

**AO JUÍZO DA TERCEIRA VARA DE ENTORPECENTES DO
XXXXXXX**

Autos nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX0

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

**RAZÕES DE
APELAÇÃO**

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

XXXXXX, datado e assinado digitalmente.

XXXX
**Defensor Público do
XXXXXXXXXX**

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

Processo de origem nº:

XXXXXXXXXXXXXXXXX Apelante:

FULANO DE TAL

Apelado: Ministério Público do XXXXXXXXXXXXXXXX

I - BREVE RELATO DOS AUTOS

O apelante foi denunciado pelo Ministério Público em razão da suposta prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006 e art. 180, caput, do CP.

O processo seguiu seus trâmites normais, culminando com a r. sentença de ID XXXXXXXXXXXX que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o recorrente à pena total (após concurso material) de **11 anos, 08 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado e 893 dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente para cada dia-multa.

Após, a Defensoria Pública opôs embargos de declaração alegando erro material na dosimetria da pena (ID XXXXXXXX), o que foi sanado pela d. magistrada no ID XXXXXX, reduzindo, por consequência, a pena total para **10 anos, 05 meses e 18 dias de reclusão**. Separadamente, o delito previsto no art. 180, caput do CP, restou fixado a pena de 01 ano, 08 meses e 18 dias; já o delito de tráfico teve a pena isolada de 08 anos e 09 meses de reclusão.

Irresignada com a sentença, o réu interpôs recurso no ID XXXXXXXX e, nesse momento, a defesa técnica 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 está contrária à prova produzida nos autos, a atrair a reforma por parte deste d. Sodalício, para rever o mérito processual e a dosimetria da pena.

II.1 DA ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS E DA CONSEQUENTE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28, DA LEI 11343/06.

De pronto, **requer a defesa a absolvição pelo delito de tráfico de drogas e desclassificação da conduta para o porte de droga para consumo pessoal**, na medida em que não foi produzida qualquer prova de que o apelante tivesse a intenção de difundir ilicitamente a droga apreendida.

Segundo restou assentado na norma individual condenatória, o que foi feito em alinhamento com a denúncia, o ora apelante, juntamente com a corré, vendeu para suposta usuária pequena porção de crack. Ainda, trazia consigo 0,12 g de crack, que conforme sentença restou comprovado que seria para difusão ilícita.

Inicialmente, **as filmagens anexadas ao processo não foram capazes de demonstrar, com a segurança necessária para uma condenação, que o denunciado vendeu drogas no local**. Ademais, a suposta usuária citada na denúncia não foi ouvida no curso da instrução criminal.

Outrossim, a suposta usuária não mencionou, em

momento algum, que adquiriu droga do recorrente. Disse em sede policial apenas que adquiriu “*a porção de crack na C 09, de uma mulher de camiseta e short.*” (ID n. XXXXXX - pág. 4). **Somado a isso, sequer foi realizado qualquer tipo de reconhecimento na delegacia.**

A construção que a d. magistrada fez, pautada, precipuamente, no depoimento dos policiais, é de que a corré vendia drogas a mando do ora apelante e, na sequência, entregava o dinheiro para ele. Porém, isso não restou provado nos autos.

Como mencionado, **as filmagens não demonstram com robustez que o ora apelante entrega alguma droga para a corré, se ela entrega dinheiro para ele e, muito menos, que ela entrega algo para a suposta usuária.** Ademais, dos 6 vídeos anexados aos autos, 4 são iguais (414, 415, 418 e 419).

Assim, ao fundamentar que *“é verdade que a usuária não mencionou os nomes dos Réus, bem como não foi realizado reconhecimento na delegacia. Contudo, ela revelou que adquiriu a droga que tinha consigo momentos antes de sua abordagem de uma mulher desconhecida que trajava camiseta e short. De outra banda, a ré XXXXX, que usava as vestimentas descritas pela usuária, foi vista pelos policiais realizando a troca de objetos com a XXXXX e com outros usuários que não chegaram a ser abordados. E mais, os policiais viram XXXXX entregando objetos de tamanho compatível com droga a XXXXX antes das movimentações por ela realizadas com os usuários, a qual, depois dessas movimentações entregava dinheiro a XXXXX,* tem-se que a d. magistrada demonstra inicialmente a fragilidade probatória de forma concreta, mas, na sequência, por intermédio de conclusões hipotéticas, assenta o envolvimento do recorrente na suposta traficância.

O recorrente, na verdade, **é usuário de drogas e deixou isso expresso em seu depoimento judicial,** relatando com detalhes a forma como usa, seja individual ou coletivamente. Alegou que:

“Alguns fatos são verdadeiros; chegou no Centro de Taguatinga por volta de 10h da manhã; trabalha na Ceilândia vendendo água e vai para o Centro de

Taguatinga para curtir com as amigas que usam drogas; foi curtir com XXXXX e as outras; XXXXX **é sua amiga; ficaram usando drogas em um hotel que tem no local; tinha levado um pedaço de droga;** XXXXX já tinha a dela; além de XXXXX, tinha outra pessoa; estavam os três; depois foram para a praça; não quiseram mais ficar no hotel porque estavam com pouco dinheiro para pagar; conhece XXXXX,

*ela mora perto da sua casa no P Sul; encontrou XXXXX no dia dos fatos; não sabe em que momento XXXXX chegou, mas foi na hora que estavam na praça; ela não queria nada consigo; ela lhe pediu droga, mas não tinha mais; tinha só um pedaço; ela ficou conversando com XXXXX e depois sumiu; **não passou droga para XXXXX e não recebeu dinheiro dela**; depois disso, foram abordados; não estava com XXXXX no momento da abordagem; encontraram consigo o celular e o dinheiro; **dispensou uma pedra de crack que era para seu uso**; quando XXXXX se aproximou tinha droga, mas não quis dar a ela; tinha quase R\$100,00; a **origem do dinheiro era das vendas da água**; o celular foi sua namorada quem lhe deu; ela é usuária de drogas e mora em Taguatinga; ela lhe deu o celular uns dois meses antes da prisão; não comprou o celular na Feira do Rolo; tem várias passagens por furto e uma de tráfico; já foi condenado; conhecia os policiais do local; anda no local desde 2012; nunca teve problemas com eles”.*

Assim, tem-se a ausência de certeza quanto a destinação da substância, vale dizer, se era para difusão ilícita, já que o apelante expressamente sustentou que era para uso próprio. Além disso, a acusação **dispensou a oitiva da suposta usuária (ID XXXXXXXXXXXX), ou seja, descartou o arranjo probatório central, que, possivelmente, teria o condão de dar base ao que acusa. Não o fazendo, assume o risco de seu comportamento.**

Em relação à quantidade da droga, que o recorrente veementemente alegou que era para consumo próprio, conforme laudo de ID XXXXXX, era de pequena quantidade, aproximadamente, 1,35 grama de cocaína, **compatível, portanto, com a destinação para uso próprio.** Além disso, a droga encontrada não estava fracionada e não havia objetos para fracioná-la no interior do veículo, fato que comprova que o objetivo era o uso pessoal e não a difusão ilícita.

Com efeito, a jurisprudência pátria já sedimentou o entendimento de que, para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, deve-se atentar à natureza e à quantidade da

droga apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação. **Neste contexto, trata-se de exclusivo propósito de uso de substância.**

As provas acostadas aos autos, portanto, não permitem uma ponderação

definitiva acerca da destinação da droga amealhada. Do cotejo de tais excertos com os demais subsídios coligidos aos autos, a possibilidade de porte para consumo pessoal exsurge extremamente plausível.

***In casu*, nota-se que não há indícios mínimos de que a droga se destinava à difusão ilícita. Muito pelo contrário, todas as circunstâncias apontam para o exclusivo fito de uso da substância coletada.** Em suma: nos autos nada há de concreto a apontar para suposta ocorrência de traficância. De rigor, portanto, a imediata desclassificação.

Como se vê, não há prova da intenção de difundir a droga ilicitamente, motivo por que se impõe a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. QUADRO FÁTICO DELINEADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MANTIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. 1. A

sentença julgou parcialmente procedente a ação penal, para desclassificar a acusação do art. 33, caput, para o art. 28, da Lei nº 11.343/2006 e, por consequência, declarou extinta a punibilidade (art. 107, IV - CP, e art. 30 da Lei nº 11.343/2006; e, por outro lado, condenou o imputado a 1 (um) ano e 15 (quinze) dias de detenção e 10 (dez) dias-multa, nos termos do art.12 da Lei nº 10.826/2003, em regime inicial semiaberto. 2. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso da acusação para condenar o paciente a 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 729 dias-multa, nos termos do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; e a 1 ano e 15 dias de detenção, no regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, nos

termos do art. 12 da Lei 10.826/2003, em concurso material. 3. **Mantido o quadro fático reconhecido pelas instâncias ordinárias, é cabível nova interpretação jurídica por esta Corte para reconhecer a ausência de mínima prova de vinculação do paciente em relação à prática do tráfico de drogas.**

concluindo-se que os fundamentos utilizados pelo Tribunal local para reconhecer que o réu praticou tal ilícito não se mostraram concretos, mas meramente dedutivos, mormente se considerados os depoimentos dos agentes policiais, que nada afirmaram nesse sentido, e, outrossim, a quantidade de droga apreendida (190,28 gramas de maconha).

4. Habeas corpus concedido para restabelecer a sentença na qual a acusação do art. 33, caput, foi desclassificada para o art. 28 da Lei 11.343/2006. (HC 673.624/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 11/10/2021) (Grifos nossos)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE ARMA. CONDENAÇÃO. RECURSO DO RÉU. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRORROGAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PROVAS DA TRAFICÂNCIA. IN DUBIO PRO REO. DOSIMETRIA. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

2. Não havendo provas inequívocas da prática do crime de tráfico, até mesmo porque a Polícia estava investigando outro delito, de homicídio em desfavor do réu, somente a apreensão de 2g gramas de cocaína e de 4g de maconha em residência de pessoa que se diz usuário de drogas, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo, tem-se como razoável a desclassificação da conduta do tráfico para a do delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, isto é, de uso de drogas. [...]

5. Preliminar afastada. Recurso conhecido e parcialmente provido. Extinta a punibilidade do réu em relação ao crime de uso de drogas, com expedição de alvará de soltura somente para o delito previsto na Lei de Repressão a Entorpecentes. Maioria. (TJDFT, Acórdão 1245309, 00009178320198070001, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 23/4/2020, publicado no

Sobre a temática, é o magistério de PAULO RANGEL e CARLOS

ROBERTO BACILA¹, sobre o tema: *“Na dúvida insuperável sobre a finalidade da posse da droga, deve-se interpretar no sentido mais favorável ao réu. **Se o réu portava pequena quantidade de drogas, não conseguiu demonstrar que o destino era para uso próprio, mas também nada se provou que a finalidade era para o tráfico, a dúvida deve favorecer o réu como decorrência direta da aplicação do princípio do in dubio pro reo.**”* (grifo nosso)

Assim, diante de tantos indícios que demonstram que o apelante não se dá a prática do tráfico de entorpecentes e considerando que qualquer processo criminal só resultará na condenação se houver um juízo de certeza absoluta, mostra-se imperiosa a absolvição do denunciado quanto ao crime de tráfico e a desclassificação para o tipo do art. 28 da Lei. 11.343.

II.2 DA IMPUTAÇÃO PREVISTA NO ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. Absolvição. Não comprovação do dolo direto. Subsidiariamente. desclassificação da conduta para receptação culposa.

Em síntese, a d. magistrada condenou o recorrente sob a alegação de que compete aos réus, em delitos dessa tipificação, comprovar a origem lícita do bem, ou seja, espécie de inversão do ônus probatória. Ainda, mencionou a necessidade de estar presente o elemento subjetivo do tipo, assentando que “no caso em concreto, as circunstâncias comprovam que o Acusado conhecia a origem ilícita do bem”.

Todavia, tal decisão carece de reforma.

O Apelante, durante interrogatório, aduziu que “*o aparelho celular encontrado em sua posse foi doado por sua namorada aproximadamente dois meses antes dos fatos, inferindo-se, portanto, que ele desconhecia que o bem era produto de crime.*” Por sua vez, os policiais ouvidos

¹ Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 105

não esclareceram as circunstâncias em que o aparelho celular foi adquirido pelo réu.

No contexto acima apresentado, verifica-se que não foram apresentadas provas seguras de que o réu tivesse conhecimento sobre a origem ilícita do aparelho celular. Ressalte-se que o art. 180, caput, do Código Penal que: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, **coisa que sabe ser produto de crime** ou influir para que terceiro, de boa fé, a adquira, receba ou oculte” (grifos nossos).

Portanto, da leitura do dispositivo legal acima transcrito, conclui-se que a receptação simples admite apenas o dolo direto. Vejamos o magistério de GUILHERME DE SOUZA NUCCI² a respeito do tema:

Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, que é a nítida intenção de tomar, para si ou para outrem, coisa alheia originária da prática de um delito. Além disso, deve-se destacar outra particularidade deste tipo penal: **no contexto das duas condutas criminosas alternativas (‘adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar’ e ‘influir para que terceiro a adquira, receba ou oculte’) somente pode incidir o dolo direto, evidenciado pela expressão ‘que sabe ser produto de crime’.**” (grifos nossos).

Importante ressaltar que o pensamento majoritário é no sentido de que incumbe à acusação provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva (tipicidade e autoria), cabendo à defesa a prova quanto a eventuais fatos impeditivos e extintivos do crime. Nesse contexto, ainda que se siga o errôneo entendimento no sentido de que ônus da prova sobre o desconhecimento da origem criminosa do bem compete ao apelante, tal fato não desincumbe o Ministério Público de provar com segurança a existência do dolo direto do agente (que integra a

tipicidade), especialmente diante da norma prevista no art. 156 do Código de Processo Penal e do princípio do in dubio pro reo. Vejamos precedentes do TJDFT nesse sentido:

² Código Penal Comentado, 11^a edição, São Paulo: Editora RT, pág. 87

PENAL. RECEPÇÃO. SENTENÇA
ABSOLUTÓRIA. RECURSO ACUSATÓRIO.
DOLO NÃO COMPROVADO.

SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Réu absolvido da acusação de infringir o artigo 180, § 1º, do Código Penal, por não ter sido provado que tivesse conhecimento da procedência ilícita do automóvel que dirigia. Ele alegou que era mecânico e que receberia o carro para consertar. 2. No crime de receptação inverte-se o ônus da prova, cabendo ao acusado demonstrar a boa-fé aquisitiva quando flagrado na posse de um carro roubado ou furtado, **mas isso não isente o órgão da acusação demonstrar as circunstâncias sob as quais se pudesse presumir a ciência da procedência espúria. Tal não ocorrendo, cabe aplicar o princípio do in dubio pro reo, sendo preferível absolver um provável culpado do que condenar um possível inocente.** 3. Apelação desprovida.” (Grifos nossos). (Acórdão n.845702, 20140610029425APR, Relator: MARIO MACHADO, Relator Designado:GEORGE LOPES LEITE, Revisor: GEORG LOPES LEITE, 1ª Turma

Criminal, Data de Julgamento: 22/01/2015, Publicado no DJE: 05/02/2015. Pág.: 95)

Portanto, mostra-se necessária a absolvição do denunciado, quanto à imputação de receptação, com fundamento no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal (insuficiência de provas quanto ao dolo direto). Subsidiariamente, requer-se a desclassificação da conduta para receptação culposa, pois não houve prova segura quanto ao dolo direto, mas apenas teria sido evidenciada a aquisição do aparelho celular nas circunstâncias previstas no § 3º do art. 180 do Código Penal (“Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso”).

III- DA DOSIMETRIA

***III.1 DA EXASPERAÇÃO EXCESSIVA DA PENA-BASE:
DO INCREMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA
NA PROPORÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA
MÍNIMA COMINADA AO***

CRIME PARA CADA AVALIAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

No que tange aos delitos de tráfico e receptação, a magistrada *a quo* valorou, excessivamente, a pena-base do apelante diante do reconhecimento de 1 (uma) circunstância judicial negativa (maus antecedentes). Vejam:

“Sendo assim, atenta a análise de suas circunstâncias judiciais, das quais uma não lhe é favorável, e o acréscimo de 12 meses e 100 dias-multa para cada circunstância desfavorável (fruto da divisão entre o lapso da pena máxima e mínima, dividido pelas 10 circunstâncias judiciais - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, circunstâncias, motivos, consequências, natureza, quantidade e diversidade), fixo-lhe a pena base acima do mínimo legal em **06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.**”

“Sendo assim, atenta a análise de suas circunstâncias judiciais, das quais uma não lhe é favorável, **e o acréscimo de 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias**, para cada circunstância desfavorável (fruto da divisão entre o lapso da pena máxima e mínima, dividido pelas 08 circunstâncias judiciais - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, circunstâncias, motivos, consequências e comportamento da vítima)”.

Com a devida vênia, o aumento de pena acrescido pela magistrada diante de 1 (uma) circunstância judicial negativa no patamar de 12 meses (tráfico) e 04 meses e 15 dias (receptação) é desarrazoado. Isso porque o aumento de pena se deu em uma fração superior a 1 / 6 (um sexto) da pena mínima, não respeitando a jurisprudência consolidada deste Eg. tribunal.

Ainda que se considere o apelante merecedor das referidas avaliações negativas de suas circunstâncias judiciais, deve-se limitar o aumento da pena- base a 1/6

(um sexto) para cada uma das circunstanciais, como já decidiu o TJDFT.

A jurisprudência do eg. Tribunal de Justiça do XXXXXXXX, com base em orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que o acréscimo a ser

utilizado para cada circunstância judicial negativa deve ser de 1/6 (um sexto), a partir da pena mínima em abstrato, conforme se verifica nos seguintes julgados:

[...] **5. O Superior Tribunal de Justiça passou a considerar proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, para cada circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria, salvo se houver fundamento específico para a elevação em "quantum" superior.** 6. Recurso parcialmente provido. (TJDFT, Acórdão 1246042, 07135248720198070001, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 30/4/2020, publicado no PJe: 12/5/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

[...] **3. Em razão de não existirem regras objetivas ou critérios matemáticos para a exasperação da pena, tampouco fração indicada na lei para a fixação da pena-base, a jurisprudência utilizava a fração de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima do preceito secundário do tipo penal para cada circunstância judicial valorada de forma negativa. No entanto, em julgados recentes, o colendo Superior Tribunal de Justiça passou a considerar proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, salvo se houver fundamento para a elevação em fração superior, sendo recomendável observá-la.** (TJDFT, Acórdão n.1150657, 20171510024228APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 07/02/2019, Publicado no DJE: 14/02/2019. Pág.: 290/310). Grifou-se

Dessa maneira, requer-se a reforma da decisão recorrida que se exaspere a pena-base em 1/6 (um sexto), a partir da pena-base, para cada circunstância judicial avaliada negativamente.

III.2. DA INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE DO ART.

40, III, DA LEI Nº 11.343/2006.

Ainda, requer seja dado provimento ao recurso, para decotar do cálculo da pena o incremento decorrente da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40,

III da Lei 11.343/2006.

Com efeito, em terceira fase da dosimetria, a douta juíza aplicou a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, aumentando a pena em 1/6 (um sexto), sob o fundamento de que a infração em tela foi cometida nas proximidades do Colégio CEMEIT e da escola de efeitos visuais GRACOM.

De acordo com o que restou documentado, não há elementos concretos nos autos a indicar que, no momento dos fatos, havia trânsito de alunos, inclusive por supostamente os fatos terem ocorrido no pico da pandemia, mais precisamente no dia 01 de dezembro de 2020.

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 pretenso 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 se valeu do fluxo de pessoas para promover a difusão ilícita com maior facilidade.

Segundo o reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça a incidência da referida causa de aumento não prescinde da comprovação de que o agente se valeu do maior fluxo de pessoas para dar vazão à difusão ilícita, não bastando que o indivíduo tenha apenas praticado o fato em local descrito no art. 40, inciso III, não havendo que se falar em aplicação objetiva da majorante.

A aplicação da majorante 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)" Grifou-se.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO
ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO
DA PENA. ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº
11.343/2006. INFRAÇÃO COMETIDA
NAS IMEDIAÇÕES
DE ESTABELECIMENTO DE
ENSINO EM UMA MADRUGADA DE
DOMINGO. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE

UMA AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS À
ATIVIDADE CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO
TELEOLÓGICA. AFASTAMENTO DA
MAJORANTE.

[...] 3. **Na espécie, diante da prática do delito em dia e horário (domingo de madrugada) em que o estabelecimento de ensino não estava em funcionamento, de modo a facilitar a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração**

de pessoas, não há falar em incidência da majorante, pois ausente a ratio legis da norma em tela. [...] (REsp 1719792/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018) Grifou-se.

No mesmo sentido, pedimos vênia para trazer a colação recente julgado dessa Respeitável Casa de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. CRACK. DOIS RÉUS. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO ARTIGO 42, DA LAD. ANÁLISE CONJUNTA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. PANDEMIA CONVID 19. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. O princípio da insignificância não incide para os delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato que tutela bem jurídico imaterial, a saúde pública. 2. Não há falar em absolvição quando as provas dos autos são fartas e robustas a comprovar, suficientemente, a autoria dos delitos imputados a ambos os réus. 3. Depoimentos extrajudiciais, não repetidos em Juízo, não podem, isoladamente, ser utilizados como fundamento da condenação; no entanto, podem somar-se às provas produzidas em Juízo, no caso, os depoimentos das testemunhas policiais, para corroborar o arcabouço probatório e confirmar a decisão condenatória. 4. A palavra dos agentes públicos, no que toca às funções que desempenham nessa condição, goza de presunção de veracidade, motivo pelo qual apresenta relevante força probatória, ainda mais quando confirmadas pelos demais elementos

carreados aos autos, e somente é derogável por provas contrárias, o que não ocorreu na espécie. 5. As circunstâncias judiciais especiais do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 (natureza e quantidade) devem ser analisadas conjuntamente, na primeira fase da dosimetria do

crime de tráfico, como único vetor. Embora seja relevante a natureza da substância apreendida, crack/cocaína, entorpecente de alto potencial ofensivo, não se pode afirmar que a quantidade é vultosa a ponto de justificar a majoração da reprimenda em razão da incidência da causa especial de aumento de pena trazida no artigo 42 da Lei de Drogas. 6. Em que pese a norma do artigo 42, inciso III, da LAD possua caráter objetivo, **é impossível afirmar-se que a conduta dos réus tinha potencialidade para atingir estudantes ou frequentadores da escola próxima, pois o local não estava sendo frequentado por ninguém, haja vista que todos os estabelecimentos escolares do Distrito Federal estavam fechados por força do Decreto nº 41869/2021-DF, em razão da excepcional situação de pandemia Covid-19.** 7. Recursos parcialmente providos. (Acórdão 1672821, 07054853320218070001, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 2/3/2023, publicado no PJe: 14/3/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

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. (TJDFT07167206520198070001 Relator Des. JAIR SOARES Publicado no PJe : 01/09/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) Grifou-se.

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”. Grifou-se.

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”. Grifou-se.

Vale notar que **o Ministério Público não se desincumbiu do ônus provar o fluxo de pessoas no dia dos fatos, não havendo que se falar na aplicação objetiva da causa de aumento de pena**, à míngua da prova de que o apelante teria se beneficiado da movimentação de pessoas para difundir ilicitamente a droga com mais facilidade.

Tal hipótese não foi comprovada nos presentes autos,

inexistindo campo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06.

À todas as luzes, a d. magistrada sentenciante não andou bem ao promover o aumento de pena previsto no art. 40, III da Lei 11.343/2006, impondo-se a glosa da exasperação decorrente de tal majorante.

IV- DOS PEDIDOS

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

a) A absolvição do delito de tráfico de drogas. Residualmente, a desclassificar a conduta para a prevista no art. 28, da Lei 11343/06.

b) A absolvição do delito previsto no art. 180, caput, do CP. Subsidiariamente, a desclassificação da conduta para receptação culposa.

c) Em caso de manutenção da condenação, requer, na dosimetria, a reforma na primeira fase. Ainda, requer o decote da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11343/06, no que tange ao delito de tráfico.

XXX, datado e assinado digitalmente.

XXXXXXXXXXXXX

Defensor Público do
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

