

AO JUÍZO DA Xª VARA DE ENTORPECENTES DO XXXX

Autos nº XXXXXX

FULANO DE TAL e FULANO DE TAL,
já qualificado nos autos, por intermédio da **DEFENSORIA**
PÚBLICA DO XXXXXXXX, com fundamento no art. 600 do Código
de Processo Penal, vem apresentar

RAZÕES DE APELAÇÃO

em face da r. sentença de ID XXXX e, requer, após o
encaminhamento dos autos ao Ministério Público, a remessa dos
mesmos ao Tribunal de Justiça XXXXXX.

XXXXX, datado e assinado
digitalmente.

FULANO DE TAL
Defensor Público do XXXXX

EMÉRITOS JULGADORES DA TURMA CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO XXXXXXXXXXXX

Processo de origem nº: XXXXXXXXXXXXX

Apelante: FULANO DE TAL

Apelado: Ministério Público do XXXXXXXXXXXX

I - BREVE RELATO DOS AUTOS

Os apelantes foram denunciados pelo Ministério Público em razão da suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput* c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006.

O processo seguiu seus trâmites normais, culminando com a r. sentença de ID xxxxxxxx que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o acusado Plinio à pena de **05 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto e 583 dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente para cada dia-multa, e o acusado xxxx à pena de **05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado e 583 dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente para cada dia-multa

Irresignada com a sentença, a Defesa interpõe o presente recurso e apresenta as suas razões recursais.

Em síntese, é o relatório.

II- DAS RAZÕES DE REFORMA

Com a devida vênia, tem-se que a sentença recorrida ultrapassou os liames da razoabilidade e da proporcionalidade, a atrair a reforma por parte deste d. Sodalício, para rever o mérito e o *quantum* de pena imposto.

II.1 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

De forma inaugural, tem-se que os fatos não carregam tipicidade material. Consta do Laudo Preliminar de Perícia

Criminal (ID xxx) e Laudo

Químico ID xxxxx que foi apreendida a massa líquida total de 0,14g (quatorze centigramas), 1,88g (um grama e oitenta e oito centigramas) e 0,78g (setenta e oito centigramas) de cocaína.

Portanto, tem-se uma quantia insignificante de entorpecente, incapaz de causar lesão à saúde pública.

Diante da exígua quantidade de droga apreendida, há de ser reconhecida a atipicidade material da conduta, a desaguar na absolvição dos acusados. Isso porque, em atenção aos princípios da ofensividade e da insignificância, não basta que a conduta se amolde ao tipo formal, sendo imprescindível que a ofensa seja efetivamente lesiva e gravosa ao bem juridicamente tutelado.

Nesse sentido, pedimos vênia para trazer à colação o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no que tange ao quantitativo irrisório de entorpecentes, *mutatis mutandis*:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO
EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O
TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA.
GRAVIDADE

IRRISÓRIA DE	ABSTRATA	QUANTIDADE
DROGAS		

APREENDIDA. (...) 3. **Ademais, a quantidade irrisória de droga apreendida - 8g (oito gramas) de maconha - não é suficiente para demonstrar a periculosidade da recorrente ou a gravidade concreta da conduta, mormente se consideradas suas circunstâncias pessoais.** (...). (RHC 109.822/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019) Grifou-se.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. QUANTIDADE IRRISÓRIA DE DROGAS. PARECER MINISTERIAL - CONCORDANTE. ORDEM CONCEDIDA. (...) 3. **Ademais, a quantidade irrisória de droga apreendida - 5g (cinco gramas) de cocaína e 5g (cinco gramas) de maconha - não é suficiente para demonstrar a periculosidade do paciente ou a gravidade concreta da conduta, mormente se consideradas as circunstâncias pessoais favoráveis do agente.** (...) (HC 466.710/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019). Grifou-se

No Habeas Corpus (HC1275731), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu ordem a uma mulher flagrada com 1g de maconha, por aplicação do princípio da insignificância. Vejamos:

Habeas corpus. 2. **Posse de 1 (um grama) de maconha.** 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. **Pedido de absolvição. Atipicidade material.** 5. **Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância.** 6. **Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem.** 7.

Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material. (HABEAS CORPUS 127.573 SÃO PAULO. RELATOR MIN. GILMAR MENDES. Segunda Turma.11/11/2019

Assim, a fundamentação da d. magistrada de que “ *quantidade não é irrisória, pois foi apreendida em poder dos réus 2,66 gramas de crack, divididas em duas pedras, que serviriam*

à confecção de ao menos 13 (treze) doses unitárias, consoante termo referencial fornecido pelo Instituto de Criminalística”, está dissonante dos posicionamentos acima, uma vez que, até mesmo em situações com o triplo de drogas, os tribunais superiores já se manifestaram pelo afastamento da tipicidade material.

Ademais, **destaca-se que o apelante Plínio é primário, circunstância pessoal favorável que deve ser considerado no caso em concreto.**

A quantidade de insignificante de droga atribuída ao acusado no caso em vertente não apresenta capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, o que revela a atipicidade material da conduta frene ao tipo penal de tráfico de entorpecentes.

Isto posto, **roga-se pela aplicação do princípio da insignificância para absolver os apelantes, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal**

II.2 DA DOSIMETRIA DA PENA. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006

Na **terceira fase** da dosimetria, a magistrada deixou de conceder o direito do tráfico privilegiado previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, ao argumento de que o apelante **Plínio responde, atualmente, outro processo criminal de tráfico de**

drogas e do apelante fulano ser reincidente em delito anterior (roubo).

Quando ao primeiro recorrente (Plínio), há latente violação ao princípio constitucional a presunção de inocência e aos próprios regramentos do §4º, do art. 33, da Lei 11343/06, **já que ele é primário, não tem maus antecedentes, não há prova de que se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, ou seja,** preenche os requisitos para aplicação da causa de diminuição, não havendo que se falar em afastamento por eventual ação penal em curso como sustentou a magistrada

sentenciante.

Ressalta-se **que o apelante Plinio responde a uma única ação penal em curso**, tanto que o juiz de primeiro grau fez constar que “tal circunstância demonstra certa dedicação às atividades criminosa”. **Ora, depreende-se um esvaziamento argumentativa ao sustentar que um ato gera uma “certa” dedicação à atividade ilícita. A aplicação da norma penal não pode se basear em “possibilidades”, mas sim em elementos indubitáveis.**

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO III DO ART. 40, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA OBJETIVA. ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006. CARACTERIZAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 possui natureza objetiva. Logo, independente do fluxo de pessoas ou da ausência de captação de clientes entre os frequentadores do local, incide a majorante quando o tráfico ocorre em praça esportiva. 2. Mostra-se razoável e adequada a adoção do critério objetivo-subjetivo, que considera o intervalo entre a pena máxima e mínima cominada ao tipo para definir o quantum de aumento devido em razão de cada circunstância judicial negativa. 3. O enunciado da Súmula 231, do STJ, não viola o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que somente visa a resguardar a pena mínima estabelecida pelo legislador no preceito secundário da norma penal. 4. Mantém-se a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, quando comprovado o envolvimento de adolescente no crime. 5. **A**

redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ser afastada unicamente por eventuais registros de passagens do réu pela Vara da Infância e Juventude ou pela existência de ação penal em curso, sendo necessária prova concreta de que o acusado adota o crime como meio de vida. 6.

Recurso conhecido e parcialmente provido.
(Acórdão 1278222, 07337051220198070001, Relator: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 27/8/2020, publicado no PJe: 4/9/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifo nosso)

Quanto ao apelante **fulano**, infere-se que a d. magistrada considerou a reincidência para afasta a causa de diminuição de pena e, ao mesmo, utilizou o mesmo fundamento para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

Vale dizer, **verifica-se que o mesmo fato gerador serviu para exasperar a pena intermediária e retirar o benefício do tráfico privilegiado**, em evidente prejuízo do réu. Notório, portanto, o *bis in idem*.

Trata-se de nítida aplicação do direito penal do autor, valorando-se o passado que o indivíduo ostenta e em relação ao qual já recebeu a reprimenda prevista pelo sistema penal. Tal instituto não se encontra em consonância com o direito penal garantidor e sua aplicação.

Assim, o não reconhecimento do tráfico privilegiado com base na reincidência acarreta duplo apenamento sobre um único fato, inadmissível no atual estado democrático de direito.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC

94692/SP decidiu que “a **fixação do *quantum* da causa de diminuição prevista no**

§4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.”

Destaque-se, ademais, que **não se mostra proporcional aplicar uma pena de cinco anos e dez meses de reclusão em razão de um fato envolvendo 2,66 gramas de crack**, situação que não teve o condão de lesionar a saúde pública. Observe-se, ainda, que o recorrente difundiu apenas 0,14g do entorpecente, sendo o restante

apreendido. Assim, não houve uma grave violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, revelando-se a pena concreta aplicada ao apelante desproporcional em relação ao fato apurado. Nesses termos, imperiosa a aplicação da causa especial de diminuição de pena para fins de reconhecimento do tráfico privilegiado, reconduzindo a sanção penal a um patamar compatível com o fato praticado pelo acusado.

Assim, pugna a defesa pela reforma da r. sentença, a fim de que seja aplicada a causa de diminuição de pena no patamar máximo previsto em lei, qual seja, 2/3 ou, ao menos, aplicado no patamar de 1/2, para a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, haja vista que se mostra mais proporcional ao caso concreto.

II.3 DA INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006

Com efeito, em **terceira fase** da dosimetria da pena, a douta juíza aplicou a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, majorando a pena em um sexto, sob o fundamento de que os fatos teriam ocorrido nas imediações

“Colégio Claretiano e da Praça do Relógio, em Taguatinga, aproveitando-se do intenso fluxo de pessoas no local, conforme exposto pelos policiais”.

Conforme narrado na denúncia, os fatos teriam ocorrido no dia 23 de setembro de 2021, por volta das 19h30, nas proximidades de um estabelecimento de ensino.

De acordo com o que restou documentado, não há elementos concretos nos autos a indicar que, no momento dos fatos, havia trânsito de alunos e funcionários da escola, inclusive por supostamente os fatos terem ocorrido à noite, após as 19h30, conforme descrito acima.

Também não se podem esquecer as medidas para conter a pandemia de COVID-19, entre elas, a proibição de aglomerações. Tais circunstâncias, por si só,

são suficientes para afastar a incidência da causa de aumento, **tendo em vista que a situação excepcional de pandemia de COVID-19 e de isolamento social tornaram impossível o aproveitamento de eventual aglomeração resultante do pretense fluxo de pessoas nas proximidades de estabelecimento escolar.**

Como sabido, não há que se falar em aplicação objetiva da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da LAD, **sendo imprescindível a comprovação de que o agente valeu-se do fluxo de pessoas para promover a difusão ilícita com maior facilidade.**

Nesse sentido, leciona o professor Cleber Masson (Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais. 2ª edição. Grupo GEN, 2021, página 182/184):

“Em desfecho, note-se ser possível, excepcionalmente, a prática do delito nas

imediações dos locais indicados no inc. III do art. 40 e, ainda assim, não ser factível a aplicação da majorante (não obstante a sua natureza objetiva). Isso se dará quando as circunstâncias não indicarem ter havido “aproveitamento do grande número de pessoas ou não ter ocorrido exposição dos frequentadores à atividade do comércio ilegal”, tal como na situação em que X vende droga para Y, nas proximidades de uma escola, às quatro horas da manhã, sem mais ninguém por perto, ou, ainda, diante da prática do delito em dia (domingo) e horário (madrugada) em que o estabelecimento de ensino não esteja em funcionamento, dada a ausência da ratio legis da norma em exame. Para a aplicação da majorante, portanto, é fundamental que se verifique um aproveitamento da aglomeração.”

Ao tratar do inciso III do artigo 40 da LAD, Renato Marcão (TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: anotada e interpretada. 10a edição. Saraiva, 2015, página 220/221) ensina:

“É necessário que com a prática ilícita o agente vise qualquer dos locais listados no dispositivo supracitado, cuja incidência reclama um agir dolosamente (ainda que eventual); requer a

finalidade de alcançar as pessoas que frequentam qualquer daqueles locais determinados. A simples proximidade física ou geográfica, sem relação com a prática do crime, não autoriza a aplicação da causa de aumento, até porque algumas vezes poderá ocorrer que o agente nem mesmo saiba estar nas imediações de um daqueles locais referidos no inciso III, e diante de tal quadro reconhecer a causa de aumento implicaria responsabilidade penal objetiva.”.

A aplicação da majorante na forma adotada pela r. sentença objurgada vai de encontro com o entendimento consolidado do e. Superior Tribunal de Justiça, conforme emerge dos seguintes arestos:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PERPETRADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA.

PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

2. Como, na espécie, não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao paciente com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino - o ilícito foi perpetrado, tão somente, em um domingo, de madrugada - e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do

caso concreto, ser afastada a incidência da referida majorante.

(...)

(HC 451.260/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI

CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe

21/08/2018)”. Destaquei.

No mesmo sentido, recente julgado dessa respeitável Casa de Justiça:

Tráfico de drogas. Provas.
Depoimento de policiais.
Reconhecimento. Provas. Menoridade relativa.
Causa de aumento e de diminuição. Restituição
de coisa apreendida. [...]

4 - Se o tráfico ocorreu próximo a estabelecimento de ensino, num sábado, por volta das 16 horas -- horário em que a escola está fechada e não há movimento de estudantes --, deve ser afastada a causa de aumento do art. 40, III, da LAD.

[...]

9 - Apelação provida em parte.

(Acórdão 1276478, 07167206520198070001,

Relator: JAIR

SOARES, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 20/8/2020, publicado no PJe: 1/9/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Da análise detida dos autos, verifica-se que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de comprovar que o apelante teria se beneficiado do fluxo de pessoas proveniente daquele local para difundir ilicitamente a droga com mais facilidade.

Relembre-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exige que, para que haja a incidência da referida causa de aumento, é necessária a comprovação de que o agente se utilizou do maior fluxo de pessoas para realizar a difusão ilícita, não havendo que se falar em aplicação objetiva do art. 40, inciso III, da LAD.

Ao se proceder à interpretação crítica e ontológica da norma recai

evidente que intenção do legislador ordinário foi punir com mais rigor o autor que, aproveitando-se do trânsito de pessoas

que ocorre nas imediações de locais de trabalho coletivo, de ensino, de prática de atividades religiosas, sociais, culturais, recreativas e esportivas, busca atingir um maior número de compradores aumentando, assim, seu lucro.

Tal hipótese não foi comprovada nos presentes autos, **merecendo reforma a r. sentença de piso, para glosar da reprimenda o aumento decorrente da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06.**

III- DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a Defesa requer que o recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença, a fim de de:

a) Aplicar o princípio da insignificância para absolver os réus, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

b) aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços) ou, ao menos, aplicado o patamar de 1/2, haja vista que se mostra mais proporcional ao caso concreto;

c) afastar a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006;

d) fixar regime mais brando de cumprimento da pena.

Fulano de tal

Defensor Público do
XXXXXXXXXX