# RAZÕES DA APELAÇÃO

**COLENDA PROCURADORIA EGRÉGIA CÂMARA**

# SENHORES DESEMBARGADORES

Processo originário nº \_\_\_\_\_\_

Acusado: \_\_\_\_\_\_

Tipificação penal: artigo33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 c/c o artigo 40, inciso V, da mesma legislação

# I – DOS FATOS

\_\_\_\_\_\_, conhecido como *“*\_\_\_\_\_\_*”*, foi denunciado perante a \_ª Vara da Comarca de \_\_\_\_\_\_/PI pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/2006, com a causa de aumento de pena insculpida no artigo 40, inciso V, da sobredita lei, em face de, em data de \_\_\_\_\_\_, por volta de \_h\_min, no endereço \_\_\_\_\_\_, ter sido preso em flagrante delito ao transportar expressiva quantidade de drogas (maconha e cocaína) entre Estados da Federação, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na fase policial e em Juízo, o acusado relatou as circunstâncias nas quais os entorpecentes lhe foram entregues, ainda no Estado de São Paulo, para serem repassados a um indivíduo não identificado em \_\_\_\_\_\_-PI, o qual lhe efetuaria o pagamento da quantia de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) após o fornecimento.

Devidamente notificado, o denunciado apresentou defesa prévia (protocolo eletrônico de fl. \_\_).

À fl. \_\_, recebida a denúncia, ordenou-se a citação pessoal do delatado e a intimação dos demais envolvidos para audiência de instrução e julgamento, realizada às fls. \_\_, onde se procedeu à oitiva de uma testemunha arrolada pela acusação, além de interrogado o réu, deliberando-se, em assentada, pelo aguardo do retorno das Cartas Precatórias anteriormente expedidas, por ainda estarem dentro do prazo legal, bem como pela juntada do laudo definitivoconfeccionado.

Expirado o prazo outrora mencionado e acostado o laudo definitivo de exame pericial das substâncias entorpecentes encaminhadas às fls. \_\_, foram

apresentadas alegações finais pelo apelante e apelado (protocolos eletrônicos de fls. \_\_).

Às fls. \_\_, o MM. Juizprolatou sentença, julgando parcialmente procedentea denúncia ofertada, visto que restou reconhecida *in casu* a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Intimado do teor da sentença reportada em data de \_\_\_\_\_\_, conforme fl. \_\_, interpôs o órgão ministerial recurso de apelação em data de \_\_\_\_\_\_, como se vê à fl. \_.

Autos entregues ao órgão ministerial em data de \_\_\_\_\_\_ para apresentar razões do aludido recurso.

Eis o relatório.

# II – DO MÉRITO RECURSAL

Busca o Ministério Público, por meio da apelação em epígrafe, reformar parcialmente a sentença proferida pelo Juízo da \_ª Vara da Comarca de \_\_\_\_\_\_/PI, ao reconhecer, na terceira fase da dosimetria da pena, a minorante do tráfico privilegiado, estatuída no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Em que pese o ínclito magistrado tenha reputado que as folhas de antecedentes criminais colacionadas ao caderno processual às fls. \_\_ não possuem o condão de aferir a dedicaçãodo apelado às atividades criminosas, tal posicionamento, *data venia*, não se coaduna com a realidade fática e nem com os entendimentos dos Tribunais Pátrios e Cortes Superiores, consoante se deduzirá a seguir.

Com o fito de admitir a configuração da reportada causa de diminuição de pena, narrou o *decisum* vergastado, *in verbis*:

“Após compulsar os autos, não vislumbro elementos probatórios a indicar que o réu não seja primário ou que possua maus antecedentes. Neste particular, cumpre destacar que o espelho de processo juntada pela autoridade policial em fls. 29, dando conta de ação penal contra o acusado perante a justiça paulista, não se mostra idôneo para se reconhecer a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado a ensejar a reincidência do acusado.”

(...*omissis*...)

Vale pontuar, também, a inidoneidade do registro de ação penal na Comarca de Valença/PI, fls. 30, para fins de se reconhecer ao acusado a pecha de se tratar de pessoa que se dedique as atividades criminosas, uma vez que tal registro trata de apenas 01(uma) ação penal no âmbito da violência doméstica, tendo sido imputado ao réu a prática dos crimes previstos nos arts. 147 e 129, ambos do CP, tendo como vítima a sua esposa, fato supostamente ocorrido em 07.01.2013, sendo certo que não é este o sentido de dedicação as atividades criminosas revelado pela legislação de drogas.

Com efeito, é de se prestigiar o princípio da presunção de inocência, para se reconhecer que a acusação *tem a carga probatória de descobrir hipóteses e provas* (LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal, p.355, 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2019) a indicar que o acusado se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Destarte resta inviável presumir que o réu se dedicava exclusivamente a atividade criminosa, existindo evidências de uma travessia do acusado na mercância de drogas (transporte na condição de **‘mula do tráfico’**), e neste aspecto é de se ressaltar ser o réu primário e não possuir maus antecedentes.”

Preceitua o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, que as penas do crime de tráfico definidas em seu *caput* e no § 1º poderão ser reduzidas, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ora, Excelências, como bem explicitou o nobre magistrado, o apelado responde a dois processos criminais distintos, além do presente feito: o primeiro, registrado na Comarca de São Paulo-SP, por tráfico de drogas, no qual consta condenação; o segundo por lesão corporal e ameaça praticados no âmbito da violência doméstica, os quais foram perpetrados na comarca de \_\_\_\_\_\_/PI.

Pontuou a sentença questionada que o fato de o réu ostentar ação penal perante a justiça paulista não se mostra suficiente a revelar sua dedicação a atividades criminosas, vez que tal fato ocorreu em 2003, de modo que, em razão do tempo decorrido, não há como reconhecer utilidade de tal registro no sentido de macular sua conduta pessoal.

Bem verdade é que não há sequer registro de que tal ação penal tenha transitado em julgado para a defesa ou de eventual execução criminal, ou seja, embora exista o transcurso de um extenso lapso temporal, inegavelmente, trata-se de

processo em andamento, com inúmeros desdobramentos possíveis, que se afigura hábil SIM a externar dedicação a atividades criminosas por parte do apelado.

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiçauniformizou o entendimento da Corte e decidiu que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de maneira a afastar o benefício legal insculpido no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, conforme se vê:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.I - O

benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.III - **Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33,**

**§4º, da Lei 11.343/06**. IV - **In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar**

**,**

**condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado**

**considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito**”. (STJ – EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017). Grifo nosso.

Nesta esteira, até mesmo **o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí** vem se manifestando:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28. ELEMENTOS COMPROVAM A FINALIDADE DE MERCÂNCIA. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS. RELATOS TESTEMUNHAIS. **APLICAÇÃO DA**

**MINORANTE DO § 4º. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS EM CURSO QUE INDICAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. PARTE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. 1- Não há falar-se

em insuficiência de provas quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a materialidade e a autoria do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tais como o depoimento dos policiais militares que participaram das investigações criminais, bem como da prisão em flagrante do acusado na posse de grande quantidade de substâncias ilícitas acondicionadas de forma própria para o comércio. 2- Evidenciada a finalidade mercantil da droga, pela grande quantidade de droga e de dinheiro apreendida, além das circunstâncias do flagrante, inviável a desclassificação para uso 3-

**\"(...) é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343 /06\" (STJ - EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro Feliz Fischer, DJE 01/02/17)** 4- Fixada pena de 06 anos de reclusão, inviável a substituição da pena nos termos do art. 44 do CP. 5- Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33 , §§ 2.º e 3.º , c.c. o art. 59 , ambos do Código Penal. 6- Apelo conhecido e improvido”.(TJ-PI - APR: 00089356820138180140 PI, Relator: Des. Edvaldo Pereira de Moura, Data de Julgamento: 31/10/2018, 1ª Câmara Especializada Criminal). Grifo nosso.

*Ad argumentandum tantum*, o entendimento consolidado na Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, não colide com esse posicionamento, visto que ações penais e inquéritos policiais em andamento não podem servir para exasperar a pena-base, todavia poderão afastar a benesse processual do tráfico privilegiado. Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. EXCLUSÃO. DIMINUIÇÃO. PENA. IMPOSSIBILIDADE. TRAFICO PRIVILEGIADO. INOCORRÊNCIA. I –

**Conforme a Súmula 444 do STJ, inquéritos policiais e ações em curso não podem valorar negativamente a fixação da pena-base. II- Processos em trâmite, ainda sem condenação transitada em julgado, afastam a causa de diminuição do art. 33, § 4º,da Lei 11.343/06**. III – Para a fixação do montante da pena e escolha do regime de cumprimento, é necessário observar-se os critérios do Código Penal

Brasileiro. IV – O tráfico privilegiado e uma causa especial de diminuição de pena aplicada aos primários, de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas e não integrem organização criminosa”.(TJ-AM 00473026420058040001 AM 0047302-

64.2005.8.04.0001, Relator: Elci Simões de Oliveira, Data de Julgamento: 09/08/2017, Segunda Câmara Criminal). Grifo nosso.

“PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 621, I, CPP. TRÁFICO DE DROGAS. REVISIONANDO CONDENADO A 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARTIGO 59, DA LEI PENAL. PENA REDIMENSIONADA. **DEDICAÇÃO ÀS PRÁTICAS DELITIVAS. VEDAÇÃO À INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006**. PEDIDO REVISIONAL JULGADO PARCIALMENTE

PROCEDENTE. I – (...). VII - As anotações utilizadas para exasperar a pena-base não retratam a existência de sentença condenatória transitada em julgado, portanto inservíveis para caracterizar os maus antecedentes. O verbete sumular 444 do Superior Tribunal de Justiça pacificou a temática ao não permitir a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. VIII - **A existência de processos em curso, conquanto não possa ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes (Súmula 444/STJ), permite a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas, constituindo fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado. Precedentes da Corte Superior**. IX –( )”. (TJ-BA - RVCR:

00129287520178050000, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/10/2017). Grifo nosso.

Logo, vez que o acusado tem em seu desfavor uma ação penal em curso pelo delito de tráfico de drogas, é inconteste sua devoção às atividades criminosas, sobretudo relacionadas às substâncias estupefacientes, pois, anos depois, ainda veio a responder a processo por crime da mesma natureza.

Por outro lado, frise-se que a ação penal que tramita na Comarca de \_\_\_\_\_\_/PI, sendo esta do ano de 2013, mesmo possuindo tipo penal distinto, pode valer como óbice à concessão da minorante.

Isto porque o § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, não prevê qualquer restrição nesse aspecto, o que não impede de serem valoradas as ações judiciais em curso para reconhecimento do empenho delitivo do agente, independentemente do bem jurídico que vier a violar.

Ainda, segundo a confissão do réu, este teve colaboração no transporte interestadual de drogas como *“mula”*, sendo contratado no Estado de São Paulo para levar 3,0 g (três gramas) de maconha, distribuídos em 02 (dois) invólucros plásticos e 1,98 kg (um quilograma e novecentos e oitenta gramas) de cocaína, armazenada em 02 (dois) volumes retangulares para a cidade de \_\_\_\_\_\_/PI, pelo que receberia o montante de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Razoável, destarte, a conclusão de que se dedicava às atividades criminosas, em razão da dinâmica do fato delituoso, tendo em vista que não o contratariam para empreender longa viagem e transportar tamanha quantidade de entorpecente, se não lhe depositassem confiança e acreditassem no sucesso da empreitada criminosa.

Certo é que a condição de *“mula”*, isoladamente, não constitui pressuposto de dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa, entretanto, alinhado a outros elementos de prova (como a existência de processo em curso por tráfico de drogas, o transporte interestadual e a vultosa quantidade de drogas), demonstram sua atuação em atos ilícitos.

Por oportuno, a aplicação da minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, em relação a quem responde a ações penais ou figura como investigado em inquéritos policiais viola sobremaneira o princípio da isonomia, pois o apelado será tratado da mesma forma que alguém sem qualquer registro criminal e ausente de periculosidade social.

De outra banda, não há sentido em desconsiderar fatos anteriores da vida do apelado, os quais servem para verificar se o crime praticado configura episódio isolado ou habitual.

Leia-se:

“APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO, PRELIMINARMENTE, NULIDADE DA SENTENÇA, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO CONTIDO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NO MÉRITO, REQUEREU A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ART. 28 DA SOBREDITA LEI. REJEIÇÃO DA PREFACIAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Preliminar

de nulidade da sentença. (...). **Reconhecimento da benesse do art. 33,**

**§ 4º, da Lei de Drogas. Impossibilidade de se fazer incidir a minorante do tráfico privilegiado. Favor legis destinado aos chamados traficantes neófitos, de primeira viagem e sem qualquer periculosidade social. Circunstâncias do fato que delineiam reiteração ilícita e positivam dedicação à atividade criminosa. A apreensão de várias cápsulas de cocaína, bem como sua forma de**

**acondicionamento, descortinam uma perspectiva de mercancia espúria, em detrimento invulgar da saúde pública, de modo a inviabilizar a outorga do benefício pretendido, muito embora seja o réu primário e de bons antecedentes**. Prequestionamento. As questões levantadas devem ser efetivamente discutidas, cabendo à defesa motivar sua irresignação, a fim de cumprir o requisito da impugnação específica e, por consequencia, possibilitar a discussão sobre as impugnações. Rejeição da preliminar. Recurso conhecido e desprovido”.(TJ-RJ - APL: 00009325420148190046 RJ 0000932- 54.2014.8.19.0046, Relator: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 25/02/2015, OITAVA CAMARA CRIMINAL,

Data de Publicação: 27/02/2015, 15:18). Grifo nosso.

Destarte, a minorante em comento pressupõe o preenchimento pelo agente de todos os requisitos previstos no §4º de forma cumulativa, de forma que o apelado, embora seja tecnicamente primário, devota-se às atividades criminosas, não fazendo jus a tal benefício.

# IV – DO PEDIDO

*Ex positis*, o **MINISTÉRIO PÚBLICO**, por sua presentante legal *in fine* assinada, apelante neste processo, requer ao Egrégio Tribunal de Justiça seja o presente recurso **CONHECIDO** e **PROVIDO** para reconhecer a não incidência da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, estatuída no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a qual foi admitida em prol do apelado na sentença vergastada, em dissonância ao conjunto probatório angariado.

Nestes Termos, Espera deferimento.

Local e data.

# Promotor(a) de Justiça