



ACÓRDÃO N.º:
APELAÇÃO PENAL
PROCESSO N° 2012.3.021688-5
COMARCA DE ORIGEM: Belém (2ª Vara Penal Distrital de Icoaraci)
APELANTE: Rosana Almeida Fayal (Advogado José Augusto Colares Barata)
APELADA: A Justiça Pública
PROCURADOR DE JUSTIÇA: Ubiragilda Silva Pimentel
RELATORA: Desa. Vania Fortes Bitar

APELAÇÃO PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ART. 33, CAPUT, DA LEI N° 11.343/06 – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS A EMBASAR O ÉDITO CONDENATÓRIO - IMPROCEDÊNCIA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS – INVIABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE.

1. Materialidade e autoria sobejamente comprovadas pelo conjunto probatório que exsurge dos autos, sendo certo que para a caracterização do delito do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, crime de ação múltipla, não é necessária a prova cabal da venda da substância entorpecente, bastando que o agente realize um dos dezoito verbos descritos na legislação penal incriminadora; in casu, a apelante guardava e tinha em depósito em sua residência um pouco mais de 1.253g (um mil, duzentos e cinquenta e três gramas) de “maconha”, acondicionada na forma seca, distribuída em oito cartuchos, bem como na forma prensada, distribuída em tabletes, evidenciando não só o tráfico ilícito, como também a sua habitualidade.

2. Pena-base fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, sendo incabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em virtude da considerável quantidade da substância entorpecente encontrada com a apelante. Precedentes do STJ, no sentido de que a quantidade de droga apreendida é razão suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006”, pois corrobora a dedicação ao tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Deixa-se de acolher o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum final de pena corporal aplicado à apelante foi superior a 04 (quatro) anos de reclusão, e, assim sendo, não pode haver a substituição almejada, conforme dispõe o art. 44, do CP.

4. Recurso conhecido e improvido.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos oito dias do mês de novembro de 2016.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre.

Belém/PA, 08 de novembro de 2016.

Desa. VANIA FORTES BITAR
Relatora



RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação interposta por ROSANA ALMEIDA FAYAL, inconformada com a sentença da Juíza de Direito da 2ª Vara Penal Distrital de Icoaraci que a condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, por infração ao art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Em razões recursais, alegou a apelante, em síntese, a ausência de prova aptas a embasar o édito condenatório, pugnando por sua absolvição, em face do princípio in dubio pro reo, ou, alternativamente, seja reconhecida e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, art. 33, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), bem como seja a sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Em contrarrazões, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo, para que seja mantida na íntegra a sentença condenatória, no que foi seguido pela Procuradora de Justiça Ubiragilda Silva Pimentel.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a exordial acusatória, que no dia 09 de agosto de 2011, por volta das 16h30, policias militares foram informados, através do disque denúncia, de que a acusada, juntamente com seu companheiro Marcelo, estaria comercializando drogas em sua residência, situada no bairro do Paracuri, Distrito de Icoaraci, razão pela qual os referidos policiais foram lá e comprovaram a veracidade da denúncia, tendo encontrado no mencionado local, embaixo de uma tábua solta do assoalho da casa, 2,0g (dois gramas) de erva prensada, um cartucho com erva seca pesando 6,767g (seis gramas, setecentos e sessenta e sete miligramas), 200g (duzentos gramas) de erva prensada em forma de pedaço de tablete, um tablete de erva prensada pesando 1.012g (um mil e doze gramas) e sete cartuchos com erva seca pesando 32,321g (trinta e dois gramas, trezentos e vinte e um miligramas), motivo pelo qual foi presa em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas.

Analisando-se o contexto fático/probatório extraído dos autos, conclui-se que a tese trazida pela apelante, de que inexistem provas cabais para ensejar sua condenação, pois não restou comprovado que a droga foi encontrada em sua casa, não merece acolhida, pois afigura-se completamente insubsistente quando cotejada com todo o suporte probatório existente nos autos.

A materialidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante Delito de fls. 02/05 e 14 dos autos apensos, bem como do Laudo de Exame Toxicológico Definitivo, às fls. 06.

Também não há dúvida quanto à autoria do delito supra referido, pois conforme observado pela juíza sentenciante em seu substancioso decisum, os depoimentos testemunhais demonstram, de forma clara e coerente, a citada conduta criminoso praticada pela apelante, senão vejamos:

A testemunha RAIMUNDO UBIRAJARA PAIVA DA SILVA, um dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante da acusada, ora apelante, a quando do seu depoimento perante o juízo, mídia em anexo, afirmou que participou da diligência que culminou na prisão da denunciada, pois tomou conhecimento do



crime através do disque denúncia, sendo que populares também colaboraram com algumas informações, mas não quiseram se identificar, os quais relataram haver na casa da acusada grande movimentação de usuários de drogas. Verbalizou ainda o depoente, ter presenciado o momento em que a droga foi encontrada por outro policial, sendo que na ocasião, a acusada afirmou ser a substância apreendida de propriedade do seu marido, o qual, segundo populares, havia se evadido no momento em que a polícia chegou na residência. Corroborando as informações acima transcritas, a testemunha LUCIVAL LEMOS TAVARES, policial que, de igual forma, participou da diligência na qual ocorreu a prisão da apelante, também em juízo, mídia em anexo, afirmou ter sido repassada a informação, através do disque denúncia, de ocorrência de tráfico de drogas em uma residência, motivo pelo qual se deslocaram até o endereço indicado na exordial acusatória, tendo sido encontradas no local somente a acusada e a irmã dela. Declarou ainda, ter presenciado o momento em que a substância entorpecente foi localizada embaixo de uma tábua da residência, ocasião em que a denunciada afirmou não saber a quem a droga pertencia, mas referiu que seu companheiro já havia sido preso por tráfico de entorpecentes. Informou, por fim, que geralmente um tablete inteiro de maconha prensada pesa em torno de 1kg (um quilo).

Assim, embora a apelante negue a autoria do crime que lhe foi imputado e alegue, em suas razões recursais, ausência de provas aptas a ensejar sua condenação pelo crime do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, tais alegações se mostram completamente insubsistentes, pois dissociadas do conjunto probatório constante nos autos, ainda mais quando confrontada com os depoimentos supratranscritos, os quais são uníssomos em afirmar ter sido encontrada, na casa da acusada, a substância entorpecente conhecida por “maconha”, que, segundo o laudo toxicológico definitivo, alhures mencionado, totalizou um pouco mais de 1.253 g (um mil, duzentos e cinquenta e três gramas), acondicionadas nas formas prensada e seca, distribuídas em tabletes e cartuchos.

Por derradeiro, ressalta-se não existir nos autos qualquer prova que desconstitua ou desacredite os referidos depoimentos, posto que harmônicos e concatenados com o conjunto probatório existente no processo, não bastando, para isso, a simples alegação da apelante de que a droga não foi encontrada em sua residência, ainda mais quando tal alegação encontra-se desamparada de qualquer prova carreada aos autos.

Outrossim, é cediço que para a comprovação do delito de tráfico ilícito de entorpecente, não é indispensável que o agente seja surpreendido comercializando a droga, posto que o citado delito, classificado como crime de ação múltipla, de conteúdo variado ou alternativo, consuma-se com a prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal descrito no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, tais como, guardar e ter em depósito substância entorpecente, como ocorreu in casu, o que afasta a alegação da apelante de que deve ser absolvida do referido delito por ausência de provas aptas da prática do referido delito.

Assim, resta claro que a ação da recorrente se subsume à de guardar e ter em depósito a substância entorpecente vulgarmente conhecida como “maconha”, nas quantidades e formas descritas no laudo toxicológico definitivo, às fls. 06, conforme



lhe imputou a denúncia, posto que embora não patenteada a comercialização da referida droga, a conduta imputada à apelante está incluída no tipo penal descrito no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, delito esse de ação múltipla, como dito alhures, tendo se concretizado no momento em que foram encontradas tais substâncias entorpecentes no interior da residência da acusada, a qual foi presa em flagrante, conforme consta nos depoimentos testemunhais acima transcritos.

Quanto à pena-base fixada, em que pese a apelante não tenha se insurgido contra a mesma, sabe-se tratar-se de matéria de ordem pública, cujo efeito tantum devolutum quantum appellatum autoriza a sua reavaliação, assim como o seu redimensionamento, inclusive de ofício, se for o caso, sendo que na hipótese, a pena estipulada à apelante foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

No que se refere ao pleito de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, razão não assiste à recorrente, ante a expressiva quantidade do entorpecente apreendido, totalizando um pouco mais de 1.253g (um mil, duzentos e cinquenta e três gramas) de “maconha”, os quais, ressalta-se, estavam acondicionados na forma seca, distribuídos em oito cartuchos, e na forma prensada, distribuídos em tabletes, fator esse que corrobora a dedicação à atividade criminosa, impossibilitando o reconhecimento do referido privilégio.

Nesse sentido, verbis:

STJ: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da quantidade, da natureza e da diversidade das drogas apreendidas - 17 porções de maconha, 78 porções de crack e 16 porções de cocaína -, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime



menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. In casu, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

6. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC 265.965/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).

STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

- É firme a orientação jurisprudencial deste Tribunal no sentido de que a quantidade de droga apreendida é razão suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- A consideração da quantidade de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena não viola o princípio do ne bis in idem, tratando-se apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Precedentes.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 305.773/CE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 25/06/2013).

TJMG: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DECOTE DO PRIVILÉGIO. NECESSIDADE. REDUÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. MODIFICAÇÃO PARA O FECHADO. DECOTE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. DADO PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL (1º) E DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO (2º). 1. Descabida a absolvição com base na alegação de ter a acusada agido sob coação moral irresistível se não comprovada a excludente alegada. 2. A causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da lei antidrogas é aplicável e recomendável somente àqueles casos em que resta clara a eventualidade da conduta praticada,



permitindo conceder ao iniciante e pequeno traficante, que seja primário e de bons antecedentes, a chance concreta de alcançar a verdadeira reprobção e ressocialização prevista no código penal. 3. O "modus operandi" da acusada e a grande quantidade de droga apreendida, corroboram a dedicação à atividade criminosa, impossibilitando o reconhecimento do referido privilégio. 4. Levando-se em consideração a grande quantidade de drogas apreendidas, deve ser modificado o regime inicial para o fechado, à luz do artigo 42, da Lei 11.343/06. 5. Ausentes os requisitos legais, deve ser decotada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sobretudo em razão do "quantum" de pena ora estabelecida. 6. Dado provimento ao recurso ministerial (1º) e dado parcial provimento ao recurso defensivo (2º). Mandado de Prisão. (Apelação Criminal 1.0079.12.031846-8/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/07/2013, publicação da súmula em 19/07/2013).

Mantém-se o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena restritiva de liberdade imputada à apelante, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.

O pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por fim, também não merece acolhida, pois o supramencionado quantum final de pena corporal aplicado à apelante foi superior a 04 (quatro) anos de reclusão, e, assim sendo, não pode haver a substituição almejada, conforme dispõe o art. 44, do CP.

Por todo o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

Belém, 08 de novembro de 2016.

Desa. VANIA FORTES BITAR
Relatora