



ACÓRDÃO N.º

RECURSO: APELAÇÃO CRIMINAL

PROC. N.º 0001343-25.2008.8.14.0070.

ORGÃO JULGADOR: 1ª TURMA DE DIREITO PENAL

COMARCA DE ORIGEM: ABAETETUBA (VARA CRIMINAL).

APELANTE: JOSENILDO AZEVEDO DA COSTA. (Adv.: Ney Gonçalves de Mendonça Júnior).

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA.

PROCURADOR DE JUSTIÇA: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.

RELATORA: DESEMBARGADORA VÂNIA LÚCIA CARVALHO DA SILVEIRA.

REVISORA: DESEMBARGADORA MARIA EDWIGES DE MIRANDA LOBATO.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONCURSO MATERIAL. PRESCRIÇÃO DA PENA CALCULADA ISOLADAMENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. OBEDIÊNCIA AO ART. 44 DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33, DA LEI 11.343/2006. NÃO CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1.Segundo dispõe o art. 119 do CPB no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. Assim, para fins de cálculo da prescrição, considerou-se, in casu, a pena aplicada para cada um dos delitos praticados pelo apelante, excluindo-se o resultado imposto pelo concurso material.

2.Examinando os autos, constatou-se que, em relação ao delito de associação para o tráfico, a pretensão punitiva foi extinta pela ocorrência da prescrição, em sua modalidade retroativa, eis que a sentença transitou livremente em julgado para a acusação, sedimentando a pena privativa de liberdade em 04(quatro) anos de reclusão, a qual passou a regular a prescrição nos termos do artigo 107, inc. IV e 110, §1º, do CPB, fixando-a em 08(oito) anos, nos termos do art. 109, IV, do CPB.

3. Considerando que já decorreu lapso temporal superior a oito anos entre a data do recebimento da denúncia e a da sentença



condenatória, não resta outra alternativa a esta Relatora, senão declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do apelante, na modalidade retroativa, com relação ao delito de Associação para o Tráfico.

4. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. É cediço que o magistrado, após apreciar as teses defensivas, não fica obrigado a referir-se expressamente a todos os argumentos da defesa, tecendo considerações e minúcias irrelevantes, devendo ater-se aos fatos e argumentos capazes de demonstrar sua convicção acerca do fato delituoso em exame, fundamentando o decisum segundo o posicionamento adotado.

5. Restou evidenciado, in casu, que a argumentação desenvolvida pelo juiz compreendeu fundamentos relevantes presentes no processo, apresentando os motivos que permitiram o convencimento exposto na decisão, não havendo que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa ou ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal. Preliminar rejeitada.

6. Mérito. Considerando a harmonia nos depoimentos dos policiais, os quais foram incisivos quanto à apreensão de substância entorpecente na residência do denunciado, sopesando, ainda, a quantidade da droga apreendida e a forma como estava acondicionada, vislumbra-se que a tese da defesa é frágil e insuficiente para enfraquecer os argumentos constantes da sentença, a qual não deixa dúvida acerca da autoria do delito Tráfico de Drogas praticado pelo apelante, não havendo que se falar em absolvição em favor do mesmo.

7. Incabível, no caso em apreço, a aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que os réus não preenchem todos os requisitos necessários à concessão do benefício, visto que são integrantes de organização criminosa voltada para o tráfico de drogas.

8. Pena redimensionada para 06 (seis) anos e 06(seis) meses de reclusão a ser cumprida em regime, inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º b do CPB e pagamento de 580(quinhetos e oitenta) dias-multa.

9. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

Acórdão,

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 1ª Turma de Direito Penal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de



cerceamento de defesa e dar parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena para 06(seis) anos e 06(seis) meses de reclusão e 580 dias-multa, declarando, ainda, de ofício, a extinção da punibilidade em relação ao crime de Associação para o Tráfico, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 20 dias do mês de novembro de 2018.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Edwiges de Miranda Lobato.

Belém/PA, 20 de novembro de 2018.

Desa. VÂNIA LÚCIA SILVEIRA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Josenildo Azevedo da Costa, contra a decisão do Juízo da Vara Criminal da Comarca de Abaetetuba, que julgando procedente a denúncia, o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e à pena de 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias multa, pela prática do delito capitulado no art. 35, da Lei n.º 11.343/2006, em concurso material, totalizando 11 (onze) anos de reclusão e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

Relata a denúncia de fls. 03/04, que no dia 27.08.2007, pela manhã, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão e mandado de prisão expedido pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Abaetetuba, em razão da deflagração da 2ª parte da Operação Medellín, foram encontradas na residência do nacional, JOSENILDO AZEVEDO DA COSTA, uma balança de precisão e três pacotes (trouxas), pesando cerca de 265 gramas de substância conhecida como cocaína. Em razões recursais, o sentenciado, Josenildo Azevedo Da Costa, argui, preliminarmente, a nulidade da sentença, sob o argumento de cerceamento de defesa e ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal, sustentando que a Magistrada Sentenciante não enfrentou as teses defensivas apresentadas em sede de memoriais.

No mérito, pugna por sua absolvição dos crimes tipificados nos



arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006, sustentando a insuficiência probatória. Acrescenta, ainda, com relação ao delito de Associação para o Tráfico que a sentença proferida nos autos do processo originário de n.º 0702007200768-9, absolveu os corréus, Josenilda Azevedo da Costa e Raimundo Jorge Tavares dos Santos, da prática do crime de Associação para o Tráfico de Entorpecentes, não havendo, portanto, como manter a decisão ora recorrida.

Subsidiariamente, requer:

- a). fixação da pena no mínimo legal, asseverando a ausência de fundamentação na análise das circunstâncias judiciais, com a respectiva alteração do regime prisional;
- b). aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006;
- c). Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;
- d). Redução da pena de multa.

Em contrarrazões, o representante do parquet manifestou-se pela rejeição de preliminar suscitada e no mérito pelo desprovimento do recurso para manutenção da decisão impugnada. (fls. 360/366).

O Ministério Público, em segundo grau, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, a fim de que a pena-base seja fixada no mínimo legal e seja reconhecida a causa de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006. É o relatório.

V O T O

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Inicialmente, antes de adentrar na análise das razões do presente apelo, verifiquei que foi imposta ao denunciado a pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, e a pena de 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias multa, pela prática do delito capitulado no art. 35, da Lei n.º. 11.343/2006, em concurso material.

Nesse contexto, cabe esclarecer, que nos termos das disposições do art. 119 do CPB: No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Assim, para fins de cálculo da prescrição, será considerada, in



casu, a pena aplicada para cada um dos delitos praticados pelo ora apelante, sendo desconsiderada a pena final, decorrente do concurso material.

Desta feita, tendo em vista que a pena imposta para o crime de Associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei 11.343/2006 restou sedimentada em 04(quatro) anos de reclusão, será a mesma regida pelo lapso prescricional de 08(oito) anos, conforme estabelece o art. 109, IV, do CPB, que assim dispõe: Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Outrossim, considerando que a denúncia foi recebida pelo Juízo a quo no dia 06.05.2008 (fls. 87/88) e que a sentença foi prolatada em 29.11.2017, fls. 283/292, excedendo, pois, o prazo fatal de 08 (oito) anos para que o Estado pudesse exercer sua pretensão punitiva, urge reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade do réu/apelante, diante da incidência da prescrição, na modalidade retroativa, visto tratar-se de matéria de ordem pública, reconhecível em qualquer grau de jurisdição, com termo inicial na data do recebimento da denúncia, conforme dispõe o § 1º, do art. 110 do CP, restando prejudicada a análise das razões do recurso acerca do referido delito.

Passo ao exame da Preliminar de Nulidade da sentença.

Preliminarmente, pugna o recorrente pela nulidade da sentença, sob o argumento de cerceamento de defesa e ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal, sustentando que a Magistrada



Sentenciante não enfrentou as teses defensivas apresentadas em sede de memoriais.

Todavia, tenho que razão não lhe assiste.

É cediço que o magistrado, após apreciar as teses defensivas, não fica obrigado a referir-se expressamente a todos os argumentos da defesa, tecendo considerações e minúcias irrelevantes, devendo ater-se aos fatos e argumentos capazes de demonstrar sua convicção acerca do fato delituoso em exame, fundamentando o decisum segundo o posicionamento adotado.

In casu, a MM. Julgadora ao fundamentar o édito condenatório, imputou ao réu a prática delituosa contida no art. 33 da Lei 11.343/2006, e implicitamente rejeitou a tese do apelante. A argumentação desenvolvida pelo juiz compreendeu fundamentos relevantes, presentes no processo, apresentando os motivos que permitiram o convencimento exposto na decisão, não havendo que se falar em nulidade por cerceamento de defesa, tampouco em ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal.

Ora, se existem na sentença fundamentos suficientes para a condenação do réu, consubstanciados nas provas carreadas aos autos, não há mais nada que necessite ser explicitado, mesmo porque o juiz não é obrigado a analisar, uma a uma, das alegações das partes, mormente quando já encontrou motivo suficiente para embasar sua decisão, tampouco deve se ater aos fundamentos indicados por elas.

Nesse sentido, colaciono precedentes deste Egrégio Tribunal:

APELAÇÃO PENAL. ART. 157, §2º, I E II DO CP. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTE A NÃO APRECIÇÃO DA TESE VENTILADA EM ALEGAÇÕES FINAIS E DE NULIDADE DA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. AFRONTA AO ART. 212, DO CPP. Não há que se falar em nulidade da decisão, por alegada ausência de apreciação de teses defensivas, quando do decisum objurgado consta suficiente fundamentação ao afastamento da tese ventilada em sede de alegações finais. O julgador não está obrigado a apreciar exaustivamente todos os argumentos expendidos pelas partes, tornando-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o julgador adotou posicionamento contrário, porém suficiente para embasar o édito condenatório. Se a tese defensiva, em sede de alegações finais, foi afastada indiretamente pelo juízo a quo, em razão do posicionamento por ele adotado, ou expressamente, não há que se cogitar em nulidade da sentença, ante a inexistência de violação aos princípios da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais. Prova testemunhal colhida em sintonia com a legislação de regência, não havendo perguntas indutivas. O RMP, em momento algum, fez perguntas de maneira indutiva a colher certa resposta, não se revelando perguntas sugestivas ou? leading questions?, que são aquelas que sugerem uma resposta ou trazem consigo



a resposta que o inquirido procura obter. No caso, tratou-se de simples narrativa de fatos para esclarecer o fato criminoso. A testemunha tem o dever legal de falar a verdade e, para tanto, pode perguntar ao próprio inquiridor a fim de embasar sua resposta, sob pena de incidir em falso testemunho. (...). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE. (2017.03648257-41, 179.831, Rel. MARIA DE NAZARE SILVA GOUVEIA DOS SANTOS, Órgão Julgador 3ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2017-08-17, Publicado em 2017-08-29)

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE DA SENTENÇA PELA NÃO APRECIÇÃO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DE VULNERABILIDADE RELATIVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IDADE COMO CRITÉRIO LEGAL OBJETIVO PARA ATESTAR A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME. INVIÁVEL A ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ERRO DE PROIBIÇÃO. AGENTE TINHA PLENA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FATOS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. UNÂNIME.

I O fato do julgador não ter explicitamente rechaçado todas as teses defensivas não tem o condão de levar esta Corte a reconhecer a nulidade da sentença, sobretudo porque não está o julgador obrigado a enfrentar exaustivamente todos os argumentos aduzidos pela parte, basta que exponha os fatos que o levaram a proferir édito condenatório. No caso, embora o magistrado não tenha dedicado um tópico específico na sentença para o erro de proibição, se manifestou sucintamente sobre o instituto quando do exame da culpabilidade, afirmando que o agente possuía consciência da ilicitude do fato, sendo lhe exigida conduta diversa, o que já é suficiente para afastar por completo a incidência do erro de proibição, quer seja vencível ou invencível. Logo, não há porque se falar em nulidade. Precedentes;

II. (...);

IV. (...);

V. (...). Recurso improvido. Decisão unânime; (TJPA - 2017.05435834-52, 184.862, Rel. ROMULO JOSE FERREIRA NUNES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2017-12-19, Publicado em 2018-01-08).

Assim, não restando caracterizado o alegado cerceamento de defesa, tampouco ofensa ao Princípio do Devido processo Legal, rejeito a preliminar suscitada.

Passo ao exame do mérito.

1. Do pleito de Absolvição do delito de Tráfico de Drogas

No mérito, pugna inicialmente o apelante pela reforma da sentença no sentido de ser absolvido do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006.



Acerca do referido pleito, não vejo na inicial argumentação hábil a desconstituir a r. decisão vergastada.

A materialidade do delito restou consubstanciada pelo Laudo Toxicológico Definitivo de fls. 58/60, o qual restou positivado para a substância benzoilmetilecgonina, conhecida como cocaína.

No que concerne à autoria, não obstante a negativa do recorrente, tenho que a mesma também se encontra devidamente comprovada.

Há nesse sentido as declarações prestadas pelos policiais que participaram do flagrante, os quais foram unânimes em afirmar que encontraram na casa em que o denunciado reside, aproximadamente 260 (duzentos e sessenta) gramas de substância vulgarmente conhecida por cocaína. Confira-se:

O Condutor, APF, Paulo Cezar Campos da Conceição, narrou na fase indiciária, in litteris, que: no dia 27.08.2007, compareceu à Rua Padre Pimentel, 981, Abaetetuba/Pa, comendo equipe de policiais federais, com o apoio de equipe de policiais civis, para dar cumprimento a Mandado de Prisão expedido contra o nacional conhecido vulgarmente por NECO (Josenildo Azevedo da Costa), bem como dar cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão em sua residência; Que referidos mandados foram expedidos pela Dra. Clarice Maria de Andrade, Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Abaetetuba/Pa, nos autos do IPL n.º 249/2007 – SR/DPF/PA, juntamente com outros Mandados, os quais foram cumpridos simultaneamente na data de hoje, com a deflagração da operação MEDELIN; Que durante a realização de busca na residência de NECO foram encontradas três trouxas de drogas totalizando o peso bruto de aproximadamente 260 gramas de cocaína, bem como uma balança de precisão de cor preta, no guarda-roupas localizado no quarto da irmã de NECO, a nacional, Josenilda Azevedo da Costa, conforme descrito no item 01 e 02 do Auto de Apreensão; Que referido guarda-roupa é utilizado por Josenilda e por seu marido, Raimundo Jorge Tavares dos Santos; Que quase no término da busca na residência de NECO a equipe policial foi informada pela Sra. Vanilza Amaral Carvalho (vizinha residente na Rua Padre Pimentel, 967, Abaetetuba/PA) que pela manhã teria ouvido barulho de objetos, sendo arremessados em sua residência e que seu filho pequeno teria encontrado a balança de precisão descrita no item 04 do Auto de Apreensão; Que então a Sra. Vanilza franqueou a entrada dos policiais ao quintal de sua casa, onde foram encontradas três trouxas com



aproximadamente 16 gramas de cocaína e um invólucro vermelho envolvido por fita adesiva, conforme descrito no item 03 do auto de apreensão decorrente do cumprimento do Mandado de Busca; Que o quarto do NECO fica localizado nos autos de sua residência; Que a janela do quarto do NECO é virada para a casa da vizinha onde foi encontrado o material descrito nos itens 03 e 04 do Auto de Apreensão; Que durante a entrada na residência a equipe policial teve que dominar a parte de baixo da residência, onde encontrou Josenilda, Raimundo e duas crianças, os quais estavam dormindo e acordaram com a presença dos policiais; QUE a equipe policial levou algum tempo para, com segurança, subir aos autos da casa e dominar todo o local de busca; Que a janela do quarto de NECO que é virada para a casa da vizinha onde foi encontrado o material descrito nos itens 03 e 04 do Auto de Apreensão estava aberta; QUE NECO teve tempo suficiente para arremessar pela janela referidos itens; Que NECO ficou nervoso com a presença dos policiais e tentou esboçar uma reação, tendo sido necessário o uso de força para dominá-lo; QUE durante o seu domínio NECO teria machucado a perna, sem no entanto ter se verificado qualquer hematoma; QUE foi dado voz de prisão aos nacionais Josenildo Azevedo da Costa (NECO), Josenilda Azevedo da Costa e Raimundo Jorge Tavares dos Santos, os quais foram conduzidos a esta Superintendência Regional. (fls. 05/06).

No mesmo sentido, foi o relato, em juízo, da testemunha, Dorivaldo Miranda Lisboa, Escrivão da Polícia Federal, que também participou da operação e relatou, in litteris, que lembra que se tratava de uma operação e vieram cumprir o mandado de busca e apreensão; Que na casa de Josenildo foi encontrado uma pequena quantidade; (...); Que foram presos Josenildo, sua esposa e Edmundo; Que era uma equipe da Polícia Federal junto com Polícia Militar; Que fizeram busca e no quarto de Josenildo foi encontrado cocaína; Que quando estava saindo, um vizinho disse que escutou barulho de coisas que estavam jogando pela janela e foram fazer buscas e encontraram balança de precisão e outros objetos. (fl. 198)

Em juízo, o réu negou qualquer participação no delito, afirmando que mora no andar de cima e sua irmã no andar de baixo; Que a polícia entrou simultaneamente na casa de sua irmã e na sua casa; Que era por volta de 06h00; Que não fora encontrado nada em sua residência; Que não sabe explicar o motivo pelo qual fora apreendida droga na casa de sua irmã; Que responde a outro processo por tráfico de drogas na justiça federal. (mídia de fl.



268).

Nesse contexto, indubitavelmente, as circunstâncias do fato, bem como o depoimento dos policiais, enfatizam, sem sombra de dúvidas, o crime de tráfico de drogas. As evidências retratadas na prova coligida, tais como a quantidade da droga; a forma como estava acondicionada e a balança de precisão apreendida, indicam que a posse da substância entorpecente destinava-se à mercancia, o que é suficiente para incriminar o denunciado, conforme a peça acusatória.

Assim, ainda que o recorrente sustente a negativa da autoria, tal alegação se torna inconsistente diante das provas colhidas durante a fase policial e judicial, esta sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Outrossim, cabe ressaltar que a apreensão ocorrida na residência do ora recorrente se deu em razão de uma operação em que participaram policiais federais e civis, não constando dos autos qualquer fato que aponta para rixa ou inimizade entre o réu e as testemunhas policiais, não havendo, portanto, justificativa razoável para que as mesmas, em unidade de desígnios, viessem a criar um relato detalhado acerca do delito em análise, atribuindo ao denunciado a autoria de um crime que não praticou.

Oportuno, ainda, destacar, que o testemunho dos policiais que efetuam a prisão não descaracteriza ou desqualifica a prova produzida nos autos, porquanto a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a condenação obtida nessas circunstâncias, desde que, durante o processo, nenhuma irregularidade tenha sido apontada, no tocante à oitiva das testemunhas. É o que ocorre nos autos em apreço, visto que o apelante em nenhum momento se insurgiu em face da credibilidade dos policiais que efetuaram o flagrante, não havendo nenhuma manifestação processual adequada nesse sentido, como, por exemplo, a alegação de suspeição ou impedimento das referidas testemunhas.

A corroborar com esse entendimento, confira-se, a título de exemplo, o seguinte precedente do Colendo STJ:

(...) TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. (...)

2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais



responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. (...) (HC 255.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 06/08/2013). (Grifei).

Dessa forma, verifico que todos os argumentos defensivos sustentados pelo denunciado restaram isolados no bojo dos autos.

Por conseguinte, ante o acima exposto, observo que os fatos esboçados na peça acusatória restaram devidamente comprovados pelos depoimentos colacionados aos autos, os quais evidenciam o delito de tráfico de drogas cometido pelo apelante, sob o núcleo guardar e ter em depósito.

Dessa forma, considerando a harmonia nos depoimentos dos policiais, os quais foram incisivos quanto à apreensão de substância entorpecente na residência do denunciado, sopesando, ainda, a quantidade da droga apreendida e a forma como estava acondicionada, vislumbra-se que a tese da defesa é frágil e insuficiente para enfraquecer os argumentos constantes da sentença, a qual não deixa dúvida acerca da autoria do delito Tráfico de Drogas praticado pelo apelante, não havendo que se falar em absolvição em favor do mesmo.

Dosimetria da pena.

Subsidiariamente, requer o apelante a fixação da pena no mínimo legal, sustentando a ausência de fundamentação na análise das circunstâncias judiciais, com a adequação do regime prisional;

É cediço que no processo de individualização da pena cabe ao julgador singular, dentro do poder discricionário que lhe é conferido, atribuir valor positivo ou negativo a cada uma das circunstâncias judiciais ali previstas, sempre de forma fundamentada, devendo tal motivação decorrer do exame de fatos objetivamente considerados, o que não ocorreu in casu.

Segundo se verifica do teor da sentença de fls. 283/292, a MM. Julgadora, ao individualizar a pena do sentenciado, reconheceu como desfavorável a culpabilidade, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, assim fundamentando sua decisão:

Do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006: É inegável que o acusado apresenta máxima culpabilidade, por ter praticado o crime deliberadamente; o réu possui antecedentes



criminais, respondendo ao processo criminal n. 0003440-95.2008.4.0.3900 na justiça federal – seção judiciária do Pará pelo crime de tráfico de entorpecentes e ao processo 0007934-36.2017.814.0070 que tramita nesta vara por porte ilegal de arma de fogo; os motivos, vontade livre e consciente de obter indevida vantagem econômica em detrimento de outrem são desfavoráveis; as circunstâncias são reprováveis diante da evidente prática da mercancia no ambiente doméstico. As consequências do crime de grande relevância, posto que o tráfico de drogas é fator de difusão, causando sérios e irreversíveis prejuízos à saúde pública. Comportamento da vítima, quesito que resta prejudicado, ao passo que a vítima é a própria sociedade. Em vista dessas circunstâncias, que em sua maioria são desfavoráveis, fixo ao réu a pena base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 500 (trezentos) dias-multa, estes fixados unitariamente em valor equivalente a 1/20 do salário mínimo vigente à época do fato. Inexistentes outras circunstâncias a considerar na segunda e terceira fase de fixação da pena, pelo que torno a pena definitiva em 7 (sete) anos de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, estes fixados unitariamente em valor equivalente a 1/20 do salário mínimo vigente à época do fato. (g/n).

Atento aos fundamentos da r. decisão e às circunstâncias do caso concreto, observo a ausência de motivação adequada na valoração atribuída aos vetores, tornando imprescindível a realização de nova avaliação das circunstâncias judiciais.

Esclareço que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitando-se tão somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. (HC 106113, Relatora: Min. Carmem Lúcia, 1ª Turma, julgado em 18.10.2011, processo eletrônico DJe-022 Divulg 31.01.2012. Pub. 01.02.2012).

Passo ao reexame das circunstâncias judiciais:

Primeiramente, com relação a culpabilidade, leciona nossa doutrina pátria que na análise desta circunstância judicial, o magistrado "deve aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente,



na situação em que o fato ocorreu." (DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186).

In casu, a fundamentação acerca do referido vetor não se mostra adequada, eis que não se reporta ao grau de reprovabilidade da conduta do denunciado dentro do contexto em que foi cometido o delito, devendo, portanto, ser reavaliado de acordo com o caso concreto. Assim, tenho que o grau de reprovabilidade da conduta do acusado não passou do habitual ao crime em comento, nada tendo a valorar.

Quanto aos antecedentes, verifico que o réu é tecnicamente primário, segundo o Enunciado da Súmula 444 do STJ, que estabelece: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Com relação a personalidade, é cediço que segundo entendimento de nossa doutrina, tal estudo, afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito. ¹(Ricardo Augusto Schmitt, in Sentença Penal Condenatória, págs. 39/40).

Por conseguinte, não constando dos autos qualquer prova técnica ou exame específico sobre o caráter do agente, capaz de dar suporte ao magistrado, resta prejudicada, sua análise no presente feito.

No mesmo sentido é o entendimento desta Relatora, com relação a conduta social do denunciado, a qual, segundo leciona Ricardo Augusto Schmitt, não se refere a fatos criminosos e sim ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita. Assim, mera suposição de envolvimento criminal não deve desabonar a conduta social, uma vez que se estará por vias inversas ferindo o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. (in Sentença Penal Condenatória, pág. 40).

Desta feita, tenho que também restou prejudicado, no caso em apreço, o exame do referido vetor.

Quanto aos motivos do crime, afasto a valoração apontada pela MM.^a Julgadora, visto que a obtenção de lucro fácil constitui uma consequência lógica da venda de entorpecente, sendo imprópria tal fundamentação para valorar negativamente referida circunstância.

Da mesma forma, destaco que as consequências maléficas que o tráfico de drogas causa às famílias não pode, por si só, agravar a situação do réu, por se tratar de consequência inerente ao tipo penal.

As circunstâncias do crime se encontram relatados nos autos,



não apresentando, a meu ver, qualquer fator de reprovabilidade que exceda o punido pelo próprio tipo penal, devendo, portanto, ser afastada a valoração negativa atribuída ao citado vetor.

Por fim, o comportamento da vítima restou prejudicado conforme salientou a Juíza a quo.

Esclareço, por oportuno, que não obstante as alterações acima procedidas, cabe ainda valorar, antes da fixação da pena-base, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que assim dispõe: 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 do agente.

Sobre a matéria, leciona Renato Brasileiro de Lima, que como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. (in Legislação Criminal Especial Comentada, volume único, ED. Jus Podium. 4ª Ed. Pag. 803).

Desta feita, considerando a natureza da droga apreendida, qual seja, cocaína, que tem alto poder de viciar jovens e causar sérios danos à saúde, bem como a quantidade da substância entorpecente apreendida, 282,00g (duzentos e oitenta e dois gramas), conforme laudo de fl. 58/60, resta justificado o afastamento da pena-base do patamar mínimo estabelecido para o delito.

Assim, ao exame das diretrizes dos arts. 59 e 68, do Código Penal, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado, porém, sopesando a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, calculada em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Segunda fase

Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes mantenho a pena anteriormente fixada.

Terceira fase

Nesta fase, requer o apelante a aplicação da causa especial de diminuição de pena constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

Todavia, tenho que razão não lhe assiste.

É cediço que, para aplicação do privilégio pleiteado, faz-se



necessário o reconhecimento dos requisitos elencados no dispositivo legal supracitado, que assim dispõe:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, ao interpretar o artigo acima citado lecionam que:

Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime. Por fim não terá direito à diminuição, o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz-se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros. Ambas impedirão a aplicação da causa de diminuição, pois o intuito da lei é somente beneficiar o pequeno traficante, que não possui conduta voltada para o crime e que não esteja envolvido definitivamente com o tráfico. (...). (Lei de Drogas Comentada, 3ª edição, Ed. Método, fl. 122).

No caso em apreço, entendo que o recorrente não faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, eis que as circunstâncias do caso concreto, (natureza/quantidade da droga e apetrechos apreendidos), bem como o fato de responder a outro processo na Justiça Federal pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, demonstram não se tratar de um fato isolado em sua vida, indicando que se dedica à atividade criminosa, o que impossibilita o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Sobre a matéria, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitativa. Precedentes. ((HC 401.661/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).



PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - In casu, o v. acórdão impugnado afastou a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na significativa quantidade e diversidade das drogas apreendidas, além de apetrechos próprio para o exercício da traficância, como de balança de precisão e rola de papel alumínio. Assim, as fundamentações são adequadas ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - Na hipótese, constata-se que o regime inicial fechado foi determinado com base nos seguintes fundamentos: "além da nada desprezível



quantidade de drogas, detinha, além de maconha, como visto, entorpecente de maior potencial lesivo do que o observado em casos comezinhos, qual seja, cocaína, sabidamente dos mais devastadores". Nesse diapasão, a quantidade e diversidade de entorpecente foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

VI - Mantida a reprimenda do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável o pleito de substituição da pena por ausência de preenchimento dos requisitos constantes do art. 44, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. (HC 469.952/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 16/10/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

4. (...); (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014). Habeas corpus não conhecido. (HC 375.624/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018)

Por conseguinte, mantenho a pena anteriormente fixada, tornando-a concreta e definitiva em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime, inicial, semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º b do CPB.



Acompanhando a pena privativa de liberdade, fixada acima do mínimo legal, mantenho a pena de multa estabelecida na r. decisão, qual seja, 580(quinhentos e oitenta) dias-multa, a razão de 1/3 do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, a qual torno concreta e definitiva.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista que o recorrente não preenche o requisito objetivo do inciso I, do art. 44, do CPB, uma vez que lhe foi aplicada pena superior a quatro anos de reclusão, fato, portanto, impeditivo para a substituição requerida.

Diante de tais fundamentos, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, nos exatos termos da fundamentação, mantendo-se inalteradas a r. sentença combatida.

Comunique-se ao Juízo da Vara das Execuções acerca da alteração ocorrida na dosimetria da pena, devendo o mesmo proceder com as atualizações necessárias ao cumprimento da reprimenda fixada ao recorrente, nos termos da Resolução n.º 113/2010, alterada pela Resolução n.º 237, de 23.08.2016.

É o voto.

Belém, 20 de novembro de 2018.

Desa. VÂNIA LUCIA SILVEIRA
Relatora