



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA**

**ACÓRDÃO**

---

**Apelação Criminal n. 0021445-06.2014.815.2002**

**RELATOR:** Des. João Benedito da Silva

**ORIGEM:** Vara de Entorpecentes da comarca da Capital

**APELANTE:** Josinaldo Domingos de Souza

**ADVOGADO:** Gilson Fernandes Medeiros

**APELADO:** Justiça Pública

---

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. SENTENÇA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. APELO. DESCLASSIFICAÇÃO. USUÁRIO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DECLARAÇÃO DOS POLICIAIS. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REFORMA IMPERIOSA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.**

O fato de o réu afirmar que é usuário não é causa suficiente para excluir a caracterização do tráfico, haja vista que, corriqueiramente, os usuários passam a traficar para sustentar o próprio vício, o que não deixa de configurar o delito, não havendo, portanto, como realizar a desclassificação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para o uso para consumo próprio.

Existindo análise equivocada das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, sem o devido cotejo com os elementos concretos dos autos, impõe-se o redimensionamento da reprimenda no tocante a sua dosimetria.

**Vistos**, relatados e discutidos esses autos acima identificados;

A C O R D A a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO**

**PARA REDUZIR A PENA PARA 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME SEMIABERTO, MANTIDO OS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

## RELATÓRIO

Cuida-se de **Apelação Criminal** interposta por **Josinaldo Domingos de Souza** face a sentença de fls. 343/349v, proferida pelo **Juízo de Direito da Vara de Entorpecentes da comarca da Capital**, que julgando **procedente** a pretensão punitiva estatal, **condenou-o** a uma pena de **05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa**, pela prática do crime capitulado no **art. 33 da Lei n. 11.343/06**.

Em suas razões recursais (fls. 353/361), o Apelante pleiteou a desclassificação para o artigo 28 da Lei n. 11.343/06 (usuário) diante da pouca quantidade de droga apreendida, do fato de ser dependente químico e dos R\$91,00 (noventa e um reais) com ele encontrados se referirem a valor recebido de sua genitora decorrente de seu labor, tudo à luz do princípio do *in dubio pro reo*.

Caso esse não seja o entendimento adotado, suplicou pela reforma da dosimetria, em especial da pena-base que deveria ter sido dosada no mínimo legal (05 anos), além da aplicação da fração de 2/3 (dois terços) de redução com fulcro no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06. Em seguida, pugnou pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Contra-arrazoando (fls. 365/367), o Representante do Ministério Público *a quo* pugnou pela manutenção integral da sentença objurgada.

A douta Procuradoria de Justiça, por intermédio do Procurador Francisco Sagres Macedo Vieira, exarou o parecer de fls. 374/383, opinando pelo provimento parcial do apelo tão somente no que pertine à dosimetria da pena, para que seja redimensionada, com o reconhecimento da atenuante de menoridade.

**É o relatório.**

### **VOTO**

O **Representante do Ministério Público a quo** ofereceu denúncia em desfavor de **Josinaldo Domingos de Souza, conhecido como “Binho”**, dando-o como incurso nas sanções penais do **art. 33, “caput” da Lei n. 11.343/06**, por, no dia 27 de agosto de 2014, ter sido apreendida na sua posse **50 (quinhenta) porções de maconha (peso líquido de 49,14g) e R\$91,00 (noventa e um reais)**.

Processado, regularmente, o feito, veio o Juízo *primevo* a julgar **procedente** a pretensão punitiva estatal, **condenando-o** a uma pena de **05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa**, pela prática do crime capitulado no **art. 33 da Lei n. 11.343/06**.

Irresignado, o réu interpôs Apelação Criminal, nela pleiteando: a desclassificação para o artigo 28 da Lei n. 11.343/06 (usuário) ou, ao menos, a reforma da dosimetria, em especial da pena-base que deveria ter sido dosada no mínimo legal (05 anos), além da aplicação da fração de 2/3 (dois terços) de redução com fulcro no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06. Em seguida, pugnou pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Pois bem. A materialidade delitiva restou, suficientemente, demonstrada por intermédio do auto de apreensão e apresentação de fl. 13, do laudo preliminar de constatação de fl. 24 e pelo laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fl. 288).

Por sua vez, a autoria, apesar da negativa do réu, se fez comprovada pelo conjunto probatório firme e harmônico constante nos autos, em especial as declarações prestadas pelos agentes policiais. Vejamos:

O policial militar **Fábio de Medeiros Moreira** descreveu a prisão em flagrante do seguinte modo:

Que no dia de hoje, por volta das 21:30 horas, fazia rondas pelo bairro de Mangabeira quando se deparou com dois rapazes que estavam em uma motocicleta, momento em que decidiu abordá-los; que ao abordá-los, percebeu que o rapaz que estava na garupa, havia jogado um pacote no chão, momento em que ao pegar o pacote percebeu que dentro dele havia certa quantidade de substância vegetal semelhante ao entorpecente conhecido por maconha, acondicionada em 50 (cinquenta) trouxinhas de saco plástico transparente; que em poder desse mesmo rapaz, chamado Josinaldo Domingos de Souza, foi apreendida a quantia de R\$91,00, em cédulas de pequeno valor; que foi dada voz de prisão ao mesmo; que com o condutor da motocicleta, nada foi encontrado por isso foi liberado no local; que como Josinaldo já é conhecido da Polícia por vender drogas, decidiu se dirigir até uma suposta “boca de fumo”, onde lá se deparou com alguns parceiros deles [...] (fl. 07)

Em sede judicial (mídia digital de fl. 311), confirmou a história retromencionada, inclusive o fato de o réu já ser conhecido da Polícia como vendedor de entorpecentes no Condomínio Girassol, local onde o tráfico seria notório, apesar de esta ter sido a primeira vez em que foi preso.

O soldado da Polícia Militar, **Walmir Rodrigues Pacheco**, apresentou a mesma versão no auto de prisão em flagrante:

[...] que ao abordá-los percebeu que o rapaz, que estava na garupa, havia jogado um pacote no chão, momento em que ao pegar o pacote, percebeu que dentro dele havia certa quantidade de substância vegetal semelhante ao entorpecente conhecido por maconha, acondicionada em 50 (cinquenta) trouxinhas de saco plástico transparente; que em poder desse mesmo rapaz, chamado Josinaldo Domingos de Souza, foi apreendida a quantia de R\$91,00 em cédulas de pequeno valor [...] (fl. 08)

Sob o crivo do contraditório (mídia digital de fl. 295), ratificou.

Perante a autoridade policial, o réu **Josinaldo Domingos de**

**Souza** disse:

Que não reconhece como verdadeira a acusação que lhe está sendo atribuída; que a droga não é sua; que foi apreendido quando adolescente por praticar ato infracional correspondente ao artigo 28 da Lei n. 11.343/06; que é viciado em maconha (fl. 10).

Em seu interrogatório judicial (mídia digital de fl. 295), confessou estar na posse da droga e do dinheiro mas que a adquiriu apenas para consumir pois fumava 50 (cinquenta) cigarros de maconha por dia, sendo o dinheiro fruto de seu trabalho. Afirmou, ainda, que já havia feito, inclusive, tratamento no CAPS.

A testemunha arrolada pela Defesa, **Alércia da Silva** (mídia digital de fl. 311), em nada auxiliou para o deslinde do feito, vindo aos autos somente para atestar um bom comportamento social do acusado. Ainda, afirmou que o réu trabalhava com entrega de gás e que ele era viciado em maconha, tendo a família dele procurado tratamento, nada sabendo se ele vendia entorpecentes.

Diante do exposto, conclui-se que para a configuração do crime de tráfico ilícito de entorpecentes não há a exigência da mercância, mas, apenas, da **prática de um dos verbos do artigo 33 da Lei Especial associada à quantidade e natureza da droga.**

Ressalta-se, também, que ao contrário do que veio a ser dito pelo Apelante, o fato de o mesmo afirmar que é usuário não é causa suficiente para excluir a caracterização do tráfico. Lembra-se que, corriqueiramente, os usuários passam a traficar para sustentar o próprio vício, o que não deixa de configurar o delito, não havendo, portanto, como realizar a desclassificação do ilícito para o de uso. A propósito:

TJSC: O fato do agente ser viciado ou usuário, não descaracteriza o narcotráfico, haja vista que, na maioria dos casos, os dependentes também traficam (Amaral e Silva). (AC n. 2008.045637-3, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 11/12/08).

O fato de o agente ser dependente de drogas não é suficiente para desautorizar o decreto condenatório por crime de tráfico, quando as demais circunstâncias dão conta de que a droga apreendida não se destinava exclusivamente a consumo próprio. (ACV n. 2007.042721-4, de Blumenau, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 29/04/08).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AGENTE PRESO EM FLAGRANTE GUARDANDO DROGAS - PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO - INTELIGÊNCIA DO ART. 28, § 2º, DA LEI Nº 11.343/06 - DELITO DE TRÁFICO CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. I - De acordo com o artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

II - Se não há nos autos qualquer prova da exclusividade de uso da droga apreendida, sendo da defesa, e não da acusação, o ônus da prova cabal e irrefutável dessa alegação de ser o réu apenas usuário, inviável falar-se em desclassificação para o art. 28 da Lei nº. 11.343/06.

III - Recurso não provido. (TJMG. Apelação Criminal 1.0023.12.000037-9/001, Rel. Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/09/2012, publicação da súmula em 13/09/2012)

Neste diapasão, a defesa não conseguiu rebater as acusações, apenas afirmou que o acusado é um dependente, não trazendo aos autos nenhuma prova capaz de desautorizar a decisão condenatória, ainda mais quando evidenciada a natureza (**maconha**), a excessiva quantidade (**50 porções com peso líquido de 49,14g**) e um dos núcleos do “caput” do artigo 33 da Lei Específica de Drogas (**trazer consigo**), obtendo a perfeita subsunção dos fatos ao tipo penal, ainda mais diante da desproporcionalidade, para quem se diz ser mero consumidor e trabalhar como entregador de gás.

Conclui-se, então, que, se baseada em provas contundentes e firmes, no sentido de confirmar a existência do crime, diante da prova da materialidade e a autoria do réu no evento criminoso, a decisão meritória

monocrática da lavra não merece nenhum reparo, devendo ser a condenação mantida nas mesmas linhas em que veio a ser originalmente estabelecida.

No que pertine à dosimetria, resta patente a necessidade de reforma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, devendo ser mantida apenas as referentes aos **antecedentes** e ao **comportamento da vítima**.

Inicialmente, deve ser ressaltado que o “dolo”, em conformidade com a teoria finalista da ação (Hans Welzel), é elemento subjetivo implícito do tipo, consistente na vontade consciente dirigida à finalidade de realizar (ou aceitar que se realize) a conduta prevista no tipo penal incriminador, não podendo, assim, ser inserida na análise da culpabilidade que tem por elementos: a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade da conduta diversa.

Ademais, não há que se confundir a **culpabilidade** que recai sobre a conduta típica e ilícita do agente com a culpabilidade a que se refere o “caput” do artigo 59 do Código Penal. Sobre a matéria leciona o doutrinador Rogério Greco:

[...] Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais uma vez, a análise da culpabilidade. Temos de realizar, dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador. (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, fls. 139/140)

E a jurisprudência pátria expõe:

A culpabilidade que o artigo 59 do Código Penal reclama exame, e eventualmente exaspera a pena, é aquela excessiva, isto é, a que foge ao ordinário, constituindo plus na conduta criminosa, e não a ordinária, que fundamenta a pena, pois esta, como dito acima, é elemento constitutivo do crime (conceito tripartido de delito). No caso sub judice, a culpabilidade dos réus não fugiu à normalidade, não podendo essa moduladora atuar de forma negativa. (...). (TJRS - ACR: 70050764513 RS , Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 18/12/2012, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/01/2013)

Neste diapasão, aludir que “o réu tinha plena consciência de sua conduta criminosa e livre arbítrio para agir de modo diverso” não constitui elemento idôneo para valorar negativamente a culpabilidade, em nada influenciando na fixação da pena-base.

Ademais, o fato de não se demonstrar arrependido ou preocupar-se com uma possível condenação não é razão para negatar a circunstância referente à **personalidade**, afinal, o que é extraordinário e, portanto, pode alterar o juízo ordinário de censura sobre o crime cometido é o agente demonstrar arrependimento, e não o contrário.

O desejar obter vantagem financeira fácil e o fato de disseminar substância tóxica na comunidade não são argumentos, por si só, suficientes para negatar as circunstâncias judiciais referentes aos **motivos** e as **consequências**, eis que são próprios do tipo penal.

Passo, assim, à nova dosimetria:

Na **1ª fase** da dosimetria, considerando que todas as circunstâncias judiciais se mostraram favoráveis ao réu, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**.

Na **2ª fase**, há de ser reconhecida a atenuante de menoridade (art. 65, I do CP) considerando que o réu era menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime (fl. 16). No entanto, à luz da súmula 231 do STJ, não podendo



a atenuante conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal, deixo de aplicá-la. Não há outras atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na **3ª fase**, mostrou-se correta a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) para redução da pena com fulcro no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06, considerando, para tanto, as circunstâncias judiciais especiais previstas no art. 42 da Lei n. 11.343/06, em especial, a natureza e a quantidade da substância apreendida na posse do réu, resultando uma pena definitiva de **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa**.

Mantenho como regime inicial de cumprimento da pena o **semiaberto**, com fulcro no art. 33, §2º, “b” do §3º do CP.

Não é o caso de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44 do CP) ou de suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) diante da ausência do requisito temporal.

Forte em tais razões, dou **provimento parcial** ao apelo para, mantendo a condenação, redimensionar a pena, fixando-a em **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime, inicial, semiaberto, e 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa**.

**Expeça-se mandado de prisão após o decurso do prazo de embargos de declaração, sem manifestação.**

**É como voto.**

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho (1º vogal), Presidente da Câmara Criminal e revisor, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Benedito da Silva, relator, e Arnóbio Alves Teodósio (2º vogal). Ausente, justificadamente, o Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Amadeus Lopes Ferreira, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 26 de julho de 2018.

**Des. João Benedito da Silva**

RELATOR

