

AO JUÍZO DA X VARA DE ENTORPECENTES DO XXXXXXXXXX

Autos nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

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 proferida (ID xxxxxxxx), pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

Requer, após a intimação do Ministério Público, a remessa dos autos ao Egrégio TJDF, nos termos do rito previsto.

xxxxx, na data da assinatura eletrônica.

Fulao de tal
Defensora Pública

**EMÉRITOS JULGADORES DA TURMA CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO xxxxxxxxxxxxxxxx**

**Colenda Turma,
Nobre Relator(a),**

1.DA SÍNTESE DOS FATOS E DO PROCESSO

O apelante foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

A denúncia descreve que, no dia 12 de novembro de 2022, por volta das 00h30min, na LUGAR X, o denunciado, com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, supostamente **tinha em depósito/ transportava**, para fins de difusão ilícita, 48 (quarenta e oito) porções de cocaína, acondicionadas em segmento de plástico/papel- alumínio, com massa bruta de 20,3g (vinte gramas e três centigramas), 01 (uma) porção de cocaína, acondicionada em sacola plástica, com massa líquida de 182,39g (cento e oitenta gramas e trinta e nove centigramas), conforme Laudo Pericial Preliminar nº xxxxx (ID xxxxx).

O processo seguiu seu trâmite normalmente, e, finda a instrução, o Ministério Público apresentou Alegações Finais (ID. xxxx), requerendo a condenação nos exatos termos da denúncia.

Os autos vieram à Defensoria Pública, que apresentou alegações finais na forma de memoriais (ID xxxxx).

Após, o apelante foi condenado pela prática do delito previsto no art. do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, **à pena de 10 (dez) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 1021 (xxxxxxxxxx) dias-multa, em regime inicial fechado.**

Intimado, o acusado interpôs apelação (ID xxxxxxxxxxxx). Vieram os autos

à Defesa para apresentação das respectivas razões.

É o relatório.

2.DO MÉRITO

2.1. DA ILEGALIDADE DA BUSCA VEICULAR E DOMICILIAR

Em que pese a prolação da r. sentença condenatória, a Defesa requer sua reforma por discordar da condenação imposta, conforme passaremos a demonstrar.

Encerrada a instrução processual, o arcabouço probatório arregimentado nos autos não se apresentou suficiente para embasar a edição de um édito condenatório.

Da leitura dos autos, **é notória a ilicitude da busca realizada no carro e no domicílio empreendida no dia da prisão, uma vez que as circunstâncias fáticas descritas indicam pela ilegalidade na busca veicular e no ingresso na residência, sem mandado judicial autorizativo e ausente situação de flagrância.**

Narra a denúncia que o réu, no dia 12 de novembro de 2022, por volta das 00h30min, na LUGAR X, com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, TINHA EM DEPÓSITO TRANSPORTAVA, para fins de difusão ilícita, 48 (quarenta e oito) porções de cocaína, acondicionadas em segmento de XXXXXXXXX, com massa bruta de 20,3g (vinte gramas e três centigramas), 01 (uma) porção de cocaína, acondicionada em sacola plástica, com massa líquida de 182,39g (cento e oitenta gramas e trinta e nove centigramas), conforme Laudo Pericial Preliminar nº 61.780/2022 (ID: XXXXXXXXX).

O réu, quando ouvido em juízo, afirmou que é usuário de drogas e que os entorpecentes encontrados pelos policiais seriam destinados ao consumo pessoal.

Usaria a quantidade encontrada em 30 dias. Usa entre 3 a 5 gramas por dia, que corresponde a quantia entre 15 e 20 pedras de crack. Usava a droga no serviço e em casa. No momento em que foi abordado, estava voltando para casa após ter ido até a feirinha do Paranoá até usar droga. Usava droga a cada 30 minutos. **O uso da droga não atrapalhava seu serviço com ferragens.**

Não sabe o motivo de ter sido abordado pela polícia. O carro era de sua ex-mulher. **Não autorizou a entrada dos policiais em sua residência e não informou que existiriam drogas na residência.** Os policiais usaram sua chave para entrar na residência. Deixou seus filhos de 7 e 4 anos com sua sobrinha de 17 anos na residência. Está com a guarda de seus filhos.

Ouvido em juízo, o policial Arthur declarou que estava em patrulhamento no dia dos fatos. **Visualizaram um veículo que realizou movimento suspeito ao mudar de direção após a aproximação da viatura.** Se aproximaram do veículo e reconheceram o condutor como um indivíduo de quem já possuíam informações sobre o tráfico na região. Pelo que se recorda, ao efetuarem a busca no carro, encontraram cerca de 40 porções de crack embaladas em papel-alumínio. **O réu negou guardar drogas em casa** e autorizou a entrada dos policiais na residência. Na companhia do réu, foram até a residência e encontraram um tablete de crack dentro do saco de ração de cachorro. Não se recorda de ter encontrado balança ou dinheiro. Os irmãos do réu estavam no lote. **No interior do lote existiam três casas. A abordagem aconteceu meia-noite.** Costuma abordar indivíduos que realizam movimentações suspeitas ao serem percebidos pelo policial.

Do depoimento dos policiais, depreende-se que ambos informaram que o réu estava dirigindo e realizou uma manobra de mudança de direção interpretada pelos policiais como uma tentativa de evitar a viatura, motivo pelo qual resolveram abordá-lo.

Em atenção à justificativa utilizada pelos policiais para abordar o réu, verifica-se que é absolutamente ilógico abordar todos indivíduos que venham a cometer imprudências ou mudem de direção durante a condução de veículos.

Portanto, presume-se que a abordagem possui relação com fatores que extrapolam a conduta do réu durante os momentos que antecederam a abordagem. Não é de se esperar que tal ação policial aconteça de forma recorrente, sem que existam indícios da

prática de crime.

A abordagem ocorreu a partir de mera suposição baseada em critérios subjetivos exteriorizados como a ideia de uma suposta “atitude suspeita”, sem qualquer outro elemento que fundamentasse a abordagem e a busca pessoal e, posteriormente, a busca domiciliar.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, traz entendimento no sentido de declarar a ilegalidade da busca pessoal e veicular realizada mediante justificativas que afrontam os ditames do art. 244 do Código de Processo penal, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. MENÇÃO GENÉRICA A "ATITUDE SUSPEITA". AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA DA POSSE DE CORPO DE DELITO. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais e apresentou as seguintes conclusões: "**a) Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.** b) Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à 'posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. **Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como 'rotina' ou 'praxe' do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.** c) Não satisfazem a exigência legal, por si só, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições/impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP. d) O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita" seja aferido com base

no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. e) A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência".

2. Na espécie, a busca pessoal realizada no acusado foi justificada apenas com base em alegação vaga e genérica de que ele estava no entorno da rodoviária (local supostamente conhecido pela prática de tráfico de drogas e de pequenos furtos) em "atitude suspeita", sem mínima descrição de tal atitude, o que por si só, não configura fundada suspeita de posse de corpo de delito apta a validar a revista, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal.

3. Embora a Corte local haja argumentado que o réu já fora abordado outras vezes naquele lugar, os policiais afirmaram que nunca haviam encontrado nada de ilícito com ele em tais abordagens anteriores. Ademais, a alegação de que ele havia sido, em oportunidades passadas, apontado por usuários de drogas como traficante também não autorizava a busca pessoal, porquanto se trata de informações apócrifas, desprovidas de identificação ou oitiva dos mencionados usuários e de esclarecimento da data em que essas supostas informações foram fornecidas aos agentes de segurança.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 789231 / RS, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/03/2023, DJe 30/03/2023) (grifos nossos) (grifos nossos)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ABORDAGEM PESSOAL, AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. APLICAÇÃO DA EXEGESE DO RHC N. 158.580/BA. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM APREENSÃO DE DROGAS NA POSSE DO AGENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADES FLAGRANTES.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.

2. No caso em tela, os policiais deram ordem de parada aos corréus em razão de denúncias anônimas que afirmavam estar sendo realizado tráfico de drogas na região. Dado que o motociclista avançou e o carona dispensou um invólucro com 83g (oitenta e três gramas) de insumos para preparo de cocaína, os agentes foram detidos e todos se deslocaram à residência de um deles, onde foram encontrados mais 19g (dezenove gramas) dos mesmos insumos.

3. Portanto, de plano, há ilegalidade na abordagem e revista pessoal nos agentes em razão de terem como lastro somente denúncias anônimas não registradas e não sindicáveis, com o posterior ingresso forçado em domicílio fora das hipóteses legais.

4. "Não satisfazem a exigência legal [para autorizar a busca pessoal], por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP." (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022.)

5. Ademais, esta Sexta Turma tem diversos julgados no sentido de que a apreensão de drogas em posse de um agente não torna prescindível a necessidade de mandado judicial para a invasão ao domicílio, porquanto o fato de o suspeito estar com restrição de ambulatorial - ainda que momentaneamente, uma vez que detido em flagrante - afasta qualquer possibilidade de que esteja, naquele momento, causando risco à investigação.

6. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes da busca pessoal ilegal e do ingresso forçado no domicílio, com extensão dos efeitos ao corréu, nos termos do art. 580 do CPP.

(HC n. 696.390/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022.) (grifos nossos)

Por derradeiro, **verifica-se a ilegalidade na busca domiciliar, uma vez que os policiais não presenciaram qualquer atitude que indicasse que o réu possuía drogas em sua casa, nem obtiveram o prévio consentimento do morador da residência revistada.**

A Constituição da República em seu art. 5º, inciso XI, estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Do dispositivo acima transcrito, depreende-se que há somente cinco exceções ao direito à inviolabilidade do domicílio, quais sejam: o consentimento do morador, a hipótese de flagrante delito, a hipótese de desastre, a necessidade de prestar socorro, ou mediante determinação judicial, durante o dia.

Compulsando-se o auto de prisão em flagrante em anexo, verifica-se que não havia desastre, necessidade de prestar socorro ou determinação judicial. Restam, portanto, apenas duas hipóteses para legitimar a atuação dos agentes de polícia: o consentimento

do morador ou o caso de flagrante.

O consentimento para a busca na casa não foi dado pelo denunciado.

Também não se pode dizer que era o caso de flagrante, porque a dinâmica narrada pelo policial é pouco crível. A droga estaria supostamente dentro da casa, de onde os policiais não poderiam ter avistado qualquer atitude suspeita que indicasse a prática de crime. Não havia usuários no local. Além disso, não foi visto em movimentação típica.

Do exposto, infere-se que os agentes de polícia detinham apenas uma denúncia anônima e o indício de quatro dias antes, não confirmado pela ausência de abordagem do suposto usuário. Portanto, não detinham previamente elementos suficientes da ocorrência de crime, motivo pelo qual não há como sustentar a tese de que entraram na residência do requerente em caso de flagrante.

A eventual existência de antecedentes criminais não retira do denunciado os direitos garantidos na Constituição Federal. Assim como se assegura a pessoa primária, a garantia da inviolabilidade do domicílio também é salvaguardada a pessoa portadora de folha criminal.

Assim, não havia justificativa razoável ou legal para a invasão da residência e a busca realizada pelos policiais, motivo por que as provas colhidas são inadmissíveis e devem ser desconsideradas.

Permitir que agentes do Estado, sem qualquer motivo e apenas com denúncias anônimas, violem domicílios sem autorização judicial é o mesmo que esvaziar a direito fundamental à inviolabilidade de domicílio. Se tal atitude não seria aceita em residências do Lago Sul, não deve ser aceita também em residências das cidades-satélites.

Como conclusão, em respeito à ordem constitucional brasileira, deve ser considerada a apreensão da droga como ilícita e, via de consequência, ausente a materialidade de delito, com a absolvição do réu nos termos do art. 386, inciso II do CPP.

2.2 DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Subsidiariamente, caso não seja possível entender pela ilegalidade dos meios utilizados para obtenção das provas, em pormenorizado confronto dos elementos carreados aos autos, verifica-se que as provas produzidas no curso da instrução não são idôneas a certificar – de forma indubitosa – a intenção de difundir ilicitamente a droga apreendida.

Em razão disso, requer a defesa a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei 11.343/06, por ausência de provas suficientes da prática do delito de tráfico de entorpecentes, conforme passaremos a demonstrar.

O réu não tinha dinheiro consigo, o que é incompatível com o tráfico. Além disso, não foi visto em movimentação típica de tráfico de drogas, bem como não foram abordados usuários que tenham comprado drogas dele.

Com o réu, havia uma quantia de crack destinada a seu uso. A droga encontrada na casa não estava dividida em porções.

Registre-se, mais uma vez, que os policiais não viram o réu em movimentação típica de tráfico de drogas, nem abordaram usuários que afirmassem ter comprado drogas dele. O réu estava dirigindo até sua própria casa.

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.

Como é cediço, as provas da traficância devem ser contundentes e incontestáveis.

***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 igual diapasão, a jurisprudência pátria já sedimentou o entendimento de que, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, deve atentar à natureza e à quantidade da droga apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação.

Em suma: nos autos nada há de concreto a apontar para suposta ocorrência de traficância.

Acentue-se, ainda, a necessária aplicação do estado de inocência e do *in dubio pro reo*, primados jurídicos de superior relevância, mormente porque extraídos da própria Constituição Federal. Meras suspeitas ou ilações definitivamente não satisfazem às finalidades de um processo penal garantista. Ao contrário, o mínimo que se exige para inserir alguém no tenebroso sistema penitenciário pátrio é a certeza absoluta.

Nesta conjectura, frisa-se que o ônus da prova da intenção de difundir ilicitamente a droga recai exclusivamente sobre a acusação. Não é consentâneo com a Constituição Federal de 1988 e o princípio da presunção de não culpabilidade nela assegurada, a acepção de que o ônus da prova será da defesa quando feita a alegação de que a droga encontrada era de consumo pessoal do acusado. Pelo contrário, cabe ao Ministério Público provar a intenção de traficância e, se persistir dúvida razoável, deve-se desclassificar com base na regra do *in dubio pro reo*.

Se o Ministério Público não comprovou a destinação ilícita da substância, não cabe ao réu o ônus da prova de que pretendia usar a droga. Estamos diante de um típico caso em que a dúvida que paira sobre o processo impossibilita um eventual decreto condenatório.

Igualmente, a quantidade de droga apreendida por si só, não é suficiente para demonstrar a intenção de difundir ilicitamente a droga. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. DESCLASSIFICAÇÃO 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)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. MANEJO DO WRIT COMO REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGALIDADE PATENTE APTA A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU RESTABELECIDA. AGRAVO DESPROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não deve ser conhecido o habeas corpus, manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte. De fato, nos termos do art. 105, inciso I, alínea e, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, originariamente, “as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”, o que não obsta a concessão de habeas corpus, de ofício, nas hipóteses em que se constata manifesta ilegalidade, como na espécie.

2. Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico, e, na hipótese em apreço, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas somente com base na quantidade de entorpecente apreendido na residência do Agravante, sobretudo diante da conclusão do Juízo de primeiro grau de que as testemunhas não souberam informar que o Acusado praticava o comércio e, ainda, que a perícia na balança de precisão resultou negativa para resquícios de entorpecentes. Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade.

3. Concluir que o Tribunal de origem não se valeu do melhor direito na condenação do Agravante não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico.

4. À luz do contexto fático destacado nos julgados das instâncias de origem, deve ser restabelecida a sentença de primeiro grau que promoveu a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para restabelecer a sentença que desclassificou a conduta.

(AgRg no HC 664.403/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA,

julgado em 14/09/2021, DJe 24/09/2021) (Grifos nossos)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.

[...]

3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia.

4. A apreensão da droga no domicílio do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Ademais, os policiais, únicas testemunhas do fato, ao serem questionados, nada acrescentaram sobre a apuração dos fatos. Em suma, não foram encontradas evidências do comércio ilícito.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no HC 473835 / SP, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, Julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020). Grifou-se.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

TRÁFICO DE DROGAS. TER EM DEPÓSITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA TRAFICÂNCIA. "IN DUBIO PRO REO"**. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora provado que o réu era o proprietário da droga apreendida em sua residência (294,56g de maconha), impossível a sua condenação pelo delito de tráfico (ar.33 da Lei 11.343/2006), pois não há sequer indícios de que o entorpecente seria destinado à difusão ilícita. Com efeito: não houve a apreensão de quantia em dinheiro que pudesse denotar o comércio do entorpecente; não houve, tampouco, a apreensão de quaisquer instrumentos utilizados comumente na traficância de droga; o réu não foi flagrado em situação típica de traficância; e sequer havia notícias anônimas de eventual comercialização de drogas por parte dele.

2. Diante da dúvida quanto à traficância, em homenagem ao princípio "in dubio pro reo", deve ser mantida a sentença que desclassificou a conduta de tráfico de drogas para porte destinado ao próprio consumo (artigo 28 da Lei nº 11.343/2006).

3. Recurso desprovido.

(Acórdão n.985683, 20150111200272APR, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de

Julgamento: 01/12/2016). Grifou-se.

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL. ART. 33,

CAPUT, LEI 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. **CONJUNTO PROBATÓRIO. INCONSISTÊNCIA. FRAGILIDADE. QUANTIDADE ENCONTRADA IRRISÓRIA. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA. ART. 28 DA LEI DE DROGAS. CONSUMO PESSOAL. USUÁRIO. ADEQUAÇÃO.**

DESCCLASSIFICAÇÃO. CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECLARAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, DESCLASSIFICADA A CONDUTA.

1. Verificado que o conjunto probatório constante dos autos é por demais frágil para amparar a condenação pelo crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e presentes elementos concretos, inclusive afirmação pelo próprio réu de que se trata de usuário de drogas, tem lugar a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da referida Lei.

2. No caso, o réu foi preso em flagrante sob a acusação de prática de tráfico de drogas na sua residência, cuja atuação da polícia teria decorrido de denúncia anônima. Compareceram duas equipes ao local, uma para a filmagem/monitoramento da conduta e outra para a abordagem do réu.

3. A condenação do réu está fundada, em essência, tão somente nas declarações de dois policiais, única prova produzida em juízo, e na declaração de um suposto usuário que teria adquirido 5g de cocaína e dois cigarros de maconha do réu, está tomada em termo firmado na delegacia somente.

4. Os depoimentos dos policiais, embora entre eles guardem alguma coerência, apresentam contradição em termos, como por exemplo, a afirmação de que não foi possível filmar a atuação do réu porque estava escuro (20h30min), - acabara de chover - e eles estavam a 200 metros de distância, e, mais adiante, afirmam que viram o réu entregar droga e receber dinheiro do usuário.

5. Na residência do réu foi apreendida 0,70g de cocaína, além de um prato, um cachimbo, um seguimento de papel e um cartão plástico de transporte público, tipo cartão de crédito, e nada mais, o que, à vista dos outros elementos constantes dos autos, permite concluir tratar-se de porte para uso pessoal, certo, inclusive, que com o suposto delator (usuário) foi encontrada quantidade bem superior (5g de cocaína e dois cigarros de maconha).

6. Embora conste dos autos que réu possui condenações por outros crimes, notadamente contra o patrimônio (aquelas já transitadas em julgado estão alcançadas pelo período depurador), é certo que não respondeu a acusação por tráfico, mas sim por uso de drogas, em processo no qual recebeu mera advertência (id. 13659297).

7. Em suma, dadas as circunstâncias dos fatos, além da ausência de prova contundente da traficância, da qual o MPDFT não se desincumbiu, a pouca quantidade de droga apreendida, constatação de se tratar de usuário de drogas, somado à fragilidade da limitada prova produzida em juízo, impõe-se a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (posse de droga para uso pessoal).

8. Tendo em vista que o réu se encontra preso (regime fechado) em razão desses fatos há pelo menos 11 meses, pois teve a prisão em flagrante convertida em preventiva em 26/02/2019, deve-se declarar extinta a punibilidade decorrente do efetivo cumprimento da pena, haja vista que as medidas alternativas aplicáveis ao delito (art. 28 da Lei 11.343/06), ou mesmo os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados, são bem menos gravosas do que a privação da liberdade, com o que se atende ao princípio da proporcionalidade e se evita o excesso de punição.

9. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NO CAPUT DO ART. 33 PARA AQUELA DESCRITA NO CAPUT DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. Sentença reformada. Extinção da punibilidade

declarada.

(Acórdão 1237935, 00014166720198070001, Relator: ROBSON BARBOSA

DE

AZEVEDO, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 12/3/2020)

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 PJe: 7/5/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Como se vê, não há prova da intenção de difundir a droga ilicitamente, motivo pelo qual se pugna pela desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

2.3. DA DOSIMETRIA DA PENA

2.3.1. Da primeira fase da dosimetria. Da culpabilidade

Em que pese a prolação da ilustre sentença condenatória, a Defesa requer sua reforma, pois, ao tratar da culpabilidade na primeira fase de dosimetria, foram tecidas as seguintes considerações:

Culpabilidade: para o efeito do montante da pena, é a medida, o grau de reprovabilidade, a intensidade do dolo da conduta do agente. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, na culpabilidade: [...] impõe-se que se examine a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor

reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal - na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação - pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a

*censura. [...] (Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 14ª ed., pág. 627). Em relação a culpabilidade, quanto ao maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta, **no presente caso, se observa uma maior reprovabilidade de conduta, haja vista que os fatos ocorreram quando o acusado se encontrava cumprindo pena, estando em pleno processo de execução de pena**, como se observa através dos autos distribuído no Sistema de SEEU (Autos nº 0023345-22.2016.8.07.0015). Cabe destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conta com precedentes convergentes com o pensamento acima esposado. (Grifos nossos).*

Ocorre que a prática de conduta criminosa no transcorrer do cumprimento de sanção penal possui o mesmo espírito legislativo da valoração de condenação criminal transitada em julgado a título de maus antecedentes e da reincidência.

A valoração da prática de nova conduta criminosa durante o cumprimento de pena a título de culpabilidade constitui elemento que subverte o próprio art. 59 do Código Penal, o qual já possui figura apta a imputar maus antecedentes, a título de circunstância judicial desfavorável, e o art. 61, inciso I, do Código Penal, o qual imputa a reincidência como circunstância agravante.

Ademais, ao juízo da execução existem instrumentos próprios de penalidade disciplinar à prática de crime no transcorrer do processo executivo, tais como a imputação de falta grave (LEP, art. 52, 1ª parte), a regressão de regime (LEP, art. 118, I), a perda de dias remidos (LEP, art. 127) e a interrupção do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento de pena (LEP, art. 112, §6º). Assim, a exasperação da pena base por conta da prática de um delito durante cumprimento de pena se transforma em odioso *bis in idem*, já que no próprio processo de execução da pena existirá a retribuição e as consequências penais pelo comportamento reprovável do acusado em contexto de cumprimento de sanção penal.

Ante o exposto, a Defesa requer o afastamento da referida circunstância judicial, com a redução da exasperação promovida na pena base.

2.3.2. Da valoração negativa das circunstâncias do delito

No tocante às circunstâncias do crime, o magistrado utilizou a seguinte fundamentação para agravar a pena base:

“Circunstâncias do delito: São todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua prática, tais como clima, tempo, lugar e modo de execução. E considerando o disposto no Art. 42 da LAD, passo a analisar de forma conjunta com as circunstâncias do crime, os vetores relacionados com natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida. No caso dos autos, analisando as circunstâncias em que se deu a execução do crime, **mais especificamente, no que diz respeito a quantidade de substância entorpecente apreendida na posse do acusado**, havendo, assim, um maior grau de exposição do bem jurídico tutelado, qual seja, a Saúde Pública, pois como se observa do Laudo de Exame Químico, os peritos constataram que, na posse do acusado, foi apreendida aproximadamente 200g (duzentas gramas) de COCAÍNA”. Grifado.

Ora, na valoração negativa das circunstâncias do delito, o magistrado tratou QUANTIDADE de entorpecentes, circunstância especial prevista no art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, a circunstância especial da quantidade da droga deve ser vista em conjunto com a circunstância especial da natureza da droga, sob pena de se aplicar pena mais gravosa para aquele que traz consigo cinco gramas de cocaína do que para aquele que traz consigo cinco quilos de maconha. A natureza nociva da droga também depende de sua quantidade.

Não fosse assim, bastaria ao legislador trazer previsão apenas de um desses requisitos – qualidade ou natureza – não havendo porque mencionar os dois. Se a natureza da droga é nociva, a pena seria de pronto majorada, independentemente da quantidade. Se a quantidade de droga fosse alta, também seria aumentada a pena.

No sentido da possibilidade de se afastar a análise desfavorável da natureza da droga, traz a colação os seguintes julgados desse Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LAD. **Nos crimes de tráfico de drogas, o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006 estabelece que o Juiz, ao fixar a pena, deve considerar "com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da**

substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". II No caso, embora a natureza da droga apreendida - crack - seja de fato especialmente nociva, a quantidade é ínfima - 4,9g (quatro gramas e nove centigramas) - o que não justifica a majoração da pena-base. III - Recurso conhecido e provido. (Acórdão n.1187299, 20180110197072APR, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 18/07/2019, Publicado no DJE: 23/07/2019. Pág.: 149/160) (Grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO ADOLESCENTE. APREENSÃO DE 8,65G (OITO GRAMAS E SESSENTA E CINCO CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS DEFESAS. DESISTÊNCIA PELO RÉU DO RECURSO. RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA TÉCNICA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA AVALIAÇÃO NEGATIVA RELATIVA A NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ACOLHIMENTO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NÃO ACOLHIMENTO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DE ADOLESCENTE NA ATIVIDADE DE TRAFICÂNCIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. [...] 2. **Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a análise da quantidade e da natureza da droga para fins de aplicação do artigo 42 da Lei nº. 11.343/2006 deve ser conjunta, não se admitindo a exasperação da pena-base em razão da natureza da droga quando a quantidade apreendida for ínfima, como na hipótese de 8,65g (oito gramas e sessenta e cinco centigramas) de cocaína.** 3. [...] (Acórdão n.1163676, 20180110005726APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 04/04/2019, Publicado no DJE: 09/04/2019. Pág.: 89/112) (Grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. NECESSIDADE DE REFORMA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE ÍNFIMA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. **É certo que, nos delitos previstos nos arts. 33 a 39 da Lei de Drogas, as circunstâncias contidas no art. 42 da referida lei, a saber, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes. Não é menos certo, porém, que a análise da quantidade e da natureza da droga deve ser conjunta, de modo que o fato de a quantidade da droga apreendida ser ínfima, ainda que se trate de substância com intensa nocividade, não autoriza, por si só, a majoração da pena-base acima do mínimo legal.** 3. Apelação conhecida e parcialmente provida. (Acórdão n.1158211, 20170110547259APR, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: CARLOS PIRES SOARES NETO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 28/02/2019, Publicado no DJE: 19/03/2019. Pág.: 189/199) (Grifos nossos)

sua natureza, assim como a sua nocividade depende, em muito, da quantidade apreendida. São, portanto, interdependentes e devem ser analisadas em conjunto e não de forma fragmentada. Não é possível ponderar uma sem adentrar na análise da outra.

No caso, a quantidade dos entorpecentes não é relevante.

E, ainda que possa ser considerada relevante por este Tribunal, o magistrado de piso não fundamentou a necessidade de maior reprovação em relação à natureza dos entorpecentes, circunstância que deve ser analisada em conjunto com a quantidade de entorpecentes.

De todo modo, a natureza também não merece maior reprovação. O fato de as drogas terem efeitos nocivos à saúde e à segurança da sociedade é inerente ao tipo penal, já tendo sido considerado pelo legislador no momento da cominação da pena em abstrato. Assim, valorar negativamente as circunstâncias do crime por essa razão caracteriza indesejável *bis in idem*.

Ora, os elementos considerados para valorar negativamente a pena base não podem ser próprias do tipo penal. Não cabe fundamentar em elementos genéricos e que se confundem com os efeitos negativos e naturais inerentes ao tipo do tráfico de drogas.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAMENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E À CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS E PERSONALIDADE AFASTADAS. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. 2. Na espécie, o Magistrado sentenciante afirmou ser acentuada a culpabilidade do paciente, pois conhecia a

ilicitude do comportamento e os malefícios causados pela disseminação dos

entorpecentes na sociedade. Entretanto, tal fundamentação não se mostra adequada para a exasperação da pena-base, pois a circunstância judicial em análise em nada se relaciona com a culpabilidade, terceiro substrato do crime. O art. 59 do Código Penal, ao anunciar a culpabilidade como circunstância judicial, objetiva avaliar o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do acusado ou menosprezo especial ao bem jurídico violado. Desse modo, carente de fundamentação, no pormenor, o aumento da pena-base. Precedentes. 3. A propósito da circunstância judicial relativa à personalidade, assinalou o sentenciante que o réu "escolheu sobreviver do ilícito, pouco se importando para os malefícios que sua conduta produziria em detrimento da saúde pública, em especial aos jovens que são tragados ao nefasto vício, por ações de traficantes de varejo" (e-STJ fl. 88). Não descreveu as particularidades do caso concreto ou indicou elementos idôneos bastantes a demonstrar a menor sensibilidade ético-moral do acusado. É caso, portanto, de fundamentação insuficiente. Precedentes. **4. Também se revela insuficiente a motivar a exasperação das penas-bases, a título de consequências do crime, a menção à "disseminação das drogas na sociedade" (e-STJ fl. 88), porquanto tal elemento é genérico e se confunde com os efeitos negativos naturais e inerentes aos tipos penais em análise.** Precedentes. 5. Diante do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente apreendida - aproximadamente 37kg (trinta e sete quilos) de cocaína -, porquanto bastante a diferenciar a situação retratada neste processo da apreensão de outros materiais tóxicos em montantes igualmente capazes de configurar o delito. Precedentes. 6. No tocante às circunstâncias da infração, correto o aumento da pena-base. A propósito, destacou o sentenciante que o réu auxiliava diretamente o transporte dos entorpecentes, armazenados em fundos falsos de veículos, percorrendo longo percursos, especialmente pela via terrestre. Descreveu, portanto, as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, bem como a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente. Precedentes. 7. "Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei" (HC n. 342.317/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015,

DJe 2/2/2016). 8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente a 12 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão, mais pagamento de 1.738 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão local. **(STJ - HC: 698362 RO 2021/0319586-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 08/02/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2022). Grifado.**

**Ante o exposto, pugna-se pelo afastamento da
valoração negativa das circunstâncias do delito.**

**2.3.3. Da Fração de 1/6 para cada circunstância judicial
negativa**

Caso mantida a valoração negativa das circunstâncias judiciais, **merece reforma a sentença em relação ao *quantum* de majoração. A pena aplicada é desproporcional e excessiva, conforme passaremos a demonstrar.**

Verifica-se que o *quantum* de aumento adotado pelo magistrado para exasperar a pena-base foi exacerbado. Afinal, da análise das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e das duas circunstâncias previstas no art. 42 da Lei 11.343/06, **apenas três foram consideradas desfavoráveis ao acusado, e, mesmo assim, a pena-base foi fixada em 8 (oito) anos, 9 (nove) meses de reclusão e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa.**

Ora, a exasperação operada se revela desproporcional, considerando que a pena abstratamente cominada ao delito é de 5 anos de reclusão e 100 dias-multa e que **houve um aumento desproporcional e excessivo de 1 (um) ano e 3 (três) meses e 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa para cada circunstância judicial considerada desfavorável pelo magistrado.**

Veja-se que a jurisprudência do E. TJDFT alberga o entendimento de que a exasperação da pena-base **deve observar o percentual de 1/6 para cada circunstância judicial negativa.** Vejamos os recentes julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ARTIGO 42 DA LAD. DROGA SINTÉTICA. MANTIDA. VETORES ÚNICOS. "QUANTUM DE AUMENTO". FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ARTIGO 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM CURSO. INCIDÊNCIA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. VIÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

3. 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, para cada circunstância judicial desfavorável, salvo se houver fundamento específico para a elevação em fração superior. (...)

(Acórdão 1384276, 07069109520218070001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 4/11/2021, publicado no PJe: 16/11/2021. Pág.: Sem Destaquei. Página Cadastrada.).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE LOCAL DE TRABALHO COLETIVO. APREENSÃO DE 1.963,94G (MIL, NOVECENTOS E SESSENTA E TRÊS GRAMAS E NOVENTA E QUATRO CENTIGRAMAS) DE MACONHA. RECURSO DA DEFESA.

REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA
DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE RECONHECIMENTO
DA ATENUANTE DA CONFISSÃO

ESPONTÂNEA. NÃO ACOLHIMENTO. INTELIGÊNCIA DO
ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 630 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO §
4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. RÉU
REINCIDENTE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE
CUMPRIMENTO DE PENA. NÃO ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO
DO REGIME INICIAL FECHADO. RECURSO CONHECIDO E
PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Magistrado possui certa discricionariedade no momento
de estabelecer o quantum de aumento da pena-base, devendo
atender, no entanto, aos princípios da proporcionalidade e
razoabilidade. Na espécie, o aumento operado na sentença se
mostra desproporcional, sendo necessária a redução do
quantum de exasperação da pena-base.

2. **A jurisprudência tem admitido como razoável e
proporcional a exasperação da pena-base no patamar
de 1/6 (um sexto) para cada circunstância
judicial valorada negativamente. (...)**

(Acórdão 1372510, 07279601720208070001, Relator:
ROBERVAL CASEMIRO

BELINATI, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 16/9/2021,
publicado no DJE: 27/9/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Assim, é imperioso o redimensionamento da pena-base fixada,
determinando que a exasperação ocorra em 1/6 a partir da pena
mínima abstrata cominada ao delito de tráfico de drogas. **Ressalta-se
que 1/6 representa 10 (dez) meses de reclusão e 83 (oitenta e
três) dias-multa.**

Portanto, merece reforma a r. sentença, a fim de que a pena-
base seja fixada, na pior das hipóteses, em 7 (sete) anos e 6 (seis)
meses de reclusão e 349 (trezentos e quarenta e nove) dias-multa para
cada circunstância judicial mantida por este Tribunal.

2.3.4. Da confissão

In casu, verifica-se que o acusado confessou que
transportava os entorpecentes, apesar de declinar que se
destinavam ao uso próprio.

Logo, nítida está a caracterização da atenuante da confissão
espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Como sabido, a confissão, ainda que parcial, é o bastante
para atenuar a pena, valendo a transcrição da lição do ilustre professor
Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito Penal I – Parte Geral. 27ª
ed. Editora Saraiva. 2021. Pág. 386):

“Confissão é fato, valorada como fato, enquanto fato, e tem caráter objetivo, não estando condicionada a nenhuma exigência formal ou processual, ao contrário do que começou a entender a jurisprudência dos tribunais superiores. **Ademais, é irrelevante que a confissão seja incompleta ou completa, espontânea ou voluntária. A confissão pode ocorrer perante a autoridade policial ou judicial, indiferentemente. Embora a lei fale em confissão espontânea, doutrina e jurisprudência têm admitido como suficiente sua voluntariedade.**

(...)

Concluindo, a atual orientação que está ganhando corpo no STJ é contra lege, basta observar a previsão do art. 65, verbis: **“São circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Esse texto não adjetiva, não condiciona e não limita a sua aplicação, logo, não cabe ao intérprete fazê-lo, pois se trata de norma imperativa e que beneficia o acusado.** Assim, qualificá-la ou adjetivá-la para restringir seu alcance ou aplicação viola uma garantia assegurada àquele que resolve confessar, quer para facilitar a investigação, quer para obter referida atenuante, não importa, especialmente quando ela é referida na sentença, pois, como afirmam os processualistas, a confissão é um meio de prova e facilita a apuração da verdade, reforçando a segurança do julgador.” Grifou-se.

Sendo assim, a confissão, parcial ou não, deve ser considerada em favor do réu, pois, em consonância às claras intenções do legislador na redação do texto legal, sua aplicação não deve ser restringida.

Por oportuno, vale a transcrição nos precedentes do C. STJ:

"[...] A confissão do acusado, mesmo que parcial, deve ser reconhecida como atenuante da pena, quando utilizada pelo magistrado para firmar o seu convencimento, em conjunto com outros meios de prova. [...]". (HC 314944 SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015).

"[...] A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação [...]". (AgRg no Resp 1269574 SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).

"[...] Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo. [...]". (AgRg no Resp 1412043 MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015).

Na mesma linha, acrescentem-se recentes arestos do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in litteris*:

"[...] 4. **Se o apelante admitiu a propriedade de parte das**

drogas apreendidas, embora tenha negado que se destinavam à difusão ilícita, trata-se de confissão parcial ou qualificada que enseja atenuação da pena, passível de compensação com a reincidência. Inteligência da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida. (Acórdão 1165436, 20180110022375APR, Relator: JAIR SOARES, , Relator Designado: MARIA IVATÔNIA, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 11/4/2019, publicado no DJE: 22/4/2019. Pág.: 112/135)” Grifou-se.

Por fim, destaca-se que, na sentença, o magistrado, para fundamentar a autoria, considerou que “(...) **o próprio acusado, por ocasião do seu interrogatório, tanto em sede policial, quanto em juízo, confessou que transportava drogas no veículo Corsa, de cor amarela, bem como confessou que possuía, em sua casa, mais substâncias entorpecentes (...)**”. Grifado.

Fica evidente, portanto, que o magistrado utilizou a confissão do apelante para fundamentar o seu convencimento. Assim, o apelante faz jus à atenuante da confissão, com base no art. 65, III, alínea d, do Código Penal. Em consequência, pugna-se pela compensação da confissão com a agravante da reincidência.

2.3.5. Da diminuição prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei no 11.343/2006

Na terceira fase, o apelante faz *jus* a aplicação do instituto do tráfico privilegiado, pois preenche todos os requisitos do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. *Ad argumentandum tantum*, eventual caracterização de reincidência também não é impeditivo para a aplicação do privilégio, **pois o mesmo fato gerador que serve para aumentar a pena na segunda fase e que retira o benefício do tráfico privilegiado configura 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 em eventual configuração de reincidência acarreta duplo apenamento sobre um único delito, inadmissível no atual Estado Democrático de Direito.

Portanto, a Defesa reforça que inexistem elementos que possam prejudicar a aplicação do instituto do tráfico privilegiado.

Com efeito, o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal já se manifestou no sentido de que preenchidos os requisitos legais para a concessão do tráfico privilegiado impõe-se a aplicação da causa de redução da pena no patamar no máximo de 2/3. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. "MULA". CONDENAÇÃO. RECURSO DA RÉ. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. "SKANK". AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. QUANTIDADE AUTORIZA RECRUDESCIMENTO. TERCEIRA FASE. TRÁFICO INTERESTADUAL. PERCENTUAL MÍNIMO. DOIS ESTADOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. COLABORAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO. AFASTADA. NÃO IDENTIFICAÇÃO DE COAUTORES. RESTITUIÇÃO DO VALOR APREENDIDO. ORIGEM LÍCITA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

7. Tratando-se de ré primária, de bons antecedentes, que nunca havia realizado transporte ilícito de drogas, e inexistindo elementos que demonstrem que ela se dedicava a atividades criminosas (ao contrário, a prova dos autos é no sentido de que exercia profissão lícita, de recepcionista) ou integrasse organização criminosa, impõem-se a redução, nos moldes do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 [...]

(TJDFT, Acórdão 1204499, 20180110351356APR, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 26/9/2019, publicado no DJE: 2/10/2019. Pág.: 71/77)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE. NATUREZA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. PATAMAR MÁXIMO. [...].

3. A habitualidade delitiva pressupõe a pluralidade de infrações e que elas tenham sido praticadas dentro de um espaço razoável de tempo ao compará-las à data do crime em julgamento.

4. A presença de um único episódio e o transcurso de um considerável lapso temporal em relação à prática de novo ilícito não guardam consonância com o contexto de habitualidade, impondo a aplicação do benefício do tráfico privilegiado.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJDFT, Acórdão 1256529, 00004111020198070001, CRUZ MACEDO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento:

Relator:

Nesse sentido, insta salientar que não há fotos, vídeos, provas audiovisuais, registros telefônicos ou conversas suspeitas de qualquer sorte que demonstrem o fim comercial reiterado/ ocupação para traficância/composição de organização criminosa. Nem mesmo os depoimentos acusatórios dos policiais são suficientes para fundamentar contundente e incontestavelmente tal afirmação.

Motivo pelo qual, alinhado a todo o exposto, o réu faz jus ao patamar máximo de redução de pena, em face à aplicação do tráfico privilegiado.

4.DO PEDIDO

Ante o exposto, a Defesa requer que o recurso seja conhecido e provido no mérito, para reformar a sentença e:

a) considerar ilícita a busca domiciliar e a apreensão da droga como ilícita e, via de consequência, ausente a materialidade de delito, com a absolvição do apelante, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Civil;

b) subsidiariamente, desclassificar a conduta do apelante para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/06;

d) em caso de manutenção da condenação:

d.1) afastar a valoração negativa da culpabilidade na primeira fase da dosimetria;

d.2) afastar a valoração negativa das circunstâncias do delito;

d.3) exasperar a pena-base em apenas 1/6, tendo em vista a jurisprudência do TJDF, para cada circunstância judicial negativa eventualmente mantida por este Tribunal;

d.4) aplicar a atenuante da confissão, com base no art. 65, III, d, do Código Penal, com a compensação com a agravante da reincidência;

d.5) aplicar a causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo;

d.4) redimensionar o regime inicial do cumprimento de pena e a pena de multa, conforme as mudanças operadas na dosimetria.

XXXX, na data da assinatura eletrônica.

FULANO DE TAL
Defensora Pública