



Número: **0023233-30.2017.8.14.0401**

Classe: **APELAÇÃO CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma de Direito Penal**

Órgão julgador: **Desembargadora KÉDIMA LYRA**

Última distribuição : **16/06/2023**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0023233-30.2017.8.14.0401**

Assuntos: **Tráfico de Drogas e Condutas Afins**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
EDINELSON DA SILVA OLIVEIRA (APELANTE)	
JUSTIÇA PÚBLICA (APELADO)	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (FISCAL DA LEI)	UBIRAGILDA SILVA PIMENTEL (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
17422831	16/12/2023 12:23	Acórdão	Acórdão
17009457	16/12/2023 12:23	Relatório	Relatório
17369112	16/12/2023 12:23	Voto do Magistrado	Voto
17369113	16/12/2023 12:23	Ementa	Ementa

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CRIMINAL (417) - 0023233-30.2017.8.14.0401

APELANTE: EDINELSON DA SILVA OLIVEIRA

APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR(A): Desembargadora KÉDIMA LYRA

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS. VALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. DESTINAÇÃO MERCANTIL COMPROVADA.

1. Segundo entendimento placitado no Superior Tribunal de Justiça, “o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive manter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização” (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1872753/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021).

2. Na hipótese dos autos, a materialidade restou comprovada pelo auto de apreensão e laudo toxicológico definitivo, atestando a natureza, quantidade, diversidade e lesividade das substâncias ilícitas apreendidas, com resultado positivo para “maconha” e “cocaína”, assim como a autoria delitiva por meio da prova testemunhal produzida em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, consistente no depoimento de agentes policiais que efetuaram a prisão do acusado e encontraram a droga em sua residência, sendo firme, harmônica e conclusiva para sustentar a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes, praticado na modalidade “ter em depósito”, razão pela qual não subsiste a tese de absolvição por insuficiência probatória.

3. Outrossim, importante ressaltar que “os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie” (AgRg no AREsp n. 1997048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Julgamento: 15/02/2022, Data de Publicação: DJe 21/02/2022).

4. Ademais, é cediço que para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária



prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente, bastando que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021), hipótese retratada nos autos, em que a droga apreendida estava fracionada em 32 porções embaladas individualmente, evidenciando sua destinação à terceiros.

5. No tocante à alegação de que a droga seria para uso próprio, tal versão não restou comprovada nos autos, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de provar ser o réu apenas usuário, sendo inviável a desclassificação para o delito de porte de droga para uso próprio.

6. Ressalte-se que a condição de usuário, por si só, não afasta a traficância, uma vez que, para a incidência do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, as condutas típicas previstas devem ser praticadas com a finalidade exclusiva de consumo pessoal, o que não restou comprovado nos autos, pois as circunstâncias da infração demonstraram a destinação de mercancia da substância ilícita, caracterizando o delito de tráfico de drogas.

7. Além disso, a jurisprudência das Cortes de Justiça Estaduais tem se firmado no sentido de que “a prova da destinação exclusiva da droga para o consumo próprio é ônus que incumbe à defesa (art. 156 do CPP)”, de modo que “demonstrada a finalidade mercantil da substância entorpecente apreendida, caracterizado está o delito de tráfico de drogas, sendo incabível, por tal razão a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos” (TJMG, Apelação Criminal nº 10439190052514001 Muriaé, Relatora Desa. Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 18/05/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/05/2021).

REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA BENESSE LEGAL. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO).

8. Conforme entendimento sumulado por esta Corte de Justiça, “a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal” (Súmula 17/TJPA), impondo-se o redimensionamento da pena quando a sentença condenatória deixa de indicar fundamentos válidos para justificar a valoração negativa de circunstâncias judiciais, como se deu na espécie.

9. No caso em análise, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes criminais, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima foram valorados pela instância ordinária de forma inidônea no cálculo dosimétrico, com base em fundamentos genéricos e inerentes ao crime de tráfico de drogas, sendo de rigor o afastamento da negatização na primeira fase da dosimetria penal, com a redução da pena basilar ao mínimo legal previsto no preceito secundário do tipo incriminador.

10. Para o reconhecimento do tráfico privilegiado e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar à atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

11. *In casu*, apesar de o apelante possuir registro de ações penais em curso, tal circunstância não impede o reconhecimento do tráfico privilegiado, pois segundo a tese fixada na terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais 1977027/PR e 1977180/PR, decididos sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 1139), “é vedada a



utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, REsp n. 1977027/PR e REsp n. 1977180/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe de 18/08/2022).

12. Nesse cenário, constata-se que o acusado preenche os requisitos exigidos para o reconhecimento do tráfico privilegiado, previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, indicando as particularidades do caso em exame que a redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) é suficiente para a reprovação do crime, além de adequada e proporcional no caso concreto, em razão da natureza, diversidade e poder lesivo das substâncias ilícitas apreendidas com o acusado (maconha e cocaína), desautorizando a redução da pena em seu grau máximo.

AJUSTE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. SENTENÇA REFORMADA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO REFERENTE À QUANTIDADE DE PENA.

13. Cálculo dosimétrico ajustado para fixar a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, com manutenção dos demais termos da sentença proferida pelo juízo *a quo*.

14. Impossibilidade de fixação do regime aberto para cumprimento da reprimenda e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do não preenchimento do requisito objetivo referente à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, em conformidade com o art. 33, §2º, “b” e art. 44, inciso I, ambos do CP.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da **PRIMEIRA TURMA DE DIREITO PENAL** do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, **em sessão presencial realizada em 12/12/2023**, por unanimidade de votos, **em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Belém (PA), 12 de dezembro de 2023.

Desembargadora KÉDIMA LYRA

Relatora



RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA KÉDIMA LYRA (RELATORA):

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta em favor de **EDINELSON DA SILVA OLIVEIRA**, [\[https://pje.tjpa.jus.br/pje-2g/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/detalheParte.seam?idProcessoTrf=164870&peessoaHome=EDINELSON+DA+SILVA+OLIVEIRA+%28APELANTE%2FAPELADO%29&id=854586\]](https://pje.tjpa.jus.br/pje-2g/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/detalheParte.seam?idProcessoTrf=164870&peessoaHome=EDINELSON+DA+SILVA+OLIVEIRA+%28APELANTE%2FAPELADO%29&id=854586), objetivando reformar a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Belém/PA, que condenou o réu à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas capitulado no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Narra a exordial acusatória que no dia 16/09/2017, por volta das 20h45min, policiais militares realizavam ronda ostensiva quando receberam uma denúncia anônima de comercialização de drogas no Bairro Castanheira. Em diligência, pelas características descritas na denúncia, identificaram e abordaram em via pública o denunciado EDINELSON DA SILVA OLIVEIRA. Ato contínuo, dirigiram-se até a residência do réu e apreenderam no interior de uma bolsa, pendurada na parede, 32 (trinta e duas) petecas de drogas semelhantes à cocaína e uma embalagem de erva prensada assemelhada a substância conhecida como maconha. Diante dos fatos, o órgão ministerial promoveu a instauração da competente ação penal, dando o réu como incurso no crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 (ID 5583899, págs. 2-5).

Recebida a denúncia, o feito seguiu os trâmites legais, culminando com a prolação da sentença condenatória do réu (ID 5583905).

Em **razões recursais** o apelante requer: **(i)** absolvição por insuficiência de provas; **(ii)** desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso e remessa dos autos ao juizado especial criminal; **(iii)** recálculo dosimétrico com fixação da pena-base no mínimo legal em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ressaltando a fundamentação inidônea na valoração negativa dos vetores da culpabilidade, antecedentes criminais (súmula 444/STJ), motivos, circunstâncias e consequências do crime; **(iv)** afastamento da incidência da súmula 231/STJ, para redução da pena abaixo do mínimo legal; **(v)** aplicação do tráfico privilegiado no patamar máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; **(vi)** fixação do regime aberto para cumprimento inicial da pena; **(vii)** substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e **(viii)** fixação da pena de multa em patamar reduzido (ID 5583906).

O Ministério Público de primeiro grau apresentou contrarrazões recursais, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso apelatório (ID 5583906/5583907).

Nesta Superior Instância, a d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a pena-base no mínimo legal, em razão da ausência de fundamentação idônea na valoração negativa das circunstâncias judiciais (ID 5583909).

É o relatório.

VOTO



Atendidos os pressupostos e condições de admissibilidade, bem como diante da inexistência de questões preliminares passíveis de apreciação, conheço do recurso e passo ao exame do *meritum causae*.

I. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Na espécie, o recorrente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

A defesa pugna, inicialmente, pela **absolvição por insuficiência de provas** com fulcro no art. 386, VII, do CPP, sob o argumento de que não existem provas robustas que autorizem a condenação, sustentando que deve prevalecer os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Não obstante, verifica-se em análise exauriente da prova trazida à baila em sede recursal, que **não prospera a tese de absolvição por insuficiência probatória**.

A esse propósito, veja-se que a **materialidade** do delito de tráfico de drogas restou comprovada por meio do **Auto de Exibição e Apreensão** de substância entorpecente (ID 5583899 - Pág. 23), e pelos **Laudos Toxicológicos Provisório** (ID 5583899 - Pág. 26) e **Laudos Toxicológicos Definitivo** (5583902 - Pág. 5), os quais atestaram que o material apreendido – 01 tablete de erva pequena, pesando 0,5 grama e 32 petecas pequenas, pesando 8,0 gramas - tratava-se de substância entorpecente, com resultado positivo para “maconha” e “cocaína”.

No tocante à **autoria** delitiva, ao contrário do afirmado nas razões recursais, a prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, mostra-se firme, harmônica e conclusiva para sustentar a condenação do apelante pelo crime imputado na exordial acusatória.

Neste particular, consigne-se que a testemunha de acusação **CLÉCIO SILVA DO NASCIMENTO**, policial militar, ao ser ouvido em juízo declarou que estava de serviço quando recebeu uma denúncia anônima de venda de drogas e ao chegarem no local indicado encontraram o réu. Afirmou, ainda, “que encontrou a droga no kit net do acusado; que a droga estava dentro de uma mochila; que o acusado o levou ao kit net; que eram 32 petecas todas embaladas” (ID 5583903 – págs. 3-5). Em complemento, a testemunha de acusação **MÁRCIO CABRAL DE MORAES**, policial militar, relatou que durante a revista na residência do acusado, o agente Clécio encontrou a droga, tendo presenciado a apresentação de um pacote contendo várias petecas embaladas com plástico vermelho (ID 5583903 – mídia).

Nesse cenário, verifica-se que os testemunhos dos agentes policiais que participaram da diligência, efetuaram a abordagem e a prisão em flagrante do acusado, e em revista encontraram no interior da residência as substâncias entorpecentes, são conclusivos em demonstrar a certeza da autoria delitiva em relação ao crime de tráfico de drogas, considerando o princípio do livre convencimento motivado.

Sob esse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que **“os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie”** (AgRg no AREsp n. 1997048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Julgamento: 15/02/2022, Data de Publicação: DJe 21/02/2022).

Outrossim, é firme a jurisprudência da Corte Superior de que **“o art. 33, caput, da Lei**



11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive manter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização” (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1872753/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021). Ademais, cumpre destacar que **“o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades "transportar", "trazer consigo" e "guardar" é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares”** (HC nº 730790/SP, Decisão Monocrática, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJe 31/05/2022).

Consigne-se, ainda, que **“para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz “ainda que gratuitamente” -, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância”** (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021), hipótese retratada nos autos, em que a substância entorpecente apreendida estava em porções individuais, embaladas em plásticos na cor vermelha, conforme descrito no auto de apreensão e no laudo pericial de exame toxicológico definitivo, circunstância que evidencia a finalidade mercantil e configura o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

No tocante à **alegação de que a droga seria para uso próprio**, tal versão não restou comprovada nos autos, apresentando-se dissociada do contexto probatório, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de provar ser o réu apenas usuário, sendo inviável a desclassificação para o delito de porte de droga para uso próprio.

Não obstante, ainda que fosse adotado entendimento diverso no sentido de que a droga se destinava ao consumo pessoal, é cediço que a alegada condição de usuário, por si só, não afasta a traficância, uma vez que, para a incidência do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, as condutas típicas previstas devem ser praticadas com a finalidade exclusiva de consumo pessoal, o que não se verifica na espécie, já que a droga apreendida possuía fins de comercialização, considerando as circunstâncias como foi encontrada, fracionada em 32 porções embaladas individualmente, em condições que evidencia sua destinação à terceiros.

À propósito, a jurisprudência das Cortes de Justiça Estaduais tem se firmado no sentido de que **“a prova da destinação exclusiva da droga para o consumo próprio é ônus que incumbe à defesa (art. 156 do CPP)”**, de modo que **“demonstrada a finalidade mercantil da substância entorpecente apreendida, caracterizado está o delito de tráfico de drogas, sendo incabível, por tal razão, a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos”** (TJMG, Apelação Criminal nº 10439190052514001 Muriaé, Relatora Desa. Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 18/05/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/05/2021).

Destarte, há que se reconhecer, na situação concreta, a inafastável caracterização do crime de tráfico de drogas, na forma descrita na denúncia, bem como a impossibilidade de desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, o que, por conseguinte, prejudica a tese de incompetência do juízo originário para julgamento do feito e o pleito de remessa dos autos ao juizado especial criminal.

II. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



RESTRITIVA DE DIREITOS EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO REFERENTE À QUANTIDADE DE PENA.

Afastado os pleitos absolutório e desclassificatório, verifico que a defesa postula o redimensionamento da pena aplicada, com a reforma do cálculo dosimétrico para fixação da pena-base no mínimo legal, ressaltando a ausência de fundamentação idônea para a valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

A esse respeito, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do apelo, pontuando que “o Juiz sentenciante utilizou argumentos genéricos e próprios do tipo penal para sopesar como desfavoráveis as referidas circunstâncias judiciais, o que não é permitido para exasperar a pena-base” (ID 5583909 – Pág. 7).

Da análise da dosimetria da pena, verifica-se que foram valoradas desfavoravelmente ao apelante as circunstâncias judiciais da **culpabilidade, antecedentes criminais, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima**, sendo aplicada a pena basilar de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa**.

Nesse desiderato, oportuno trazer à colação a aplicação da pena-base efetuada pelo magistrado sentenciante, a saber:

“Culpabilidade evidenciada, eis que tinha pleno conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, ou seja possuir droga para tráfico é criminosa (negativa); Antecedentes criminais maculados (fl. 86); Conduta social é desconhecida eis que não há o conhecimento se o acusado tem emprego fixo ou outra renda além do tráfico de drogas (positiva); personalidade não sendo aferida nos autos: (positiva); motivos do crime não o favorecem, isto é, são censuráveis, já que fomenta com a venda de drogas a desgraça alheia (negativa); Circunstância do crime também não lhe é favorável, pois difunde o uso de substância entorpecente (negativa); consequências do crime relevante, pois a venda de substâncias entorpecentes gera uma cadeia permissiva de difusão de outros crimes como o contrabando de armas, estupros, assaltos, homicídios, dentre outros, além de causar sérios e irreversíveis prejuízos à saúde pública (negativa); Comportamento da vítima (a saúde pública), não facilitou e nem incentivou o ato criminoso, portanto não podemos dizer que a mesma foi colaboradora do crime” (negativa); sua situação econômica presume-se ser ruim, haja vista que não há registros de emprego em nome do acusado (positivo).

Tendo em vista as circunstâncias acima analisadas, fixo a **pena-base em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 540 (seiscentos e noventa) dias-multa.**” (ID 5583905, págs. 2/3, grifos nossos).

Na espécie, constata-se que foram utilizadas considerações genéricas e próprias do tipo penal, sendo os fundamentos empregados inidôneos para exasperação da pena-base, afastando-se o magistrado sentenciante da diretriz sumular desta E. Corte de Justiça no sentido de que **“a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal”** (Súmula 17/TJPA).

Quanto à **culpabilidade** prevista no art. 59 do CP, enquanto circunstância judicial, diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada, portanto, não se confunde com a culpabilidade normativa que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal.



Com base nessa premissa, constata-se que a fundamentação utilizada pelo juízo *a quo*, baseada no **pleno conhecimento do caráter ilícito da conduta, ou seja, “possuir droga para tráfico é criminosa” (sic)**, não se revela idônea para valorar negativamente o vetor da culpabilidade, haja vista que trata-se de **elementar do tipo penal** em questão.

Segundo entendimento jurisprudencial do STJ, **“há um equívoco, portanto, na valoração realizada pelo Juízo de origem, durante o cálculo dosimétrico, consubstanciado na constatação de que “ao tempo do fato [o réu] era plenamente imputável, possuía potencial condição de entender o caráter ilícito do fato e de ter conduta compatível com o ordenamento jurídico”** (AgRg no AREsp n. 1.732.773/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022).

Em relação aos **antecedentes**, importa ressaltar que a Suprema Corte fixou a tese de que **“a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria de pena” (Tema 129)**, tendo o STJ entendimento sumulado no sentido de que **“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula n. 444/STJ)**.

No caso em tela, consta na certidão de antecedentes criminais que o apelante responde a dois procedimentos criminais, um referente ao crime de roubo qualificado (processo n. 0000923-54.2016.8.14.0081) e o presente processo referente ao crime de tráfico de drogas (ID 5583904 - Pág. 15), inexistindo comprovação de sentença penal condenatória anterior transitada em julgado, de maneira que, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para agravar a pena-base, impondo-se o afastamento da negatização do referido vetor.

Da mesma forma, os vetores **motivos, circunstâncias e consequências do crime** foram valorados pela instância ordinária de forma inidônea no cálculo dosimétrico, com base em fundamentos genéricos e inerentes ao crime de tráfico de drogas, qual seja, a venda de drogas, fomento da desgraça alheia, difusão do uso de substância entorpecente e de outros crimes, além de prejuízo à saúde pública.

É sabido que a busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime. Além disso, as circunstâncias do crime, reputadas como deletérias, não podem sopesar na pena-base, enquanto as consequências nefastas para a sociedade, por serem ínsitas ao delito de tráfico de entorpecentes, não podem ser consideradas para o agravamento da pena-base, segundo precedentes do STJ (*vide* REsp n. 1135435/ES, HC n. 422413/SE, HC 61007/PA).

Por fim, conforme entendimento sumular desta Corte de Justiça Estadual, **“o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente, ou seja, ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição”** (Súmula 18/TJPA), sendo que, na espécie, não há que se cogitar acerca do comportamento da vítima, em razão de ser o Estado.

Portanto, diante da ausência de fundamentação idônea e concreta, é de rigor o afastamento da negatização das vetorais, com a redução da pena-base ao mínimo legal na primeira fase da dosimetria da pena, merecendo reforma a sentença neste particular.

Na segunda fase, o juízo sentenciante consignou a inexistência de agravantes e atenuantes de pena, de modo que não havendo a incidência de circunstância atenuante na fase intermediária, não há que se falar em afastamento da Súmula 231/STJ e aplicação da pena basilar abaixo do mínimo legal, estando prejudicado o pleito recursal neste aspecto.



Outrossim, ainda que assim não fosse, o pleito não seria acolhido, pois a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.117.068/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Temas 190 e 191), assentou que **“a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula nº 231 desta Corte Superior”** (REsp n. 1.117.068/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe de 8/6/2012).

Com relação ao **tráfico privilegiado**, verifica-se que o juízo sentenciante não aplicou a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

É sabido que a aplicação da minorante visa punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da legislação de regência.

Nesse viés, o reconhecimento do tráfico privilegiado exige a presença cumulativa de quatro requisitos legais, a saber: **que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.**

No caso em apreço, o réu possui registro de ações penais em curso, conforme consta na certidão judicial criminal positiva acostada aos autos (ID 5583904), porém, não se constata prática anterior de traficância ao crime apurado nestes autos, de modo que tal circunstância não pode servir como fundamento para negar a aplicação da minorante especial, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, da CF/88.

Seguindo essa linha de inteligência, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1977027/PR e REsp n. 1977180/PR, decididos sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 1139), fixou a tese jurídica de que **“é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06”** (STJ, REsp n. 1977027/PR e REsp n. 1977180/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe de 18/08/2022).

Noutro giro, ressalte-se que na primeira fase da aplicação da pena, todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante, além de ser primário, ante a inexistência de comprovação de sentença penal condenatória anterior transitada em julgado. Da mesma forma, não se encontra presente nos autos nenhum fato concreto que conduza à certeza de sua participação em qualquer organização criminosa, ou que se dedique à atividades criminosas.

Ante o quadro, constata-se que **o apelante preenche os requisitos exigidos para o reconhecimento do tráfico privilegiado, previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, de maneira que, na terceira fase da dosimetria da pena, deverá sua reprimenda ser reduzida dentro dos patamares mínimo e máximo estabelecidos em lei.

Quanto ao patamar de redução da pena, a jurisprudência das Cortes Superiores tem assentado que o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Nessa linha de inteligência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sufragado entendimento no sentido de que **“não há método dosimétrico tarifado para a escolha do percentual da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas discricionariedade motivada instituída na lei penal brasileira”**. Ademais, **“se a própria lei não estipulou parâmetros certos com pesos definidos para a implementação do percentual da**



causa de diminuição, é lícito ao julgador, dentro de certa margem de discricionariedade, fixar esse valor, sempre com a devida fundamentação” (EAREsp n. 1.913.808/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 22/3/2023, DJe de 3/4/2023),

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tema 712), decidiu pela **“possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”**, fixando a tese de que **“as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”** (ARE 666334 RG, Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014, publicação em 06/05/2014).

Ademais, a jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido da possibilidade de aplicação da minorante no patamar de 1/6 em razão da natureza e quantidade da droga (*vide* RHC 137.384/SP).

Assim, considerando que tais circunstâncias, previstas no art. 42 da Lei 11.343/2006, não foram aferidas na primeira fase de aplicação da pena, podem servir como parâmetro para decidir sobre a fração aplicada em razão da incidência do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

Nesse cenário, as particularidades do caso concreto indicam que a redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) mostra-se suficiente para a reprovação do crime, além de adequada e proporcional ao caso concreto, especialmente considerando a natureza, diversidade e poder lesivo das substâncias ilícitas apreendidas com o apelante (maconha e cocaína), desautorizando a redução da pena em seu grau máximo.

No mais, com a realização de novo cálculo dosimétrico haverá redução da pena de multa para o patamar mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal, restando atendido o pleito defensivo neste particular.

Não obstante, consigne-se que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 1.347.158 RG (Tema 1178), reconheceu a constitucionalidade da multa mínima prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, fixando a tese seguinte: **“A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena”** (RE 1347158 RG, Relator: Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/2021, publicação em 27/10/2021).

Por derradeiro, incabível a aplicação do regime aberto para cumprimento da reprimenda e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do não preenchimento do requisito objetivo referente à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, em conformidade com o art. 33, §2º, “b” e art. 44, inciso I, ambos do CP.

III. RECÁLCULO DOSIMÉTRICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

Por conseguinte, diante da fundamentação expendida e em estrita observância ao disposto nos arts. 68 e 59 do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, **refaço o cálculo dosimétrico da pena**, conforme disposto a seguir:

Dosimetria da pena relativamente ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).



Na **primeira fase** da aplicação da pena (art. 59 do CP), verifico que o acusado agiu com **culpabilidade** normal à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole os limites previstos pelo tipo incriminador.

Relativamente aos **antecedentes criminais**, constato que o acusado ostenta registros criminais, porém, verifico que tal circunstância não conduz ao reconhecimento da reincidência, em razão da inexistência de comprovação de sentença penal condenatória anterior transitada em julgado, de maneira que, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência, a existência de ações penais em curso não pode ser considerada como maus antecedentes para agravar a pena-base, razão pela qual afasto a valoração negativa desta circunstância, com base no enunciado sumular n. 444/STJ.

Inexistem nos autos elementos que permitam aferir a **personalidade** e a **conduta social do réu**, razão pela qual deixo de valorar essas circunstâncias.

O **motivo** do delito é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pelo próprio tipo penal; as **circunstâncias** se encontram narradas nos autos, nada tendo a se valorar, e as **consequências do delito** se encontram inseridas na própria figura típica, não podendo ser considerado para fins de majoração da pena-base.

Acerca do **comportamento da vítima** nada há que se cogitar, porque se trata do Estado, de modo que considero este vetor neutro, nos moldes da Súmula n. 18 do TJPA.

À vista da totalidade das circunstâncias analisadas serem favoráveis ao acusado, **fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, cada um equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em observância ao disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/2006, ante a inexistência de informações a respeito da situação financeira do acusado.

Na **segunda fase**, inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes a valorar, de modo que a reprimenda remanesce no *quantum* fixado.

Finalmente, na **terceira fase**, considerando o reconhecimento do tráfico privilegiado, verifico que concorre a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual **reduzo a pena em 1/6 (um sexto)**, ficando em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**.

Inexistindo outras causas de aumento ou diminuição a considerar, **fixo a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**, mantendo-se o valor do dia-multa anteriormente fixado.

Com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o condenado deverá cumprir a pena privativa de liberdade em **REGIME SEMIABERTO**.

Em face da quantidade de pena cominada, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do CP.

Por derradeiro, mantenho os demais termos da sentença proferida nos autos, por seus jurídicos e legais fundamentos.

Ante o exposto, considerando as razões expendidas, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformar a sentença no tocante à dosimetria penal e, por conseguinte, redimensionar a pena privativa de liberdade para fixá-la, em definitivo, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 417



(quatrocentos e dezessete) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença condenatória, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

Desembargadora KÉDIMA LYRA

Relatora

Belém, 16/12/2023



A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA KÉDIMA LYRA (RELATORA):

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta em favor de **EDINELSON DA SILVA OLIVEIRA**, [<https://pje.tjpa.jus.br/pje-2g/Processo/ConsultaProcesso/Detalle/detalheParte.seam?idProcessoTrf=164870&pessoaHome=EDINELSON+DA+SILVA+OLIVEIRA+%28APELANTE%2FAPELADO%29&id=854586>], objetivando reformar a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Belém/PA, que condenou o réu à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas capitulado no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Narra a exordial acusatória que no dia 16/09/2017, por volta das 20h45min, policiais militares realizavam ronda ostensiva quando receberam uma denúncia anônima de comercialização de drogas no Bairro Castanheira. Em diligência, pelas características descritas na denúncia, identificaram e abordaram em via pública o denunciado EDINELSON DA SILVA OLIVEIRA. Ato contínuo, dirigiram-se até a residência do réu e apreenderam no interior de uma bolsa, pendurada na parede, 32 (trinta e duas) petecas de drogas semelhantes à cocaína e uma embalagem de erva prensada assemelhada a substância conhecida como maconha. Diante dos fatos, o órgão ministerial promoveu a instauração da competente ação penal, dando o réu como incurso no crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 (ID 5583899, págs. 2-5).

Recebida a denúncia, o feito seguiu os trâmites legais, culminando com a prolação da sentença condenatória do réu (ID 5583905).

Em **razões recursais** o apelante requer: **(i)** absolvição por insuficiência de provas; **(ii)** desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso e remessa dos autos ao juizado especial criminal; **(iii)** recálculo dosimétrico com fixação da pena-base no mínimo legal em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ressaltando a fundamentação inidônea na valoração negativa dos vetores da culpabilidade, antecedentes criminais (súmula 444/STJ), motivos, circunstâncias e consequências do crime; **(iv)** afastamento da incidência da súmula 231/STJ, para redução da pena abaixo do mínimo legal; **(v)** aplicação do tráfico privilegiado no patamar máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; **(vi)** fixação do regime aberto para cumprimento inicial da pena; **(vii)** substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e **(viii)** fixação da pena de multa em patamar reduzido (ID 5583906).

O Ministério Público de primeiro grau apresentou contrarrazões recursais, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso apelatório (ID 5583906/5583907).

Nesta Superior Instância, a d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a pena-base no mínimo legal, em razão da ausência de fundamentação idônea na valoração negativa das circunstâncias judiciais (ID 5583909).

É o relatório.



Atendidos os pressupostos e condições de admissibilidade, bem como diante da inexistência de questões preliminares passíveis de apreciação, conheço do recurso e passo ao exame do *meritum causae*.

I. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Na espécie, o recorrente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

A defesa pugna, inicialmente, pela **absolvição por insuficiência de provas** com fulcro no art. 386, VII, do CPP, sob o argumento de que não existem provas robustas que autorizem a condenação, sustentando que deve prevalecer os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Não obstante, verifica-se em análise exauriente da prova trazida à baila em sede recursal, que **não prospera a tese de absolvição por insuficiência probatória**.

A esse propósito, veja-se que a **materialidade** do delito de tráfico de drogas restou comprovada por meio do **Auto de Exibição e Apreensão** de substância entorpecente (ID 5583899 - Pág. 23), e pelos **Laudos Toxicológicos Provisório** (ID 5583899 - Pág. 26) e **Laudos Toxicológicos Definitivo** (5583902 - Pág. 5), os quais atestaram que o material apreendido – 01 tablete de erva pequena, pesando 0,5 grama e 32 petecas pequenas, pesando 8,0 gramas - tratava-se de substância entorpecente, com resultado positivo para “maconha” e “cocaína”.

No tocante à **autoria** delitiva, ao contrário do afirmado nas razões recursais, a prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, mostra-se firme, harmônica e conclusiva para sustentar a condenação do apelante pelo crime imputado na exordial acusatória.

Neste particular, consigne-se que a testemunha de acusação **CLÉCIO SILVA DO NASCIMENTO**, policial militar, ao ser ouvido em juízo declarou que estava de serviço quando recebeu uma denúncia anônima de venda de drogas e ao chegarem no local indicado encontraram o réu. Afirmou, ainda, “que encontrou a droga no kit net do acusado; que a droga estava dentro de uma mochila; que o acusado o levou ao kit net; que eram 32 petecas todas embaladas” (ID 5583903 – págs. 3-5). Em complemento, a testemunha de acusação **MÁRCIO CABRAL DE MORAES**, policial militar, relatou que durante a revista na residência do acusado, o agente Clécio encontrou a droga, tendo presenciado a apresentação de um pacote contendo várias petecas embaladas com plástico vermelho (ID 5583903 – mídia).

Nesse cenário, verifica-se que os testemunhos dos agentes policiais que participaram da diligência, efetuaram a abordagem e a prisão em flagrante do acusado, e em revista encontraram no interior da residência as substâncias entorpecentes, são conclusivos em demonstrar a certeza da autoria delitiva em relação ao crime de tráfico de drogas, considerando o princípio do livre convencimento motivado.

Sob esse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que **“os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie”** (AgRg no AREsp n. 1997048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Julgamento: 15/02/2022, Data de Publicação: DJe 21/02/2022).

Outrossim, é firme a jurisprudência da Corte Superior de que **“o art. 33, caput, da Lei**



11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive manter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização” (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1872753/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021). Ademais, cumpre destacar que **“o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades "transportar", "trazer consigo" e "guardar" é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares”** (HC nº 730790/SP, Decisão Monocrática, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJe 31/05/2022).

Consigne-se, ainda, que **“para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz “ainda que gratuitamente” -, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância”** (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021), hipótese retratada nos autos, em que a substância entorpecente apreendida estava em porções individuais, embaladas em plásticos na cor vermelha, conforme descrito no auto de apreensão e no laudo pericial de exame toxicológico definitivo, circunstância que evidencia a finalidade mercantil e configura o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

No tocante à **alegação de que a droga seria para uso próprio**, tal versão não restou comprovada nos autos, apresentando-se dissociada do contexto probatório, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de provar ser o réu apenas usuário, sendo inviável a desclassificação para o delito de porte de droga para uso próprio.

Não obstante, ainda que fosse adotado entendimento diverso no sentido de que a droga se destinava ao consumo pessoal, é cediço que a alegada condição de usuário, por si só, não afasta a traficância, uma vez que, para a incidência do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, as condutas típicas previstas devem ser praticadas com a finalidade exclusiva de consumo pessoal, o que não se verifica na espécie, já que a droga apreendida possuía fins de comercialização, considerando as circunstâncias como foi encontrada, fracionada em 32 porções embaladas individualmente, em condições que evidencia sua destinação à terceiros.

À propósito, a jurisprudência das Cortes de Justiça Estaduais tem se firmado no sentido de que **“a prova da destinação exclusiva da droga para o consumo próprio é ônus que incumbe à defesa (art. 156 do CPP)”**, de modo que **“demonstrada a finalidade mercantil da substância entorpecente apreendida, caracterizado está o delito de tráfico de drogas, sendo incabível, por tal razão, a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos”** (TJMG, Apelação Criminal nº 10439190052514001 Muriaé, Relatora Desa. Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 18/05/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/05/2021).

Destarte, há que se reconhecer, na situação concreta, a inafastável caracterização do crime de tráfico de drogas, na forma descrita na denúncia, bem como a impossibilidade de desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, o que, por conseguinte, prejudica a tese de incompetência do juízo originário para julgamento do feito e o pleito de remessa dos autos ao juizado especial criminal.

II. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



RESTRITIVA DE DIREITOS EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO REFERENTE À QUANTIDADE DE PENA.

Afastado os pleitos absolutório e desclassificatório, verifico que a defesa postula o redimensionamento da pena aplicada, com a reforma do cálculo dosimétrico para fixação da pena-base no mínimo legal, ressaltando a ausência de fundamentação idônea para a valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

A esse respeito, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do apelo, pontuando que “o Juiz sentenciante utilizou argumentos genéricos e próprios do tipo penal para sopesar como desfavoráveis as referidas circunstâncias judiciais, o que não é permitido para exasperar a pena-base” (ID 5583909 – Pág. 7).

Da análise da dosimetria da pena, verifica-se que foram valoradas desfavoravelmente ao apelante as circunstâncias judiciais da **culpabilidade, antecedentes criminais, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima**, sendo aplicada a pena basilar de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa**.

Nesse desiderato, oportuno trazer à colação a aplicação da pena-base efetuada pelo magistrado sentenciante, a saber:

“Culpabilidade evidenciada, eis que tinha pleno conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, ou seja possuir droga para tráfico é criminosa (negativa); Antecedentes criminais maculados (fl. 86); Conduta social é desconhecida eis que não há o conhecimento se o acusado tem emprego fixo ou outra renda além do tráfico de drogas (positiva); personalidade não sendo aferida nos autos: (positiva); motivos do crime não o favorecem, isto é, são censuráveis, já que fomenta com a venda de drogas a desgraça alheia (negativa); Circunstância do crime também não lhe é favorável, pois difunde o uso de substância entorpecente (negativa); consequências do crime relevante, pois a venda de substâncias entorpecentes gera uma cadeia permissiva de difusão de outros crimes como o contrabando de armas, estupros, assaltos, homicídios, dentre outros, além de causar sérios e irreversíveis prejuízos à saúde pública (negativa); Comportamento da vítima (a saúde pública), não facilitou e nem incentivou o ato criminoso, portanto não podemos dizer que a mesma foi colaboradora do crime” (negativa); sua situação econômica presume-se ser ruim, haja vista que não há registros de emprego em nome do acusado (positivo).

Tendo em vista as circunstâncias acima analisadas, fixo a **pena-base em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 540 (seiscentos e noventa) dias-multa.**” (ID 5583905, págs. 2/3, grifos nossos).

Na espécie, constata-se que foram utilizadas considerações genéricas e próprias do tipo penal, sendo os fundamentos empregados inidôneos para exasperação da pena-base, afastando-se o magistrado sentenciante da diretriz sumular desta E. Corte de Justiça no sentido de que **“a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal”** (Súmula 17/TJPA).

Quanto à **culpabilidade** prevista no art. 59 do CP, enquanto circunstância judicial, diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada, portanto, não se confunde com a culpabilidade normativa que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal.



Com base nessa premissa, constata-se que a fundamentação utilizada pelo juízo *a quo*, baseada no **pleno conhecimento do caráter ilícito da conduta, ou seja, “possuir droga para tráfico é criminosa” (sic)**, não se revela idônea para valorar negativamente o vetor da culpabilidade, haja vista que trata-se de **elementar do tipo penal** em questão.

Segundo entendimento jurisprudencial do STJ, **“há um equívoco, portanto, na valoração realizada pelo Juízo de origem, durante o cálculo dosimétrico, consubstanciado na constatação de que “ao tempo do fato [o réu] era plenamente imputável, possuía potencial condição de entender o caráter ilícito do fato e de ter conduta compatível com o ordenamento jurídico”** (AgRg no AREsp n. 1.732.773/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022).

Em relação aos **antecedentes**, importa ressaltar que a Suprema Corte fixou a tese de que **“a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria de pena” (Tema 129)**, tendo o STJ entendimento sumulado no sentido de que **“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula n. 444/STJ)**.

No caso em tela, consta na certidão de antecedentes criminais que o apelante responde a dois procedimentos criminais, um referente ao crime de roubo qualificado (processo n. 0000923-54.2016.8.14.0081) e o presente processo referente ao crime de tráfico de drogas (ID 5583904 - Pág. 15), inexistindo comprovação de sentença penal condenatória anterior transitada em julgado, de maneira que, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para agravar a pena-base, impondo-se o afastamento da negatização do referido vetor.

Da mesma forma, os vetores **motivos, circunstâncias e consequências do crime** foram valorados pela instância ordinária de forma inidônea no cálculo dosimétrico, com base em fundamentos genéricos e inerentes ao crime de tráfico de drogas, qual seja, a venda de drogas, fomento da desgraça alheia, difusão do uso de substância entorpecente e de outros crimes, além de prejuízo à saúde pública.

É sabido que a busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime. Além disso, as circunstâncias do crime, reputadas como deletérias, não podem sopesar na pena-base, enquanto as consequências nefastas para a sociedade, por serem ínsitas ao delito de tráfico de entorpecentes, não podem ser consideradas para o agravamento da pena-base, segundo precedentes do STJ (*vide* REsp n. 1135435/ES, HC n. 422413/SE, HC 61007/PA).

Por fim, conforme entendimento sumular desta Corte de Justiça Estadual, **“o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente, ou seja, ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição”** (Súmula 18/TJPA), sendo que, na espécie, não há que se cogitar acerca do comportamento da vítima, em razão de ser o Estado.

Portanto, diante da ausência de fundamentação idônea e concreta, é de rigor o afastamento da negatização das vetorais, com a redução da pena-base ao mínimo legal na primeira fase da dosimetria da pena, merecendo reforma a sentença neste particular.

Na segunda fase, o juízo sentenciante consignou a inexistência de agravantes e atenuantes de pena, de modo que não havendo a incidência de circunstância atenuante na fase intermediária, não há que se falar em afastamento da Súmula 231/STJ e aplicação da pena basilar abaixo do mínimo legal, estando prejudicado o pleito recursal neste aspecto.



Outrossim, ainda que assim não fosse, o pleito não seria acolhido, pois a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.117.068/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Temas 190 e 191), assentou que **“a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula nº 231 desta Corte Superior”** (REsp n. 1.117.068/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe de 8/6/2012).

Com relação ao **tráfico privilegiado**, verifica-se que o juízo sentenciante não aplicou a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

É sabido que a aplicação da minorante visa punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da legislação de regência.

Nesse viés, o reconhecimento do tráfico privilegiado exige a presença cumulativa de quatro requisitos legais, a saber: **que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.**

No caso em apreço, o réu possui registro de ações penais em curso, conforme consta na certidão judicial criminal positiva acostada aos autos (ID 5583904), porém, não se constata prática anterior de traficância ao crime apurado nestes autos, de modo que tal circunstância não pode servir como fundamento para negar a aplicação da minorante especial, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, da CF/88.

Seguindo essa linha de inteligência, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1977027/PR e REsp n. 1977180/PR, decididos sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 1139), fixou a tese jurídica de que **“é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06”** (STJ, REsp n. 1977027/PR e REsp n. 1977180/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe de 18/08/2022).

Noutro giro, ressalte-se que na primeira fase da aplicação da pena, todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante, além de ser primário, ante a inexistência de comprovação de sentença penal condenatória anterior transitada em julgado. Da mesma forma, não se encontra presente nos autos nenhum fato concreto que conduza à certeza de sua participação em qualquer organização criminosa, ou que se dedique à atividades criminosas.

Ante o quadro, constata-se que **o apelante preenche os requisitos exigidos para o reconhecimento do tráfico privilegiado, previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, de maneira que, na terceira fase da dosimetria da pena, deverá sua reprimenda ser reduzida dentro dos patamares mínimo e máximo estabelecidos em lei.

Quanto ao patamar de redução da pena, a jurisprudência das Cortes Superiores tem assentado que o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Nessa linha de inteligência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sufragado entendimento no sentido de que **“não há método dosimétrico tarifado para a escolha do percentual da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas discricionariedade motivada instituída na lei penal brasileira”**. Ademais, **“se a própria lei não estipulou parâmetros certos com pesos definidos para a implementação do percentual da**



causa de diminuição, é lícito ao julgador, dentro de certa margem de discricionariedade, fixar esse valor, sempre com a devida fundamentação” (EAREsp n. 1.913.808/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 22/3/2023, DJe de 3/4/2023),

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tema 712), decidiu pela **“possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”**, fixando a tese de que **“as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”** (ARE 666334 RG, Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014, publicação em 06/05/2014).

Ademais, a jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido da possibilidade de aplicação da minorante no patamar de 1/6 em razão da natureza e quantidade da droga (*vide* RHC 137.384/SP).

Assim, considerando que tais circunstâncias, previstas no art. 42 da Lei 11.343/2006, não foram aferidas na primeira fase de aplicação da pena, podem servir como parâmetro para decidir sobre a fração aplicada em razão da incidência do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

Nesse cenário, as particularidades do caso concreto indicam que a redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) mostra-se suficiente para a reprovação do crime, além de adequada e proporcional ao caso concreto, especialmente considerando a natureza, diversidade e poder lesivo das substâncias ilícitas apreendidas com o apelante (maconha e cocaína), desautorizando a redução da pena em seu grau máximo.

No mais, com a realização de novo cálculo dosimétrico haverá redução da pena de multa para o patamar mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal, restando atendido o pleito defensivo neste particular.

Não obstante, consigne-se que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 1.347.158 RG (Tema 1178), reconheceu a constitucionalidade da multa mínima prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, fixando a tese seguinte: **“A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena”** (RE 1347158 RG, Relator: Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/2021, publicação em 27/10/2021).

Por derradeiro, incabível a aplicação do regime aberto para cumprimento da reprimenda e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do não preenchimento do requisito objetivo referente à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, em conformidade com o art. 33, §2º, “b” e art. 44, inciso I, ambos do CP.

III. RECÁLCULO DOSIMÉTRICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

Por conseguinte, diante da fundamentação expendida e em estrita observância ao disposto nos arts. 68 e 59 do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, **refaço o cálculo dosimétrico da pena**, conforme disposto a seguir:

Dosimetria da pena relativamente ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).



Na **primeira fase** da aplicação da pena (art. 59 do CP), verifico que o acusado agiu com **culpabilidade** normal à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole os limites previstos pelo tipo incriminador.

Relativamente aos **antecedentes criminais**, constato que o acusado ostenta registros criminais, porém, verifico que tal circunstância não conduz ao reconhecimento da reincidência, em razão da inexistência de comprovação de sentença penal condenatória anterior transitada em julgado, de maneira que, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência, a existência de ações penais em curso não pode ser considerada como maus antecedentes para agravar a pena-base, razão pela qual afasto a valoração negativa desta circunstância, com base no enunciado sumular n. 444/STJ.

Inexistem nos autos elementos que permitam aferir a **personalidade** e a **conduta social do réu**, razão pela qual deixo de valorar essas circunstâncias.

O **motivo** do delito é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pelo próprio tipo penal; as **circunstâncias** se encontram narradas nos autos, nada tendo a se valorar, e as **consequências do delito** se encontram inseridas na própria figura típica, não podendo ser considerado para fins de majoração da pena-base.

Acerca do **comportamento da vítima** nada há que se cogitar, porque se trata do Estado, de modo que considero este vetor neutro, nos moldes da Súmula n. 18 do TJPA.

À vista da totalidade das circunstâncias analisadas serem favoráveis ao acusado, **fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, cada um equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em observância ao disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/2006, ante a inexistência de informações a respeito da situação financeira do acusado.

Na **segunda fase**, inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes a valorar, de modo que a reprimenda remanesce no *quantum* fixado.

Finalmente, na **terceira fase**, considerando o reconhecimento do tráfico privilegiado, verifico que concorre a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual **reduzo a pena em 1/6 (um sexto)**, ficando em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**.

Inexistindo outras causas de aumento ou diminuição a considerar, **fixo a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**, mantendo-se o valor do dia-multa anteriormente fixado.

Com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o condenado deverá cumprir a pena privativa de liberdade em **REGIME SEMIABERTO**.

Em face da quantidade de pena cominada, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do CP.

Por derradeiro, mantenho os demais termos da sentença proferida nos autos, por seus jurídicos e legais fundamentos.

Ante o exposto, considerando as razões expendidas, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformar a sentença no tocante à dosimetria penal e, por conseguinte, redimensionar a pena privativa de liberdade para fixá-la, em definitivo, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 417



(quatrocentos e dezessete) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença condenatória, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

Desembargadora KÉDIMA LYRA

Relatora



APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS. VALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. DESTINAÇÃO MERCANTIL COMPROVADA.

1. Segundo entendimento placitado no Superior Tribunal de Justiça, “o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive manter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização” (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1872753/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021).

2. Na hipótese dos autos, a materialidade restou comprovada pelo auto de apreensão e laudo toxicológico definitivo, atestando a natureza, quantidade, diversidade e lesividade das substâncias ilícitas apreendidas, com resultado positivo para “maconha” e “cocaína”, assim como a autoria delitiva por meio da prova testemunhal produzida em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, consistente no depoimento de agentes policiais que efetuaram a prisão do acusado e encontraram a droga em sua residência, sendo firme, harmônica e conclusiva para sustentar a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes, praticado na modalidade “ter em depósito”, razão pela qual não subsiste a tese de absolvição por insuficiência probatória.

3. Outrossim, importante ressaltar que “os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie” (AgRg no AREsp n. 1997048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Julgamento: 15/02/2022, Data de Publicação: DJe 21/02/2022).

4. Ademais, é cediço que para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente, bastando que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021), hipótese retratada nos autos, em que a droga apreendida estava fracionada em 32 porções embaladas individualmente, evidenciando sua destinação à terceiros.

5. No tocante à alegação de que a droga seria para uso próprio, tal versão não restou comprovada nos autos, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de provar ser o réu apenas usuário, sendo inviável a desclassificação para o delito de porte de droga para uso próprio.

6. Ressalte-se que a condição de usuário, por si só, não afasta a traficância, uma vez que, para a incidência do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, as condutas típicas previstas devem ser praticadas com a finalidade exclusiva de consumo pessoal, o que não restou comprovado nos autos, pois as circunstâncias da infração demonstraram a destinação de mercancia da substância ilícita, caracterizando o delito de tráfico de drogas.

7. Além disso, a jurisprudência das Cortes de Justiça Estaduais tem se firmado no sentido de que “a prova da destinação exclusiva da droga para o consumo próprio é ônus que incumbe à defesa (art. 156 do CPP)”, de modo que “demonstrada a finalidade mercantil da substância entorpecente apreendida, caracterizado está o delito de tráfico de drogas, sendo incabível, por tal razão a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos” (TJMG, Apelação Criminal nº 10439190052514001 Muriaé, Relatora Desa. Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 18/05/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/05/2021).



REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA BENESSE LEGAL. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO).

8. Conforme entendimento sumulado por esta Corte de Justiça, “a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal” (Súmula 17/TJPA), impondo-se o redimensionamento da pena quando a sentença condenatória deixa de indicar fundamentos válidos para justificar a valoração negativa de circunstâncias judiciais, como se deu na espécie.

9. No caso em análise, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes criminais, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima foram valorados pela instância ordinária de forma inidônea no cálculo dosimétrico, com base em fundamentos genéricos e inerentes ao crime de tráfico de drogas, sendo de rigor o afastamento da negatização na primeira fase da dosimetria penal, com a redução da pena basilar ao mínimo legal previsto no preceito secundário do tipo incriminador.

10. Para o reconhecimento do tráfico privilegiado e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar à atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

11. *In casu*, apesar de o apelante possuir registro de ações penais em curso, tal circunstância não impede o reconhecimento do tráfico privilegiado, pois segundo a tese fixada na terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais 1977027/PR e 1977180/PR, decididos sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 1139), “é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, REsp n. 1977027/PR e REsp n. 1977180/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe de 18/08/2022).

12. Nesse cenário, constata-se que o acusado preenche os requisitos exigidos para o reconhecimento do tráfico privilegiado, previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, indicando as particularidades do caso em exame que a redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) é suficiente para a reprovação do crime, além de adequada e proporcional no caso concreto, em razão da natureza, diversidade e poder lesivo das substâncias ilícitas apreendidas com o acusado (maconha e cocaína), desautorizando a redução da pena em seu grau máximo.

AJUSTE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. SENTENÇA REFORMADA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO REFERENTE À QUANTIDADE DE PENA.

13. Cálculo dosimétrico ajustado para fixar a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, com manutenção dos demais termos da sentença proferida pelo juízo *a quo*.

14. Impossibilidade de fixação do regime aberto para cumprimento da reprimenda e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do não preenchimento do requisito objetivo referente à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, em conformidade com o art. 33, §2º, “b” e art. 44, inciso I, ambos do CP.



RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da **PRIMEIRA TURMA DE DIREITO PENAL** do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, **em sessão presencial realizada em 12/12/2023**, por unanimidade de votos, **em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Belém (PA), 12 de dezembro de 2023.

Desembargadora KÉDIMA LYRA

Relatora

