



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GABINETE DE DESEMBARGADOR

---

## ACÓRDÃO

### **APELAÇÃO CRIMINAL N. 0000025-43.2017.815.0351**

**ORIGEM:** 1ª Vara da Comarca de Sapé

**RELATOR:** Juiz Marcos William de Oliveira, convocado para compor a Câmara Criminal até o preenchimento da vaga de Desembargador

**APELANTE:** Israel da Silva Bernardo

**ADVOGADO:** Adailton Raulino Vicente da Silva (OAB/PB 11.612)

**APELADA:** Justiça Pública

**APELAÇÃO CRIMINAL.** TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. **1)** ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E HARMÔNICO. **2)** DEPOIMENTO DOS POLICIAIS ENCARRREGADOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. VALIDADE. **3)** DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. **4)** DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. **5)** CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N. 11.343/2006. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DO ENVOLVIMENTO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. **6)** CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. INAPLICABILIDADE. **7)** REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. VEDAÇÃO LASTREADA NO ART. 2º, §1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. **8)** PROVIMENTO PARCIAL.

**1)** É insustentável a tese de absolvição quando as provas da materialidade e da autoria do ilícito emergem de forma límpida e categórica do conjunto probatório coligido nos autos.

**2)** Os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do réu, e os demais elementos de prova constantes dos autos, são meio de prova idôneo e suficiente para dar sustentação ao édito condenatório, sobretudo porque foram prestados em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

**3)** Analisando-se a prova testemunhal, a forma como a droga foi encontrada, ou seja, fracionada e acondicionada em material plástico, e a quantidade de droga apreendida, constata-se que não era utilizada para consumo pessoal; destinava-se ao comércio ilegal, restando caracterizado o crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

**4)** A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não importando em injustiça no tocante à aplicação da pena.

**5)** Não há dúvidas, portanto, de que o tráfico ilícito de entorpecentes, praticado pelo apelante, envolveu um menor, que o auxiliava na empreitada criminoso, na medida em que, no mínimo, cedia sua residência para a realização da mercancia, mostrando-se irretocável o incremento sancionatório contido no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006.

**6)** Consoante vem se posicionando o Colendo STJ, "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 modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06". (HC 431.445/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 06/04/2018).

**7)** "Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, aos condenados por tráfico de drogas." (STJ. AgRg no REsp 1512607/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018).

**8)** Apelação provida em parte.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos.

**ACORDA** a Câmara Especializada Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, dar provimento parcial à apelação.**

Trata-se de apelação criminal interposta por ISRAEL DA SILVA BERNARDO contra a sentença (f. 142/154) proferida pela Juíza da 1ª Vara da Comarca de Sapé, que o condenou à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, além de 700 (setecentos) dias-multa, à proporção de 1/30 do salário mínimo, pela prática do crime capitulado no art. 33 c/c o art. 44, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006. Ao réu foi negado o direito de recorrer em liberdade, sendo mantida sua prisão preventiva.

Nas razões recursais (f. 174/189) o réu/apelante, inicialmente, pugnou pela sua absolvição quanto à prática do crime de tráfico de drogas, argumentando que o conjunto probatório é frágil para respaldar um decreto condenatório. Em caráter subsidiário e sucessivo, requereu: **(1)** desclassificação para o crime de posse de drogas para uso próprio, capitulado no art. 28 da Lei 11.343/2003; **(2)** aplicação da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo (2/3); **(3)** exclusão da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que não há prova nos autos de que o menor Lucas estava, de fato, envolvido com a traficância, seja como participante ou como vítima; **(4)** redução da pena-base, que foi fixada em patamar excessivo, pois, ao analisar negativamente a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime, a magistrada sentenciante fê-lo sem a necessária e obrigatória fundamentação específica; **(5)** fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento de pena.

Contrarrazões (f. 190/195) e parecer da Procuradoria de Justiça (f. 201/204), ambos pelo desprovimento do recurso apelatório.

É o relatório.

**VOTO: Juiz Convocado MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA**  
**Relator**

Recebo a apelação, uma vez que estão configurados os pressupostos de admissibilidade recursal.

Exsurge dos autos que o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do ora recorrente, ISRAEL DA SILVA BERNARDO, vulgo "RAEL", e de outro acusado (Leandro de França Augusto), dando-os como incurso nas sanções penais dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, bem como do art. 244-B da Lei n. 8.069/90.

Em síntese, a inicial acusatória narrou que:

(1) no dia 21 de dezembro de 2016, por volta das 16h30, os denunciados foram presos em flagrante delito, quando se encontravam no interior de uma residência traficando entorpecentes, sendo encontrados em poder deles 9,43 g de maconha e uma grande quantidade acondicionada em 19 embalagens plásticas, prontas para a comercialização;

(2) a polícia militar, ao receber informações de que os acusados, já conhecidos pelas autoridades locais, estariam realizando comércio ilícito de entorpecentes numa residência, localizada na Rua José Fernandes de Medeiros, diligenciou até o local, encontrando a droga, e observando que eles se valiam da ajuda de um adolescente para realizar o tráfico de entorpecentes.

Processado regularmente o feito, a pretensão acusatória estatal foi julgada parcialmente procedente, para condenar os réus, inclusive o ora insurreto, nas penas do art. 33 c/c o art. 44, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, absolvendo-os das demais imputações (associação ao tráfico e corrupção de menores).

A prova da materialidade e da autoria dos ilícitos emerge de forma límpida e categórica do conjunto probatório integrante dos autos por meio de informes trazidos de modo preciso e coerente.

A **materialidade** do crime, conquanto não tenha sido objeto de irresignação, restou suficientemente assentada pelo Auto de Prisão em

Flagrante Delito (apenso), pelo Termo de Apresentação e Apreensão (f. 14) e pelo Laudo de Exame Químico-Toxicológico definitivo (f. 99/102), constatando a presença da substância "maconha".

A **autoria**, por sua vez, restou patente pelo próprio Auto de Prisão em Flagrante (f. 03/07), pelos depoimentos das testemunhas e por todo o contexto probatório integrante do caderno processual.

A testemunha Josiel Meireles da Costa, policial militar que participou da operação que culminou com a prisão do apelante, asseverou em juízo (mídia de f. 115), que "soube desses fatos através de ligações, dando conta de um tráfico de drogas nessa referida rua, que dizia a residência e o nome de dois, Israel e Leandro, dizia o nome dos dois especificamente; e que eles alugavam a casa para consumir e vender drogas; que alugavam a casa no intuito de traficar drogas".

Segundo elucidou, a polícia já vinha investigando os acusados, e já tinha informes de que eles estavam traficando no local da casa. Afirmou que, ao chegar na casa apontada como "boca de fumo", bateu à porta e identificou-se como usuário de drogas, chamando na porta, ocasião em que, ao perceberem que se tratava de um policial, os acusados empreenderam fuga pelo quintal, pulando o muro, sendo, contudo, interceptados por outro policial que integrava a guarnição.

Confirmou, ainda, que, na ocasião da prisão em flagrante, foram pegos os dois acoimados, **Israel e Leandro**, e mais um **menor**, que estava no local, e que foram encontradas pequenas quantidades de entorpecentes, prontas para comercialização.

Corroborando o referido relato, **a testemunha Sérgio Gerônimo Marques**, também policial militar que participou da prisão em flagrante do recorrente, afirmou (mídia de f. 115) que recebeu notícia, via COPOM, de que estaria ocorrendo tráfico de drogas no endereço em que foram encontrados os acusados, e que, ao realizar a abordagem, foi apreendida droga em poder deles e de um menor, a qual estava embalada e acondicionada, pronta para a venda, aduzindo, ainda, que outras denúncias citavam a localidade e os nomes dos réus como sendo autores de tráfico de drogas, mas que somente no dia do flagrante obtiveram êxito em prendê-los.

Como é cediço, e conforme vem decidindo reiteradamente esta

Corte de Justiça<sup>1</sup>, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos sentenciados, e os demais elementos de prova constantes dos autos, são meio de prova idôneo e suficiente para sustentar um édito condenatório, sobretudo porque foram prestados em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Além do depoimento preciso dos policiais, não se pode olvidar que o apelante foi preso em flagrante e ainda tentou empreender fuga.

Ademais, em seu interrogatório, limitou-se a argumentar que é usuário de drogas, mas que não as comercializa, tese que não se sustenta quando confrontada com os depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante, os quais, de forma unânime, aduziram que várias foram as denúncias apontando os réus como praticantes do tráfico ilícito de entorpecentes.

Como se isso não bastasse, **a maconha apreendida estava fracionada e acondicionada em dezenove embalagens, conforme o Termo de Apresentação e Apreensão (f. 14)**, o que revela a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, e afasta, de plano, o pleito de desclassificação para o crime de posse de drogas para uso próprio, capitulado no art. 28 da Lei n. 11.343/2003.

Além disso, o apelante não logrou êxito em sua tentativa de justificar a origem do entorpecente.

Nesse contexto, resta evidenciada a prática do comércio de drogas, não havendo no processo elementos capazes de subsidiar a tese de que a droga seria para uso pessoal ou de que não pertencia ao recorrente.

Analisando-se a prova testemunhal, a forma como a droga foi encontrada, ou seja, fracionada e acondicionada em material plástico, e quantidade de droga apreendida, constata-se que **não era utilizada para consumo pessoal**; destinava-se ao comércio ilegal, restando caracterizado o crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Portanto, estou persuadido de que, *in casu*, o substrato probatório a autorizar uma condenação é irrefutável. A materialidade e a autoria atribuídas ao apelante são incontestes, uma vez que conduzem à inexorável conclusão de que, de fato, praticou os delitos narrados na peça inicial acusatória.

---

<sup>1</sup> Acórdão do Processo n. 00023853520168150011, Câmara Especializada Criminal, Relator Des. CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO, j. em 22-08-201; (2) APL 0002472-69.2014.815.0331; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. Joás de Brito Pereira Filho; DJPB 13/04/2016).

Quanto à **dosimetria**, não há retoques a serem feitos.

Na **primeira fase**, a sentenciante exasperou a pena-base em **1 (um) ano de reclusão**, valorando negativamente três circunstâncias judiciais.

O recorrente requereu a redução da penalidade básica, alegando que, ao analisar negativamente a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime, a juíza fê-lo sem a necessária e obrigatória fundamentação específica.

A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.

Na espécie, a juíza apreciou concretamente a intensidade da reprovação penal, minuciando a maior reprovabilidade da conduta praticada, evidenciada pela quantidade de droga destinada à venda e pelo fato de ter o acusado se **aliado a outras duas pessoas** para concretizar o desiderato criminoso, elementos que atribuem maior censura à ação, destoando das circunstâncias normais do tipo penal violado.

No que tange aos motivos e às circunstâncias do crime, conquanto a juíza de 1º grau tenha adotado fundamentação inidônea para impingir-lhes desfavorabilidade, o aumento da pena-base em 1 (um) ano de reclusão não se mostrou, no caso, desproporcional, notadamente por remanescer uma circunstância judicial desfavorável e em face da gravidade da conduta.

A existência de **circunstância judicial** desfavorável justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não importando em injustiça no tocante à aplicação da pena.

*In casu*, a exasperação da pena-base revelou-se justa, coerente e proporcional às características do caso em concreto.

Na **segunda fase da dosimetria**, a pena foi **reduzida em 1 (um) ano**, em face do reconhecimento da menoridade, voltando a perfazer 5 (cinco) anos de reclusão.

Caso a reprimenda fosse fixada no seu mínimo legal na primeira fase, não poderia ser conduzida a patamar inferior, na segunda, pela incidência da atenuante genérica, a teor da Súmula 231 do STJ.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Súmula 231 do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo

Na **terceira fase** do procedimento dosimétrico, é incabível o afastamento da **causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006**, uma vez que, ao contrário do que aduziu o recorrente, há prova nos autos de que o menor Lucas estava envolvido com a traficância levada a efeito pelos réus.

O próprio acusado, **Israel da Silva Bernardo**, afirmou, em seu interrogatório, que a droga foi adquirida pelo "menor". Já o outro corréu, **Leandro de França Augusto**, quando interrogado, disse que a casa onde ocorreu o flagrante era do menor, que mora sozinho (mídia de f. 115).

Portanto, não há dúvidas de que o tráfico ilícito de entorpecentes praticado pelo apelante envolveu um menor, que o auxiliava na empreitada criminosa, na medida em que, no mínimo, cedia sua residência para a realização da mercancia, mostrando-se irretocável o incremento sancionatório contido no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006.<sup>3</sup>

Segundo jurisprudência do Colendo STJ<sup>4</sup>, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige fundamentação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima.

No caso em tela, a aplicação da fração de 1/3 (um terço) pela referida majorante está concretamente motivada, porquanto o fez a magistrada *a quo* "em razão de terem se utilizado da casa do menor para estabelecer ponto para venda de drogas", conforme justificado na sentença, o que impinge uma maior gravidade à conduta do réu.

No que pertine à causa de diminuição esculpida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, esta deve beneficiar o réu primário e com bons antecedentes, de quem não se tem notícia da dedicação às atividades criminosas ou que não integre organização criminosa.

A não aplicação da referida minorante pressupõe a demonstração da existência de conjunto probatório apto a afastar **ao menos um dos critérios** – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: **(a)** primariedade; **(b)** bons antecedentes; **(c)** não dedicação a atividades criminosas; e **(d)** não

legal.

3 Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

4 STJ. HC 436.168/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 2/03/2018, DJe 02/04/2018.



integração de organização criminosa.

Na situação em análise, a magistrada sentenciante entendeu, de forma escoreita, que o recorrente não fazia jus ao benefício, por já ter sido preso em flagrante e registrar ação penal em andamento, respondendo pelo crime capitulado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003. Segundo ponderou, o acusado está envolvido em delito ligado ao narcotráfico, fator que indica não ser merecedor do reconhecimento do privilégio e da conseqüente redução da pena.

Consoante vem se posicionando o STJ, "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 modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06". (HC 431.445/MS, Relator: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, publicado em DJe 06/04/2018).

É irretocável, portanto, o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, pugnou o recorrente pela fixação do regime **semiaberto** para o início de cumprimento de pena.

Embora possa haver nos autos elementos concretos que justifiquem a imposição de regime mais gravoso, sabe-se que para cada uma das fases de dosimetria das penas, bem como para a fixação do regime prisional, **a fundamentação deverá ser vinculada aos motivos declinados pelo julgador**. Na espécie, fixou-se o regime prisional **fechado**, sob o fundamento de tratar-se de crime hediondo (f. 153).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo legal.

Nesse sentido:

Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, **aos condenados por tráfico de drogas**.

(STJ - AgRg no REsp 1512607/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018).

Sendo assim, tomando-se por base o *quantum* de pena aplicado (06 anos e 8 meses de reclusão), e realizada a detração, nos moldes do art. 387, §2º, do CPP, tem-se que o apelante deve iniciar o cumprimento da pena em **regime semiaberto**, notadamente por ser réu primário.

No caso, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada é superior a quatro anos, não havendo que se falar, portanto, em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante do exposto, **dou provimento parcial à apelação**, para fixar o regime **semiaberto** para o início de cumprimento da pena.

Oficie-se.

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Desembargador **JOÃO BENEDITO DA SILVA** (decano no exercício da Presidência da Câmara Criminal e Revisor), dele participando **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito convocado para compor a Câmara Criminal até o preenchimento da vaga de Desembargador) e o Excelentíssimo Desembargador **ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO** (2º vogal). Ausentes, de forma justificada, os Excelentíssimos Desembargadores CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO (Presidente da Câmara Criminal) e MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS.

Presente à sessão a Excelentíssima Doutora **MARIA LURDÉLIA DINIZ DE ALBUQUERQUE MELO**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 28 de junho de 2018.



**Juiz Convocado MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA**  
**Relator**