencionada prova técnica não afasta a possibilidade de que, em casos excepcionais, essa comprovação se dê "[...] pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes", pois "a depender do grau de complexidade e de

novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo" (EResp 1.544.057/RJ, Rel. Ministro , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016). 4. A internação de adolescente que comete ato infracional equivalente ao crime de tráfico ilícito de drogas é cabível em casos excepcionais, nomeadamente quando as circunstâncias concretas demonstrem se tratar da única medida socioeducativa adequada à sua ressocialização. 5. No caso, o Agravante – contra o qual há registro de oito processos por tráfico de drogas, além de procedimento instaurado por ato infracional equiparado a roubo majorado e participação em tentativa de fuga com agressões a agentes socioeducativos – já havia cumprido internação (imposta por decisão definitiva), convertida posteriormente em medida socioeducativa em meio aberto, pela prática de ato infracional análogo ao crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, quando foi novamente apreendido pela infração de comércio de drogas ora tratada, o que configura a hipótese de reiteração infracional e demonstra a necessidade da medida em meio fechado. 6. "É assente nesta Corte que não se exige o trânsito em julgado de sentença na qual tenha sido julgada procedente representação pela prática de ato infracional para a caracterização da reiteração, bastando, para tanto, a existência de pronunciamento do Judiciário sobre as imputações que pesam em desfavor do adolescente" (AgInt no HC 446.320/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 12/11/2018; sem grifos no original). 7. É certo que, para evitar a disseminação do novo coronavírus nas prisões, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a análise de situações de risco caso a caso. No âmbito deste Superior Tribunal, inclusive, há precedentes no sentido de ser necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da Covid-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) o risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida; circunstâncias cumulativas não demonstradas no caso. 8. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC n. 669.046/SC, relatora Ministra , Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 3/3/2022.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NOS TERMOS LEGAIS. POSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO CRIMINAL. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No que concerne à aduzida usurpação de competência dos órgãos colegiados, como é cediço, é possível o julgamento monocrático quando manifestamente inadmissível, prejudicado, com fundamento em súmula ou, ainda, na jurisprudência dominante desta Corte Superior, como no caso vertente, exegese dos arts. 34, inciso XVIII, alínea b, e 255, § 4º, inciso II, ambos do RISTJ, e da Súmula n. 568/STJ. Ademais, a possibilidade de interposição de agravo regimental, com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, torna superada eventual nulidade da decisão monocrática por suposta ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes. 2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do ERESp n. 1544057/RJ, pacificou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo, de regra, é imprescindível à comprovação da

materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Ausente o referido exame, é forçosa a absolvição do acusado, ressalvada, no entanto, em situações excepcionais, a possibilidade de aferição da materialidade do delito por laudo de constatação provisório, desde que este tenha sido elaborado por perito oficial e permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo. 3. Na espécie, não obstante o laudo definitivo não tenha sido acostado aos autos, a Corte de origem concluiu que a materialidade do delito de tráfico de drogas ficou suficientemente comprovada pelo laudo preliminar de exame de entorpecentes, elaborado e assinado por perito oficial, que atesta que o material apreendido em poder do acusado se tratava de maconha e crack (e-STJ fl. 92). 4. Nesse contexto, considerando que o laudo de constatação preliminar, elaborado por perito oficial, atesta a natureza das drogas apreendidas (maconha e crack), e foi corroborado pelas demais provas dos autos, inafastável a conclusão de o caso vertente se enquadra nas excepcionalidades mencionadas pelo ERESp n. 1544057/RJ, em que se admite a comprovação da materialidade delitiva com base no referido exame. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AgRg no AREsp n. 1.838.903/T0, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 24/5/2021.)

No mesmo sentido, já julgou este Tribunal:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS DO ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI, LEI 11.343/06. SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS POLICIAIS COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PROVA IDÔNEA. CONSONÂNCIA COM O ACERVO PROBATÓRIO. CONDENAÇÕES MANTIDAS. TRÁFICO DE DROGAS DO ART. 33, § 1º, II, LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. EXISTÊNCIA DE LAUDO PRELIMINAR ASSINADO POR PERITO OFICIAL CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS. MATERIALIDADE COMPROVADA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA CULTIVO DE PLANTA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA O CONSUMO PRÓPRIO. ART. 28, § 1º, LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ÍNFINA QUANTIDADE DE PLANTAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DESTINAÇÃO MERCANTIL DA DROGA. 1. A tese de insuficiência de provas para condenação pelo crime do artigo 33, caput, c/c artigo 40, VI, da Lei 11.343/06, quando confrontada com as provas dos autos, não se sustenta, restando isolada e dissonante do conjunto probatório dos autos. Não se mostra crível a alegação do apelante que não tinha conhecimento da considerável quantidade de droga apreendida no interior de seu próprio veículo, que ele mesmo conduzia. Ademais, o outro sentenciado Samy Clessio asseverou que Kelvyn tomou plena ciência da droga transportada para venda ("que afirmaram para Kelvyn que iriam repassar uma droga pro cara; [...] que no momento que pararam o carro Kelvyn sabia da entrega das drogas"). Outrossim, havia informações pretéritas de que um indivíduo utilizava um veículo Ford Ka de cor prata, o mesmo do apelante , para praticar tráfico de drogas na região da saída para a cidade de Peixe/T0. 2. Por existirem elementos robustos à demonstrar que , em coautoria com , praticaram o crime de tráfico de drogas na companhia de adolescente, devem ser mantidas suas condenações pelo crime tipificado no artigo 33, caput, c/c artigo 40, VI, da Lei 11.343/06. 3. O apelante Samy Clessio pugna pela absolvição do crime do artigo 33, § 1º, da Lei 11.343/06, ante a não comprovação da materialidade delitiva em razão da ausência de laudo definitivo. Ocorre que a jurisprudência tem entendido, excepcionalmente, pela possibilidade de condenação pelo crime de tráfico de drogas mesmo sem a juntada do laudo toxicológico definitivo aos autos, desde que haja outros elementos suficientes a demonstrar com segurança a materialidade delitiva. 4. Na

hipótese dos autos, a materialidade foi comprovada a partir do Laudo Preliminar de Exame de Constatação em Substâncias Entorpecentes, subscrito por Perito Oficial Criminal, da prova testemunhal e, especialmente, da confissão espontânea do recorrente Samy Clessio relativamente ao cultivo de cannabis sativa. 5. A pretensão defensiva de desclassificação da conduta prevista no artigo 33, § 1º, II, da Lei 11.343/06 para aquela prevista no artigo 28, § 1º da Lei nº 11.343/06 merece provimento, porquanto irrisório o cultivo de duas mudas de cannabis sativa e não restar cabalmente demonstrado a destinação mercantil da substância. A quantidade de plantas encontradas na residência do acusado – 02 (duas) mudas medindo 09 e 05 centímetros – é limitada à preparação de pequena quantidade de substância e compatível com a destinação para consumo pessoal, nos termos do artigo 28, § 1º, da Lei 11.343/06. 6. Recurso de improvido. Recurso de Samy Clessio Gomes Machado parcialmente provido. (TJTO – AP 0006756-48.2021.8.27.2722 – Rel. Des. – j. 26/04/2022) grifei

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO APELATÓRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CARACTERIZADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DEMONSTRAÇÃO. LAUDO DEFINITIVO E LAUDO PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Materialidade do Crime de Tráfico Encontra-se Comprovada Pelo Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Exibição e Apreensão, Pelos Laudos Periciais, Acostados ao Inquérito Policial, e Prova Testemunhal Colhida em Juízo e na Fase Investigativa. Por Sua Vez, a Autoria Delitiva Vem Demonstrada no Conjunto Probatório Trazido à Colação. Depoimentos Prestados Pelas Testemunhas Ouvidas Durante a Instrução e Investigação, São Firmes e Coesos e à Conclusão Induvidosa no Sentido de Que o Apelante Praticou o Crime de Tráfico de Drogas. 2. Descabe a Tentativa da Defesa de Desqualificar a Prova Pericial Produzida no Feito. Pois, ao Contrário do Que Sustenta o Apelante, o Laudo Definitivo Possui Evidente Vinculação Com o Preliminar, na Medida em Que o Laudo Definitivo [evento 63 – Lau1, do Ip Originário], Informa o Número do Boletim de Ocorrência – Bo 37856/2021 Constante do Ip Originário, Bem Como se Refere ao Ofício de Remessa Mencionado no Laudo Pericial Preliminar. Ademais, Ainda Que Assim Não Fosse, Ressalto Que Não Merece Amparo a Irresignação Preliminar do Réu Acerca de Nulidade do Feito, o Laudo Preliminar. Eis Que a Questão, in Casu, Não Possui Relevância Ou Potencial de Causar Nulidade Processual, em Vista da Resolução da Lide. Isso Porque, Stj Assentou o Entendimento de Que o Laudo Definitivo Não se Reveste de Nota de Imprescindibilidade, Podendo Ser Suprido Pelo Laudo Provisório, Nos Casos em Que For Possível a Obtenção do Mesmo Grau de Certeza [edcl no Recurso Especial Nº 1.544.057/rj]. 3. Para a Configuração do Crime de Tráfico de Entorpecente Não É Necessário Que o Acusado Seja Preso Efetuando a Comercialização da Droga, Bastando a Existência de Elementos Suficientes Nos Autos a Atestar a Destinação Mercantil do Entorpecente, Neles se Inserindo "trazer Consigo, Ter em Depósito e Transportar" Drogas, Como Sói Ocorrer no Caso em Apreço. 4. Os Depoimentos dos Policiais Responsáveis Pela Prisão, Somados às Provas Documentais e Pericial, Configuram Meios de Provas Seguros e Idôneos, Aptos à Condenação do Réu. 5. Conforme Precedentes do Stj, o Tipo Previsto no art. 33 da Lei Nº 11.343/06 É Congruente Ou Congruente Simétrico, Esgotando-se, o Seu Tipo Subjetivo, no Dolo. As Figuras, por Exemplo, de Transportar, Trazer Consigo, Guardar Ou, Ainda, de Adquirir Não Exigem, Para a Adequação Típica, Qualquer Elemento Subjetivo Adicional Tal Como o Fim de Traficar Ou Comercializar. 6. Recurso Conhecido e Desprovidos, Mantendo Incólume a Sentença de Primeiro Grau. (TJTO – AP



0001095-09.2021.8.27.2716, Rel. Des. amaro mendes, j. 24/05/2022)  
Ainda, no caso, não fosse a circunstância de que o laudo preliminar foi assinado por , juntou-se aos autos o laudo definitivo antes da prolação da sentença, e, embora não tivessem sido intimadas as partes para se manifestarem, a defesa registrou pedido de liberdade provisória com esteio no exame químico definitivo com menção expressa à sua juntada, demonstrando ciência inequívoca do fato, de forma que não houve qualquer prejuízo à defesa, razão pela qual afasta-se a preliminar.

## 2 – DO PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

A causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, tem sua aplicabilidade condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no aludido dispositivo, que, se verificados, faz nascer para o acusado um direito público subjetivo com relação à concessão do benefício.

Nos termos do § 4º, do art. 33, da citada lei, as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas e nem integre organização criminosa. No ponto, “na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes” (STJ –HC 511.593/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019).

In casu, verifica-se o acerto da decisão, cujo fundamento, de maneira concreta e idônea, afastou o tráfico privilegiado.

Isso porque, a quantidade de entorpecente apreendido (aproximadamente 1kg de cocaína), os apetrechos que corroboraram a traficância (balança de precisão, plástico filme) encontrados consigo, além de um laboratório para manipular a cocaína, denotam que o sentenciado fazia do tráfico seu meio de vida.

Para o Superior Tribunal de Justiça, “a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa (AgRg no REsp n. 1924209/MG, Ministro , Quinta Turma, DJe 26/4/2021)”, tal como ocorreu na espécie, pois, aliada à expressiva quantidade de entorpecente apreendida, restou evidenciada, pela conjugação com as outras circunstâncias do caso concreto, a caracterização da dedicação do agente à atividade criminosa.

A propósito:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – RELEVÂNCIA DA PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – TRÁFICO DE DROGAS – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO – IMPOSSIBILIDADE – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – COMPROVAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. 1. Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao acusado a autoria do crime de posse irregular de arma de fogo, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 2. As palavras dos policiais militares são dotadas de legítima presunção de veracidade, mormente se não comprovada qualquer animosidade com o acusado ou interesse escuso na sua vazia condenação. 3. Incabível a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado se é expressiva a quantidade de drogas e existem outros

elementos capazes de indicar que o acusado se dedica a atividades criminosas. (TJMG – Apelação Criminal 1.0000.22.160475-4/001, Relator (a): Des.(a) , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/10/2022, publicação da súmula em 28/10/2022)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. IRRESIGNAÇÃO CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE E PELA QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DE ENTORPECENTE APREENDIDO. INCOMPATIBILIDADE COM A FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MANIFESTAÇÃO DA PGJ. PENA DE MULTA. MÉTODO TRIFÁSICO NÃO OBSERVADO. AJUSTE NECESSÁRIO. REDUÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O reconhecimento do tráfico privilegiado resta obstado em razão da dedicação do apelante à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela apreensão de grande quantidade de maconha (11.416,2 gramas), três balanças de precisão, rolo de papel filme, quantia em dinheiro (R\$ 2.690,00), além de um caderno com anotações, elementos aptos a justificar o afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. A pena de multa deve ser fixada de forma proporcional à pena privativa de liberdade imposta, obedecendo o sistema trifásico (art. 68 do CP). (TJ-SC – APR: 00093845620198240008 Blumenau 0009384-56.2019.8.24.0008, Relator: , Data de Julgamento: 28/05/2020, Primeira Câmara Criminal) – grifei

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – 1. DESCLASSIFICAÇÃO – ART. 28 DA LEI DE DROGAS – IMPROCEDÊNCIA – PROVAS IDÔNEAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO TRÁFICO – COMPATIBILIDADE DELITIVA ENTRE USO E TRÁFICO – 2. TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPROCEDÊNCIA – DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS – IMPORTANTE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (3.364,36 ) – RECURSO DESPROVIDO – CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. 1. Comprovadas a materialidade do delito de Tráfico ilícito de drogas e sua autoria, por meio do robusto acervo probatório – circunstâncias da prisão em flagrante e declarações das testemunhas uníssonas entre si, confirmadas em Juízo, sob o crivo do contraditório –, impõe-se manter a condenação das Apelantes pelo delito tipificado no art. 33 da Lei nº. 11.343/06, não havendo que se falar em desclassificação da conduta para posse de drogas para consumo pessoal; 2. A importante quantidade de substância entorpecente – 3.364,36 g de maconha – associada às declarações das testemunhas de que apreenderam na residência das Apelantes, um caderno com anotações relativas à traficância –, levam à conclusão de que se tratam de pessoas dedicadas às atividades criminosas, de modo, que não fazem jus ao benefício previsto no art. § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. (TJ-MT – APR: 00150309620178110002 MT, Relator: , Data de Julgamento: 29/05/2019, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/06/2019) – grifei

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) – O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe

que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. III – In casu, o v. acórdão impugnado afastou a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na significativa quantidade e diversidade das drogas apreendidas, além de apetrechos próprio para o exercício da traficância, como de balança de precisão e rola de papel alumínio. Assim, as fundamentações são adequadas ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. (...) (STJ. HC 469.952/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 16/10/2018) – grifei

Com efeito, sabendo-se que o legislador quis beneficiar o chamado “traficante de primeira viagem”, prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico um meio de vida, resta efetivamente inviável a concessão da causa especial de diminuição de pena.

### 3 – DO PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DESCRITO NO ART. 273, § 1ºB, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL

Pugna o apelante por sua absolvição quanto ao crime descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, alegando insuficiência de prova da materialidade delitiva, na medida em que não foram feitos exames para concluir que os produtos foram falsificados, adulterados ou de alguma forma corrompidos, além do que o órgão ministerial não teria juntado nenhum documento capaz de demonstrar a inexistência de registro em órgão de vigilância sanitária.

Não obstante o esforço defensivo, a materialidade delitiva está comprovada pelo auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão e e Constatação de Objetos, com a descrição individual das substâncias apreendidas, as quais não possuem registro na ANVISA.

Neste particular, sendo incontroverso tratar-se substâncias destinadas a fins terapêuticos e/ou medicinais, evidente a necessidade de registro no órgão de vigilância sanitária, sendo desnecessária a realização da perícia para comprovação da materialidade delitiva.

No mais, quanto a este aspecto, transcreve-se parte da sentença quanto à proibição de exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo das substâncias apreendidas, para faça parte das razões de decidir deste voto:

“Embora a Defesa do acusado argumente a falta de materialidade do delito, por ausência de exame de corpo de delito definitivo e por entender que não há comprovação de que os produtos não possuíam registro em órgão de vigilância sanitária, vê-se que o acervo probatório está composto pelo laudo de exame pericial de vistoria e constatação direta de objetos (medicamentos), que indica a apreensão dos seguintes produtos:

01 (um) frasco de 3 de 280g, apresentado para os exames em caixa própria; 05 (cinco) garrafas de Aguardente Alemã de 350ml; 02 (dois) frascos de 280g, apresentados para os exames em caixa própria; 03 (três) frascos de 4 óleos de 280g, apresentados para os exames em caixa própria; 04 (quatro)

frascos de Xarope FAR-MEL de 350g; 01 (uma) garrafa as plantas que curam JALAPOL de 350ml; 05 (cinco) frascos de Cura Tudo de 500ml; 04 (quatro) frascos de 240g, apresentados para os exames em caixa própria; 02 (dois) frascos de Creme para os Pés & Mãos de 250ml; 03 (três) frascos de Chá de Canela de Velho de 500g, apresentados para os exames em caixa própria; 04 (quatro) frascos de ; 02 (dois) frascos de ; 01 (um) frasco de Ômega 3 contendo 50 cápsulas; 02 (dois) frascos , sendo o primeiro desprovido de caixa e com 50 cápsulas e o segundo com 60 cápsulas apresentado para os exames em caixa própria; 04 (quatro) garrafas de ; 04 (quatro) frascos de Pomada Massageadora Cascavel de 240g, sendo o primeiro desprovido de caixa e os demais apresentados para os exames em caixa própria; 01 (um) frasco de Complexo Vitamínico Enziflora de 500ml, apresentado para os exames em caixa própria"

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 198.307/PR) possui entendimento no sentido de ser desnecessária a realização de exame pericial para comprovar a prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, porquanto trata-se de delito formal, que se satisfaz com a venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo de produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, sendo exatamente esse o caso dos autos. Ademais, em simples pesquisa realizada na internet, vê-se que tais medicamentos não possuem registro junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não estando listados na Portaria SVS/MS 344.

Inclusive, dentre os produtos listados, é de conhecimento público que alguns deles, como o "canela de velho", "gotas do Zeca", "xarope da vovó" e "seca barriga" não possuem registro junto a ANVISA, sendo notório que seu comércio enquadra-se no tipo penal imputado ao acusado, conforme se extrai de simples busca na jurisprudência pátria. Vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. "OPERAÇÃO EFEITO COLATERAL". EXPOR À VENDA MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE E PRODUTO FARMACÊUTICO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA INTRODUZIDO CLANDESTINAMENTE EM TERRITÓRIO NACIONAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO CONFIGURADO. ERRO DE PROIBIÇÃO AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVO ÍNSITO AO TIPO PENAL. ATENUANTES. DESCONHECIMENTO DA LEI. INCABÍVEL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIDA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ÓBICE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. 1. Prática as condutas tipificadas no art. 273, § 1º c/c o § 1º-B, incisos I, III e IV, do CP, o proprietário de farmácia flagrado com medicamentos em seu estabelecimento comercial, sem registro no órgão competente (Cerveja Preta Medicinal, Anti-álcool, Óleo Elétrico Canforado, 30 Ervas, Específico Pessoa, Acness, Gotas do Zeca, Uro Rim, Elixir Paregórico, Pílulas contra o Estupor e ), sendo alguns de procedência desconhecida e outros de origem estrangeira (Pramil e Rheumazin Forte), introduzidos clandestinamente em território nacional. 2. Tem-se como provada a autoria e materialidade do delito tipificado no art. 273, § 1º c/c o § 1º-B, incisos I, III e IV, do CP quando o auto de apresentação e apreensão, os laudos periciais, a prisão em flagrante do acusado, além de sua confissão nos autos e depoimento das testemunhas confirmam a presença no estabelecimento comercial de propriedade do réu de medicamentos (expostos e também em gavetas) sem registro no órgão competente ou introduzidos clandestinamente no país. 3. (...) No que concerne ao crime previsto no art. 273 do Código Penal – Falsificação, corrupção, adulteração ou alterações de produto destinados a fisioterapêuticos ou medicinais –, a jurisprudência desta

Corte firmou-se no sentido de ser dispensável a confecção de laudo pericial para a comprovação da materialidade delitiva. III. Agravo regimental a que se nega provimento. 13. Recurso de apelação parcialmente provido. (TRF-1 – APR: 00012249020104013901, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 11/02/2020, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 21/02/2020) (negrito nosso)

Deve ser destacado que o crime previsto no artigo 273, do Estatuto Repressivo, classifica-se como delito formal, ou seja, não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para terceiros. Em verdade, a ocorrência do dano trata-se de exaurimento. Ainda, cuida-se de crime de perigo abstrato, ou seja, que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido (, . Código Penal Comentado – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 1313).

Sendo assim, irrelevante a demonstração de efetivo dano, sendo certo que toda a sociedade daquela região foi colocada em perigo, uma vez que naquela farmácia estavam expostos à venda medicamentos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; de procedência ignorada, e adquiridos de estabelecimentos sem licença da autoridade sanitária competente, que podem trazer inúmeras reações adversas.”

Ademais, o apelante sequer apresentou nota fiscal ou qualquer documento a comprovar ao menos a origem das substâncias terapêuticas/medicinais apreendidas, sendo, pois, de procedência ignorada, razão pela qual o recurso deve ser improvido, no ponto.

#### 4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA QUANTO AO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1ºB, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL

A tese subsidiária consiste na inaplicabilidade da pena pelo crime tipificado no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, aduzindo a inconstitucionalidade da aplicação da pena original para o delito do art. 273, do Código Penal, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962/RS, com pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa.

No caso, o magistrado considerou a pena abstratamente prevista no aludido tipo penal, qual seja, de 10 a 15 anos, e multa.

Neste particular, tenho que razão assiste ao apelante, diante declaração da inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 239.363/PR, aplicando, todavia, as penas previstas para o crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE DECOTE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA CONTIDA NA LEI DE DROGAS. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DA QUINTA TURMA. MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DA BENESSE QUE SE IMPÕE. 1. Em recentes julgados, aos quais passo a me filiar, a Quinta Turma desta Corte Superior reconheceu a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, nas hipóteses de crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. 2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do

Código Penal, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas. [...] Analisando o referido julgado, esta colenda Quinta Turma firmou o entendimento de que, diante da ausência de ressalva em sentido contrário, é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no cálculo da pena dos condenados pelo delito previsto no art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo. Precedentes (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.610.153/PE, Ministro, Quinta Turma, DJe 29/6/2020). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp n. 1.726.469/DF, relator Ministro, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 9/3/2021.) grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. TER EM DEPÓSITO PARA VENDA, DISTRIBUIÇÃO OU ENTREGA A CONSUMO MEDICAMENTOS E INSUMOS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE E DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas. 2. Analisando o referido julgado, esta colenda Quinta Turma firmou o entendimento de que, diante da ausência de ressalva em sentido contrário, é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no cálculo da pena dos condenados pelo delito previsto no art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo. Precedentes. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE MEDICAMENTOS ALIADA ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. 2. Na hipótese, as instâncias de origem entenderam que o agravante se dedica a atividades criminosas, em razão da quantidade de substâncias apreendidas aliada a outros elementos do caso concreto, especialmente o fato de ter sido flagrado após denúncias de moradores das proximidades do local onde as drogas estavam sendo armazenadas e comercializadas. 3. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias no sentido de que o réu não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA, DIANTE DA MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Mantida a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, incabível a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AgRg no AREsp n. 1.610.153/PE, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 29/6/2020.) grifei Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal firmou, em sede de Recurso Extraordinário submetido ao efeito vinculante, o Tema 1003, determinando o efeito repristinatório, para o fim de prevalecer a pena prevista na

redação originária do art. 273, caput, do Código Penal, que previa a pena de 1 a 3 anos, e multa.

A propósito, eis o julgado:

Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário ( CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista. 1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o “escândalo das pílulas de farinha”, prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. 2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito. 3. O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios ( CP, art. 273, caput), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável ( CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro ( CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). 5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade. 6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas. 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito repristinatório sobre o preceito secundário do art. 273, caput, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. parcialmente provido. Tese de julgamento: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária. (STF – RE 979962, Relator (a): , Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021)

Do julgado supra estabeleceu-se a seguinte tese, sob o Tema 1003:

“É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do

art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).” Portanto, e como já exaustivamente declinado, outra solução não resta a este Tribunal senão aplicar o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP seja procedida com o efeito repristinatório da redação original do caput desse mesmo artigo.

#### 5 – DO RECURSO MINISTERIAL – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DO CRIME PREVISTO NO ART. 12, DA LEI Nº 10.826/03

Insurge-se o Ministério Público a condenação do réu também quanto ao delito de posse irregular de munição de uso permitido, ante a não incidência, ao caso, do princípio da insignificância.

Sabe-se que pelo princípio da insignificância, comumente denominado de bagatela imprópria, é possível considerar atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico for de tal forma irrisória que não seja justificável a atuação da máquina judiciária para persecução penal.

Essa vertente, aliás, é decorrente do princípio da intervenção mínima ou ultima ratio, do qual se extrai a ideia de que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade.

Para se declarar a atipicidade do fato, é preciso que fique plenamente caracterizada, no caso concreto, a irrelevância penal da conduta, e, sobretudo, a insignificância da lesão infligida ao bem jurídico tutelado pela legislação penal, situações que, em sintonia, afastam a necessidade de imposição da sanção penal.

O Supremo Tribunal Federal, para afastar a tipicidade penal de uma conduta, fixou a necessidade de observar a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) total ausência de periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressiva lesão jurídica.

Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio. Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta. 2. Agravo regimental desprovido. (HC 175945 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020)

O crime previsto no art. 12, caput, da Lei nº 10.826/20031 é delito de perigo abstrato, prescindindo de demonstração de efetiva situação de perigo, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social. Cuida-se ainda de crime vago, pois o sujeito passivo é a coletividade.

Embora num primeiro momento se entenda pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos de posse e porte de arma de fogo ou munição, o Supremo Tribunal Federal, diante das especificidades do caso concreto, reconheceu ser possível a incidência do aludido princípio na hipótese de apreensão de munição desacompanhada de arma de fogo, como no



caso dos autos, diante da inexistência de potencialidade lesiva e perigo à incolumidade pública. A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO. I- Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II- Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III- Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV- Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). (STF – RHC: 143449 MS – MATO GROSSO DO SUL 0094249-58.2017.1.00.0000, Relator: Min. , Data de Julgamento: 26/09/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-231 09-10-2017)

No caso em exame, foram apreendidas com o acusado 4 munições intactas de calibre 32 e 3 munições intactas de calibre 28, com capacidade para serem disparadas (laudo de exame técnico-pericial de vistoria em munição para arma de fogo – evento 29, autos do IP), inexistindo no mesmo contexto a apreensão de arma de fogo ou circunstâncias de demonstrem a efetiva lesividade da conduta ou que seja o agente dotado de periculosidade. Em casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE CARREGADOR E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO CONCRETO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida cinge-se à possibilidade de se reconhecer atípica a conduta do indivíduo preso na posse de "um carregador com 10 munições ponto 40" (e-STJ, fl. 277). 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas sim, a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse das munições, ainda que desacompanhadas de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo dos artefatos por meio de laudo pericial. 3. Por outro lado, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte passou a admitir a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, quando ficar evidenciado o reduzido grau de reprovabilidade da conduta. 4. No caso em exame, entretanto, verifica-se que a apreensão do carregador e das 10 munições .40 decorreu de operação deflagrada pela Polícia Civil do Estado do Maranhão, que, após receber denúncia anônima dando conta de um intenso movimento de tráfico de drogas, iniciou trabalho investigativo e apreendeu o material anteriormente descrito, de modo que não se revela possível a flexibilização do entendimento consolidado nesta Corte, uma vez que as circunstâncias do caso concreto demonstram a efetiva lesividade da conduta. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 2.026.369/MA, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022.) – grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/2006. INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de

Justiça, no julgamento do REsp n. 1.699.710/MS, de relatoria da Ministra , e do AgInt no REsp n. 1.704.234/RS (Rel. Ministro ), alinhou-se ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e passou a admitir a aplicação do princípio da insignificância em situações excepcionais, de posse de ínfima quantidade de munições e de ausência do artefato capaz de dispará-las, aliadas a elementos acidentais da ação que denotem a total inexistência de perigo à incolumidade pública. O posicionamento foi estendido para casos de porte ilegal de munição de uso restrito, com a ressalva pessoal deste relator. 2. (...) (STJ. AgRg no HC n. 623.126/RJ, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 30/3/2021.) – grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. NÃO APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. CONDOTA MATERIALMENTE ATÍPICA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Esta Sexta Turma tem se posicionado no sentido de que a apreensão de quantidade não relevante de munição, como na espécie, em que apreendidas 14 munições de uso permitido, desacompanhada de arma de fogo, não implica em lesão ao bem jurídico tutelado (incolumidade pública), o que afasta a tipicidade material do fato, ainda que a conduta seja formalmente típica. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no HC n. 620.947/RS, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 17/2/2021.) – grifei

Portanto, sem maiores divagações, diante da inexistência de riscos à incolumidade pública, não se mostrando a conduta típica em sua dimensão material, a sentença não comporta reparos, devendo ser mantida absolvição do réu, ora apelando, da conduta tipificada no art. 12, caput, da Lei nº 10.826/03.

#### 6 – DA DOSIMETRIA

Embora o recurso defensivo confine-se à quantidade de pena do delito previsto no art. 273, § 1º-A, inciso I, do Código Penal, examino de ofício toda a dosimetria da pena, até mesmo em face da ampla devolutividade do apelo defensivo.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime. Sabe-se também que o juiz, quando da fixação da pena, tem algum espaço discricionário para valorar as circunstâncias judiciais, objetivando a necessária prevenção e repressão do crime, sempre respeitando os limites previstos no tipo legal. A discricionariedade em questão deve vir acompanhada, para ser validada, de fundamentação idônea, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade inaceitável.

O crime de tráfico de drogas –art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, prevê pena de cinco a quinze anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Na análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, o Magistrado de primeiro grau, considerou apenas a culpabilidade desfavorável ao réu, consignando:

“A culpabilidade do agente, analisada como grau de reprovação da conduta, foge à normalidade do tipo penal, haja vista que o acusado mantinha verdadeiro laboratório para manipulação de entorpecentes, objetivando aumentar o volume e elevar o potencial de vício dos entorpecentes, fins alavancar seu lucro com as vendas, elevando o grau de sua culpabilidade,

motivo pelo qual tal circunstância deve ser valorada negativamente.” Revela-se idônea a valoração negativa da culpabilidade, porquanto o réu possuía um laboratório para refinar a droga e, assim, dado ao profissionalismo da produção de entorpecente, com aumento do potencial lesivo da sua conduta, afigura-se justificada tal majoração quanto a esta moduladora.

Nesse sentido:

APELAÇÕES CRIME – TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – CONDENAÇÃO – RECURSO DO RÉU E DA TERCEIRA INTERESSADA. RECURSO DO RÉU (APELAÇÃO 2): PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA – TEMA QUE DEVE SER INICIALMENTE APRECIADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESSA PARTE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO – ILEGITIMIDADE – AUTOMÓVEL DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESSA PARTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – IMPROCEDÊNCIA – MAGISTRADO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO AFASTADO DE SUAS FUNÇÕES NO MOMENTO DA CONCLUSÃO DO FEITO PARA SENTENÇA – CASO CONCRETO (RÉU PRESO) EM QUE ERA IMPERIOSA A PRIORIDADE E CELERIDADE NO JULGAMENTO DO PROCESSO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU – PRELIMINAR REJEITADA; ARGUIÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS A PARTIR DO INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA – EXISTÊNCIA DE DENÚNCIAS SOBRE A PRÁTICA DE ATO ILÍCITO NO LOCAL – EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA E RÉU EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA POR OCASIÃO DA ABORDAGEM POLICIAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – PRELIMINAR REJEITADA; ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA – IMPROCEDÊNCIA – DISPENSA DO EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA DETERMINADA POR DECISÃO FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL SOBRE A INTEGRIDADE MENTAL DO RÉU – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 149 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRELIMINAR REJEITADA; PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE TRÁFICO DESCRITA NO FATO 03 DA DENÚNCIA PARA A DE USO DE DROGAS – IMPROCEDÊNCIA – SENTENÇA QUE RECONHECEU A OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICOS DE DROGAS (FATOS 01, 03 E 04) – PRETENSÃO PREJUDICIAL AO RÉU, POIS TERIA QUE CUMPRIR AS MEDIDAS DO ARTIGO 28, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 E A PENA PELO CRIME ÚNICO DE TRÁFICO DE DROGAS – ADEMAIS, COMPROVAÇÃO DE QUE GRANDE PARTE DA DROGA APREENDIDA ( ) ERA DESTINADA AO COMÉRCIO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO; PEDIDO DE REDUÇÃO DAS PENAS BASE – IMPROCEDÊNCIA – VALIDADE DA ELEVAÇÃO DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA, NA FORMA PREVISTA PELO ARTIGO 42 DA LEI DE DROGAS – AVALIAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO RÉU (EM RELAÇÃO AOS DOIS DELITOS) SOB FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RÉU QUE POSSUÍA UM LABORATÓRIO PARA PREPARAÇÃO DE DROGAS (TRÁFICO DE DROGAS) E ELEVADA QUANTIDADE E VARIEDADE DE MUNIÇÃO (POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA); PLEITO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/06 – IMPROCEDÊNCIA – CRIME DE TRÁFICO PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE SAÚDE E DE ENTIDADE ESPORTIVA – MAJORANTE CARACTERIZADA. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. RECURSO DA TERCEIRA INTERESSADA (APELAÇÃO 1): PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO – IMPROCEDÊNCIA – PERDIMENTO DE VEÍCULO EM FAVOR DA UNIÃO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 62 DA LEI 11.343/06 – PROVA DE UTILIZAÇÃO DO AUTOMÓVEL NA PRÁTICA DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES (TRANSPORTE DA DROGA), O QUE BASTA PARA AUTORIZAR A SUA APREENSÃO E O SEU PERDIMENTO – PRECEDENTE DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 638491). RECURSO DA TERCEIRA INTERESSADA NÃO PROVIDO. (TJPR – 4ª C. Criminal –

0001653-78.2021.8.16.0196 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR - J.  
28.03.2022)

As demais circunstâncias foram consideradas favoráveis ao apelante, sendo estabelecida a pena-base em de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes nem atenuantes, tampouco causas de aumento ou de diminuição de pena, devendo ser mantida a sentença que a fixou em 5 anos de 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Quanto ao crime previsto no art. 273, § 1º-A, inciso I, do Código Penal, com o provimento do recurso defensivo, neste particular, e conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, e a partir dos parâmetros utilizados na sentença, considerando terem lhe sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias do art. 59 do CP, fixo a pena-base em 1 ano de reclusão, e 10 dias-multa, sendo este o quantum definitivo, ausentes agravantes ou atenuantes na segunda fase, bem como inexistentes causas de diminuição ou de aumento de pena.

Considerando ter incorrido o apelante em duas condutas distintas, mediante mais de uma ação, devem as penas ser somadas, nos termos do disposto no art. 69, do Código Penal.

Dessa forma, fica o apelante definitivamente condenado à uma pena de 6 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo. Para fins de estabelecimento do regime inicial de cumprimento da reprimenda, especialmente pela quantidade de pena apurada, mister seja procedida à detração do tempo em que o apelante encontra-se preso preventivamente, consoante preceitua o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com a detração, objetivou-se viabilizar uma progressão de regime antes mesmo da fase executória, beneficiando o condenado que permaneceu preso em razão de custódia provisória. No entanto, a alteração da pena do recorrente, nesta instância recursal, é suficiente para alterar o regime imposto pelo juízo primevo do fechado para o semiaberto, de modo que a análise da detração nesta quadra processual afigura-se inócua.

Nesse sentido, o escólio da Dra. Teixeira<sup>2</sup> em artigo sobre o tema:

Um segundo ponto que merece atenção é o referente ao objetivo da novel legislação: somente ocorrerá a detração penal pelo juiz do processo de conhecimento para fins de progressão de regime de pena.

Isso significa que, nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução, pois o art. 66, III, c, da LEP, não restou alterado pela Lei 12.736/12 nesse particular.

A detração a ser realizada pelo juiz de conhecimento, conforme determinado pela nova lei, é apenas para fins de regime de pena, em relação tão-somente ao início de cumprimento da reprimenda. Se este não for alterado, não pode haver cálculos para diminuir a reprimenda. Nesse caso, o juiz disporá que deixa de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal, vez que o regime não será modificado, não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado.

Logo, deixo de aplicar a detração, porque tal providência é inócua a alterar o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, este já alcançado pela nova dosimetria do crime previsto no art. 273, § 1º-A, inciso I, do Código Penal.

Portanto, quanto ao regime prisional, estabelece-se o semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Deve ser mantida a impossibilidade de substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, por óbice constante no artigo 44, inciso I, do Código Penal (pena superior a quatro anos).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público, e conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa, reconhecendo a inconstitucionalidade da pena de 10 a 15 anos estabelecida para o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do CP, para considerar a pena anterior, de 1 a 3 anos, e multa, precedendo-se à nova dosimetria, para condenar definitivamente a uma pena de 6 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como fixar o regime inicialmente semiaberto, pela prática dos crimes descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, e artigo 273, § 1º-B, inciso I, na forma do artigo 69, caput, caput, ambos do Código Penal.

Documento eletrônico assinado por , Relatora, 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 674434v7 e do código CRC 770739c4. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 14/12/2022, às 10:25:15

1. Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

2. In: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12ea-nova-detracao-penal-juiza-rejane-zenirjungbluth-teixeira>.

0015583-96.2021.8.27.2706

674434 .V7

Documento:674436

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0015583-96.2021.8.27.2706/T0

RELATORA: Desembargadora

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO: (OAB T0009413)

APELADO: OS MESMOS

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DO LAUDO DEFINITIVO APÓS A INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A preliminar de nulidade decorre da alegação de que a defesa não foi intimada para se manifestar a respeito da juntada do laudo definitivo.  
2. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a juntada tardia do laudo pericial não tem o condão de afastar a materialidade delitiva, se houver nos autos laudo provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes.

3. Na hipótese, não se constatou nenhum prejuízo à defesa a prolação da sentença sem a intimação da defesa para manifestar-se sobre a juntada do laudo definitivo, porquanto a materialidade do delito de tráfico de drogas já estava comprovada por meio do laudo preliminar, firmado por perita oficial, idêntico ao definitivo, corroborado pelo conjunto probatório, razão pela qual afasta-se a preliminar aventada.

TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. FUNDAMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM O AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. DEDICAÇÃO AO CRIME.

4. A incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, tem sua aplicabilidade condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no aludido dispositivo, que, se verificados, faz nascer para o acusado um direito público subjetivo com relação à concessão do benefício.

5. Vislumbra-se que o legislador quis beneficiar o chamado "traficante de primeira viagem", prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico um meio de vida.

6. Na hipótese vertente, constatou-se que o acusado possui intensa relação com o tráfico de drogas, notadamente diante da quantidade de entorpecente apreendido (aproximadamente 1kg de cocaína), que, somados aos apetrechos (balança de precisão, plástico filme, rojões) que corroboram a

traficância, notadamente pela identificação de um laboratório para manipular a cocaína, denotam que o sentenciado fazia do tráfico seu meio de vida.

PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DESCRITO NO ART. 273, § 1ºB, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

7. Não há que se falar em absolvição do delito descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, diante da circunstância de que os produtos apreendidos possuem fins terapêuticos e/ou medicinais, sem registro no órgão de vigilância sanitária, bem como sem a comprovação da origem.

8. É dispensável a elaboração de laudo pericial para a comprovação da materialidade delitiva do crime previsto no art. 273, do Código Penal, notadamente se desprovidos de produtos sem o registro junto à ANVISA.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA QUANTO AO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1ºB, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL.

9. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional a pena do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, razão pela qual autoriza a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de droga.

10. Ainda sobre a questão, em sede de repercussão geral, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 979962, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da punição de 10 a 15 anos estabelecida para o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do CP, editando o Tema 1003, com a seguinte tese: "É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa".

11. Recurso provido, no ponto, para redimensionar a pena, consoante a orientação do Supremo Tribunal Federal, para 1 ano de reclusão, e 10 dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

RECURSO MINISTERIAL. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PLEITO MINISTERIAL IMPROVIDO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

12. A incidência do princípio da insignificância é condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) ausência de periculosidade social da ação; (iii) grau de reprovabilidade do comportamento muito reduzido; (iv) inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido (Precedentes do STF e STJ).

13. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, é admitida a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, quando ficar evidenciado o reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

14. No caso em exame, foram apreendidas com o acusado 4 munições intactas de calibre 32 e 3 munições intactas de calibre 28, com capacidade para serem disparadas, inexistindo no mesmo contexto a apreensão de arma de fogo ou circunstâncias de demonstrem a efetiva lesividade da conduta ou que seja o agente dotado de periculosidade.

15. Recurso da ministerial conhecido e improvido. Recurso da defesa

conhecido e parcialmente provido, para redimensionar a pena definitiva do réu para 6 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como fixar o regime inicialmente semiaberto, pela prática dos crimes descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, e artigo 273, § 1º-B, inciso I, na forma do artigo 69, caput, caput, ambos do Código Penal.

#### ACÓRDÃO

A Egrégia 2ª Turma da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público, e conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa, reconhecendo a inconstitucionalidade da pena de 10 a 15 anos estabelecida para o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do CP, para considerar a pena anterior, de 1 a 3 anos, e multa, precedendo-se à nova dosimetria, para condenar definitivamente a uma pena de 6 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como fixar o regime inicialmente semiaberto, pela prática dos crimes descritos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e artigo 273, § 1º-B, inciso I, na forma do artigo 69, caput, ambos do Código Penal, nos termos do voto da Relatora, Desembargadora .

Votaram a acompanhando a Relatora o Desembargador e o Juiz Convocado .  
Palmas, 07 de dezembro de 2022.

Documento eletrônico assinado por , Relatora, 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 674436v5 e do código CRC c0bb7b90. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 15/12/2022, às 12:9:35

0015583-96.2021.8.27.2706

674436 .V5

Documento:674430

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE



Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0015583-96.2021.8.27.2706/T0

RELATORA: Desembargadora

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO: (OAB T0009413)

APELADO: OS MESMOS

#### RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, em face da sentença (evento 78, autos originários) proferida nos autos da ação penal nº 0015583-96.2021.827.2706, em trâmite no Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araguaína, que condenou o primeiro pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas) e art. 273, § 1º-B (depósito de substância sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária), na forma do art. 69, caput, ambos do Código Penal, à pena de 15 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 593 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Segundo a denúncia, no dia 19 de maio de 2021, por volta das 12h, na Rua Vitória Regia, nº 69, Setor Planalto, em Araguaína-T0, manteve em depósito drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, e, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, manteve em depósito, produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais que não possuíam registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (laudo pericial contido no evento 12, do IP). Também no mesmo dia, hora e local supracitados, manteve munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal e regulamentar, no interior de sua residência e dependência desta (laudo pericial previsto no evento 11, do IP).

A denúncia foi recebida no dia 25/08/2021 (evento 14, autos de origem). A sentença foi proferida no dia 21/07/2022, condenando o réu às penas pelos crimes de tráfico de drogas e depósito de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais que não possuíam registro no órgão de vigilância sanitária, absolvendo-o do crime de posse ilegal de munição.

Em suas razões recursais, o Ministério Público requer seja julgada procedente a ação penal também em relação ao crime previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/03 (posse irregular de munição de uso permitido), aduzindo que a fundamentação utilizada pelo magistrado, em razão da quantidade ínfima de munições apreendidas com apelado, não representa mínima ofensividade da ação e ausência de periculosidade social, porquanto a quantidade de 9 munições, especialmente porque cometido no contexto do

tráfico de drogas, tem potencialidade lesiva suficiente para configurar o delito em questão.

Em sede de contrarrazões, a defesa manifestou-se pelo desprovimento do apelo ministerial (evento 104).

Em seu arrazoado, a defesa suscita preliminar de cerceamento de defesa, alegando não ter sido intimada para se manifestar a respeito do laudo definitivo que trazia quantidade de droga inferior à apontada no laudo preliminar de constatação.

No mérito, pretende seja reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, alegando tratar-se de réu primário e não integra nenhuma associação criminosa.

Ainda em tese meritória, pugna pela absolvição quanto ao crime descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, alegando insuficiência de provas na medida em que não foram feitos exames para concluir que os produtos foram falsificados, adulterados ou de alguma forma corrompidos, além do que o órgão ministerial não teria juntado nenhum documento capaz de demonstrar a inexistência de registro em órgão de vigilância sanitária. De forma subsidiária, insurge contra a aplicação da pena pelo crime tipificado no art. art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, aduzindo a inconstitucionalidade da aplicação da pena original para o delito do art. 273, pre do Código Penal, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962/RS, com pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa.

Por fim, requer a aplicação da detração, abatendo-se o tempo de prisão provisória cumprida.

Em sede de contrarrazões (evento 105), o Ministério Público propugnou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo defensivo, apenas para reconhecimento da detração penal.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e parcial provimento da apelação defensiva, tão somente para que seja reconhecida a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, fazendo incidir o efeito repristinatório da redação anterior que previa a pena de 1 a 3 anos de reclusão. Quanto ao recurso ministerial, manifestou-se por seu provimento, para que o réu seja condenado pelo crime de posse irregular de munição de uso permitido (evento 7).

Ao revisor, nos termos do disposto no art. 38, inciso III, alínea "a", do RITJTO.

Documento eletrônico assinado por , Relatora, 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 674430v2 e do código CRC 77bdb797. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 22/11/2022, às 14:30:0

0015583-96.2021.8.27.2706

674430 .V2

Extrato de Ata

ça do

# ESSÃO

7.270

adorna  
rgado

0 PÚB

09413

CÂMAR  
a seg  
O DES  
ER E  
E CO  
O A I  
CRIM  
ENA A  
RA CO  
E 593  
IALME  
DA LE  
69, C

: Des  
dora  
dor