



ACÓRDÃO Nº _____.
SECRETARIA DA 1ª TURMA DE DIREITO PENAL
APELAÇÃO CRIMINAL
PROCESSO Nº 0019719-58.2016.8.14.0028
COMARCA DE ORIGEM: MARABÁ/PA
APELANTES: MARCIANA RODRIGUES DE SOUSA, ROSIVANE RODRIGUES DE SOUSA E MELK HENRIQUE SILVA SOUZA
DEFENSORIA PÚBLICA: HALLINE KAROL NOCETI SERVILHA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: UBIRAGILDA SILVA PIMENTEL
RELATORA: ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

EMENTA: ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 12, DA LEI Nº 10.826/2003.

1.PRELIMINAR. ILICITUDE DA PROVA DEVIDO À INVASÃO DE DOMICÍLIO. TESE REJEITADA. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PROTEGE O DOMICÍLIO, ENTRETANTO É POSSÍVEL NELE INGRESSAR, SEM MANDADO, DIANTE DA FUNDADA SUSPEITA DE QUE NO LOCAL OCORRE PRÁTICA CRIMINOSA, FATO QUE RESTOU DEMONSTRADO NOS AUTOS. ADEMAIS, SEGUNDO REITERADA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA, POR SE TRATAR O TRÁFICO DE DROGAS DE DELITO DE NATUREZA PERMANENTE, ASSIM COMPREENDIDO AQUELE EM QUE A CONSUMAÇÃO SE PROTRAI NO TEMPO, NÃO SE EXIGE A APRESENTAÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO, A FIM DE FAZER CESSAR A ATIVIDADE CRIMINOSA, CONFORME RESSALVA PREVISTA NO ART. 5º, XI DA CF/88. ADEMAIS, NO CASO DOS AUTOS, OS POLICIAIS CONSTATARAM, ANTES DO INGRESSO NA RESIDÊNCIA, FUNDADAS RAZÕES QUE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRARAM A NECESSIDADE DE ENTRAR NO IMÓVEL. PRECEDENTES DO STJ NO SENTIDO DE QUE É DISPENSÁVEL O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO QUANDO SE TRATA DE FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE, PODENDO-SE REALIZAR A PRISÃO SEM QUE SE FALE EM ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS (STJ, HC Nº 293.916/RS, MIN. JORGE MUSSI, DJ: 02/12/2014). DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL AUTORIZANDO O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DOS ACUSADOS. PRELIMINAR REJEITADA.

2.MÉRITO.

2.1. RECURSO DO APELANTE MELK HENRIQUE SILVA SOUSA.

2.1.2. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRADO QUE O ACUSADO MANTINHA EM DEPÓSITO DROGAS PARA DISSEMINAÇÃO ILÍCITA, JUSTIFICADA A CONDENAÇÃO. NA HIPÓTESE, O AUTO DE APREENSÃO E APRESENTAÇÃO E O LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO COMPROVARAM A EXISTÊNCIA DE 54G (CINQUENTA E QUATRO GRAMAS) DE MACONHA, ALÉM DO AUTO DE APREENSÃO DE 01 ARMA CALIBRE .38 COM NUMERAÇÃO RASPADA, RESTANDO DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA A COMPROVAR A POTENCIALIDADE LESIVA DO ARTEFATO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO EM TELA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO MANTIDA.

2.1.3. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A HIPÓTESE DE USO DE SUBSTÂNCIA



ENTORPECENTE (ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DE USO, SOMENTE SERÁ POSSÍVEL QUANDO PRESENTES AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/06, O QUE NÃO SE VERIFICA NO CASO EM TELA, TENDO EM VISTA A FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA DROGA QUE FAZ ENTENDER A INTENÇÃO DE MERCÂNCIA. EM RELAÇÃO À POSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA, CUMPRIDA À DEFESA O ÔNUS DA PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO ALEGADO EM FAVOR DO ORA APELANTE CONSISTENTE NA POSSE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO, O QUE NÃO OCORREU. IMPORTANTE SALIENTAR QUE O FATO DO ACUSADO SER USUÁRIO DE DROGAS, POR SI SÓ, NÃO ELIDE A TRAFICÂNCIA. NO PRESENTE CASO, O ACERVO PROBATÓRIO GERA A CONVICÇÃO DE QUE O ORA APELANTE PRATICOU O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS ATRAVÉS DA POSSE. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO MANTIDA.

2.1.4. AUMENTO DA FRAÇÃO RELATIVA À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM 1/6. ACOLHIMENTO. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL QUE ASSEVERA QUE A PAR DE RECONHECER A INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO FIXO PARA A DETERMINAÇÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO, RECOMENDA-SE A ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTES.

2.1.5. COMPENSAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO NO CRIME PREVISTO NO ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03. POSSIBILIDADE. SEGUNDO ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO STJ, FIRMADA NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.341.370/MT JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DEVEM SER COMPENSADAS.

2.1.6. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. INCABÍVEL A MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA, UMA VEZ QUE EXISTE A COMPROVAÇÃO NO CADERNO PROCESSUAL DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM NOME DO ORA APELANTE. A IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, TAL COMO CONSIGNADO NA DECISÃO OBJURGADA, FORA JUSTIFICADO NA REINCIDÊNCIA DO RECORRENTE.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

2.2. RECURSO DAS APELANTES MARCIANA RODRIGUES DE SOUSA E ROSIVANE RODRIGUES DE SOUSA.

2.2.1. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIAS DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. AUTO DE APREENSÃO E APRESENTAÇÃO DE OBJETO E LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO APTO A COMPROVAR A QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS NA RESIDÊNCIA DAS RECORRENTES, TRATANDO-SE DE 2816,110G (DOIS QUILOS OITOCENTOS E DEZESSEIS GRAMAS CENTO E DEZ MILIGRAMAS) DE COCAÍNA E 555,895G (QUINHENTAS E CINQUENTA E CINCO GRAMAS OITOCENTOS E NOVENTA E CINCO



MILIGRAMAS) DE MACONHA, 02 BALANÇAS DE PRECISÃO, ALÉM DE APETRECHOS UTILIZADOS PARA A COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA DE DROGAS. DEPOIMENTOS DOS INVESTIGADORES DE POLICIA CIVIL QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DAS APELANTES APÓS INVESTIGAÇÕES. VALIDADE. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA.

2.2.2. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE ESCORREITA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL, EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS LEGAIS. ACERCA DA PENA-BASE IMPOSTA AS ORA APELANTES, VERIFICO QUE MAGISTRADO SENTENCIANTE ELEVOU A PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, CONSIDERANDO A NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. COM EFEITO, O ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06 DETERMINA QUE ESTAS CIRCUNSTÂNCIAS DEVEM SER OBSERVADAS COM PREPONDERÂNCIA SOBRE AS VETORIAIS DO ARTIGO 59 DO CP, DE MODO QUE SE MOSTRA ADEQUADA A ELEVÇÃO DA PENA, NÃO PODENDO SER DADA COMO EXCESSIVA A PENA APLICADA.

2.2.3. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. A GRANDE QUANTIDADE DE DROGA É IDÔNEA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO. PRECEDENTES.

2.2.4. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NA HIPÓTESE, CONSIDERANDO A ELEVADA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS ENVOLVIDAS NO CASO, IMPERIOSO O AFASTAMENTO DA CONCESSÃO DA BENESSE LEGAL EM ESTUDO, TENDO EM VISTA QUE TAIS CIRCUNSTÂNCIAS INDICAM A DEDICAÇÃO DAS RECORRENTES A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES DO STJ.

2.2.4. DISPENSA OU REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. NÃO ACOLHIMENTO. INCABÍVEL A DISPENSA DA MULTA POR SER PRÉCEITO COMINATÓRIO, RESTANDO INVIÁVEL SUA EXCLUSÃO PORQUANTO A IMPOSIÇÃO DECORRE DE EXPRESSA PREVISÃO DO TIPO LEGAL, SENDO A SUA APLICAÇÃO CUMULATIVA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PRECEDENTES. REDUÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. A PENA DE MULTA FORA FIXADA DE FORMA ESCORREITA E PROPORCIONAL À PENA CORPORAL IMPOSTA, RESPEITANDO A ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E OS VETORES DOS ARTIGOS 49 E 60 AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

PENA REDIMENSIONADA UNICAMENTE PARA O ORA APELANTE MELK HENRIQUE SILVA DE SOUSA PARA 05 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO A SER CUMPRIDO INICIALMENTE EM REGIME FECHADO POR SER REINCENTE ALÉM DO PAGAMENTO DE 583 DIAS-MULTA, PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006 (CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES) E À PENA DE 01 ANO DE DETENÇÃO A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME SEMIABERTO POR SER REINCENTE ALÉM DO PAGAMENTO DE 10 DIAS. Pág. 3 de 41



RELATORA: ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Penal interposto em favor de Marciana Rodrigues de Sousa, Rosivane Rodrigues de Sousa e Melk Henrique Silva Souza, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, contra a r. decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marabá/PA (fls. 87-106) que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou, individualmente, os ora apelantes da seguinte forma: 1) Marciana Rodrigues de Souza à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, pelo crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06; 2) Rosivane Rodrigues de Sousa à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 890 dias-multa, pelo crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e 3) Melk Henrique Silva Souza à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão em regime inicial fechado mais 770 dias multa, pelo crime tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06, bem como à pena de 01 ano e 02 meses de detenção a ser cumprida em regime semiaberto, pelo delito do art. 12, da Lei nº 10.826/03.

Narrou à denúncia (fls. 02-04), em síntese, que no dia 25/10/2016, a polícia civil do Estado do Tocantins entrou em contato com a polícia civil do Estado do Pará, com a finalidade de informar que a ora apelante Marciana Rodrigues de Sousa possuía um mandato de prisão em aberto no Estado do Tocantins. Destacou que a informação também relatava que a ora apelante se encontrava na Folha 18, Quadra 02, Lote 17, Nova Marabá, morando com a irmã, a ora apelante Rosivane Rodrigues de Sousa, onde estariam praticando tráfico de entorpecentes. Consta ainda na exordial acusatória que, diante disso, no mesmo dia, por volta das 15 horas, uma equipe da polícia civil do Estado do Pará fez campana na frente do imóvel, sendo que no momento em que as ora apelantes Marciana Rodrigues de Sousa e Rosivane Rodrigues de Sousa chegaram ao imóvel, a referida equipe deu voz de prisão à Marciana. Asseverou que em ato contínuo e em decorrência da notícia de venda de drogas pelas recorrentes acima citadas, a equipe da polícia civil questionou Rosivane se haveria drogas no local, obtendo a resposta positiva.

Afirmou que quando da vistoria do imóvel, a polícia civil apreendeu em um quarto no referido imóvel: 02 tijolos de cocaína pesando aproximadamente dois quilogramas; 01 sacola contendo 722g (setecentos e vinte e dois gramas) de cocaína em pó; 01 tijolo de maconha prensada pesando aproximadamente 502g (quinhentos e dois gramas), bem como 02 balanças de precisão e outros apetrechos necessários para a comercialização de drogas. Acrescentou que a polícia civil apurou que a ora apelante Marciana Rodrigues de Sousa possuía um relacionamento amoroso com o também apelante Melk Henrique Silva Souza, que era foragido da justiça com prisão preventiva decretada e também participava da comercialização de substâncias entorpecentes na cidade de Marabá/PA. Pontuou que a equipe da polícia civil após levantamentos, localizou a residência onde o ora



apelante Melk se encontrava e assim os investigadores se deslocaram até a casa em que Melk vivia maritalmente com a nacional Maria Gercilene Viana de Carvalho, que também fora denunciada.

Aduziu que na casa do ora apelante Melk Henrique Silva Souza, fora apreendido: 01 arma de fogo tipo revólver, calibre 38 com numeração raspada; 01 tablete de maconha prensada pesando aproximadamente 54g (cinquenta e quatro gramas). Diante dos fatos, o representante do Ministério Público pugnou pela condenação das ora apelantes Marciana Rodrigues de Sousa e Rosivane Rodrigues de Sousa como incurso nas sanções punitivas dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 e do ora apelante Melk Henrique Silva Souza como incurso nos crimes tipificados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006 c/c art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

A denúncia foi recebida em 01/12/2016, à fl. 11.

Citação dos ora apelantes, às fls. 21-22, 23-24 e 27-28.

Termo de Audiência de Instrução e Julgamento, às fls. 34, 43-49/55 (mídia).

Memoriais Escritos da Acusação, às fls. 56-64.

Alegações Finais da Defesa, às fls. 73-85.

Laudo de Exame Toxicológico Definitivo em Entorpecente à fl. 61-62 apenso.

Em suas razões recursais (fls. 138-179), a defesa pugnou, preliminarmente, pela ilicitude da prova devido à invasão de domicílio. No mérito, com relação ao ora apelante Melk Henrique Silva Souza, a defesa requereu a absolvição sob a tese de ausência de provas para a condenação com relação a ambos os crimes, bem como a desclassificação para uso de substância entorpecentes, nos moldes do artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente, pugnou aumento da fração relativa à agravante da reincidência em 1/6, a compensação da circunstância atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência no crime previsto no art. 12 da Lei Nº 10.826/03, bem como a modificação do regime inicial de cumprimento da pena. Com relação às ora apelante Marciana Rodrigues de Sousa e Rosivane Rodrigues de Sousa, a defesa requereu a absolvição por insuficiências de provas. Subsidiariamente, pugnou pela fixação da pena base no patamar mínimo legal, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo, bem como a dispensa ou redução da pena de multa.

Em sede de contrarrazões (fls. 180-193), o representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.



Nesta Instância Superior (fls. 200-219), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, por intermédio da Dra. Ubiragilda Silva Pimentel, se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso em favor do ora apelante Melk Henrique Silva Souza, com a redução do quantum referente à agravante da reincidência quanto ao crime de tráfico de drogas, bem como a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea quanto ao crime previsto no artigo 12 da Lei nº 10.826/03, mantendo-se a sentença recorrida em seus demais termos.

É o relatório.

Com revisão da Exma. Desa. Vânia Silveira.

Passo ao voto.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade recursal, mormente em relação à adequação e tempestividade, conheço do presente recurso.

Na incidência de questionamento preliminar, passo à sua análise.

1. PRELIMINAR DE ILICITUDE DA PROVA DEVIDO À INVASÃO DE DOMICÍLIO:

Neste particular, a defesa pugna pelo reconhecimento da ilicitude da prova devido à invasão de domicílio.

Adianto desde logo que rejeito à preliminar defensiva.

Cediço que o armazenamento de substância entorpecente (art. 33 da Lei Nº 11.343/06) tem natureza de infração permanente, cujo a consumação se estende no tempo. Nessas situações, a prisão em flagrante pode ocorrer a qualquer hora do dia ou da noite, inclusive com ingresso na residência, afinal, por permissivo constitucional, admite-se a invasão domiciliar para a efetivação do flagrante, conforme art. 5º inciso XI, da CF.

Como prevê o artigo supracitado, a inviolabilidade do domicílio sofre restrições, sendo uma delas a hipótese do flagrante delito, que dispensa mandado judicial para o ingresso na residência. Assim, sendo o tráfico de drogas crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, o flagrante se verifica no momento em que constatada uma das ações delituosas previstas nos tipos penais.

No presente caso, consta dos autos que a Polícia Civil de Marabá/PA recebeu informação da Polícia Civil do estado do Tocantins, informando que a ora apelante Marciana Rodrigues de Sousa estaria com um mandado de prisão em aberto naquele Estado, informando, ainda, o endereço em que a ora recorrente residiria e que estaria, supostamente, comercializando drogas ilícitamente em sua residência.

De posse de tais informações, uma equipe de policiais passou a investigar a ora apelante Marciana Rodrigues de Sousa e sua irmã, também apelante Rosivane Rodrigues de Sousa, quando diante das suspeitas levantadas acerca da conduta das ora recorrentes, os policiais questionaram se haveria drogas em sua residência, momento em que Rosivane teria respondido positivamente e, em razão deste fato, a equipe policial decidiu adentrar o imóvel para realizar averiguação, oportunidade na qual fora encontrado em



um dos cômodos da casa duas barras de substância pulverulenta de cor branca envoltas em papel alumínio e seladas com fita adesiva de cor verde, possuindo a massa total de 2,022kg (dois quilogramas e vinte e dois gramas), um embrulho confeccionado em sacola plástica de cor branca que acondicionava substância pulverulenta de coloração branca, obtendo-se a massa total de 722g (setecentos e vinte e duas gramas), ainda dois pequenos embrulhos contendo, respectivamente, 46,468g (quarenta e seis gramas e quatrocentos e sessenta e oito miligramas) e 25,638g (vinte e cinco gramas e seiscentos e trinta e oito miligramas), resultando na massa total de 2816,110g (dois quilogramas oitocentos e dezesseis gramas e cento e dez miligramas) de substância entorpecente denominada Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida por cocaína, além de uma barra de erva seca de coloração esverdeada, em formato prensado, pesando o total de 502g (quinhentos e dois gramas, de Cannabis sativa L., popularmente conhecida como maconha, em consonância com o Auto de Apreensão e Apresentação de Objeto de fl. 07_apenso e Laudo Toxicológico Definitivo às fls. 61/62 apenso.

A diligência investigativa em questão também apurou que o ora apelante Melk Henrique Silva Souza teria um relacionamento amoroso com a também apelante Marciana, razão pela qual se deslocaram até a sua residência e, no local, fora encontrada pela guarnição policial outra quantidade de droga, qual seja, 53,895g (cinquenta e três gramas oitocentos e noventa e cinco miligramas) de substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha, de acordo com o Auto de Apreensão e Apresentação de Objeto, fl. 07_apenso e Laudo Toxicológico Definitivo às fls. 61-62_apenso.

Na espécie, houve informações sobre a ocorrência de tráfico no local, quando a guarnição policial se deslocou até o local do fato. Dessa forma, tenho que o procedimento adotado é válido, pois possuindo os agentes policiais elementos a indicar a ocorrência de crime, está presente justa causa para o ingresso na residência, legitimando a ação policial e a prisão em flagrante, na forma do art. 5º, inc. XI, da CF, como já decidido, com repercussão geral, pelo STF (RE nº 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 10/05/16), contendo o julgado citado a seguinte ementa:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio



(Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

Assim, resta assentado em reiterada jurisprudência pátria sobre o tema que, por se tratar o tráfico de drogas de delito de natureza permanente, assim compreendido aquele em que a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, a fim de fazer cessar a atividade criminosa, conforme ressalva prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal (prisão em flagrante). Em consonância como o outrora exposto:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. APELO DEFENSIVO. PARCIAL PROVIMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA PRELIMINAR. Não há necessidade de mandado de busca e apreensão para ingresso na residência do réu, tendo em vista que delito de tráfico de drogas possui natureza permanente, no qual o estado de flagrância prolonga-se no tempo. (...). (TJ/RS, Apelação Crime Nº 70078928165, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 11/10/2018)

HABEAS CORPUS. (...). 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência. (...). (STJ, 293.916 – RS, Min. Rel. JORGE MUSSI, DJ: 11/12/14)

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA BUSCA E APREENSÃO. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO IMPROVIDO. 1. Tratando-se de delito de tráfico de droga, considerando sua natureza permanente, não há se falar em ilegalidade do mandado de busca e apreensão e conseqüentemente dos atos subsequentes e de prova obtida por meio ilícito, posto que a invasão de domicílio no caso de flagrante é recepcionada pela Constituição Federal nos termos do artigo 5º, inciso XI. (...). (TJ-MG APR: 10313160210453001 MG, Relator: Alexandre Victor de Carvalho, Data de Julgamento: 03/04/2018, Data de Publicação: 09/04/2018). GRIFEI.

Corroborando neste sentido, versa a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça. Confira-se:



APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DA PROVA: REJEITADA. (...). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO RELATOR. 1. PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DE PROVA: É cediço que o delito de Tráfico de Entorpecentes se trata de crime permanente, logo, o flagrante delito permanece enquanto não cessar a permanência ex vi do art. 303, do Codex Processual Penal. No presente caso, a polícia militar recebeu denúncia anônima de que estaria ocorrendo o delito de tráfico de entorpecentes na residência da apelante, e em razão deste fato se dirigiu até o local e decidiu adentrar ao imóvel para realizar a averiguação, oportunidade na qual fora encontrado na geladeira da apelante a quantidade de 37 (trinta e sete) petecas, pesando 8,0g (oito gramas) e mais uma porção pesando 39,40g (trinta e nove gramas, e quarenta miligramas), ambas da substância Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida por cocaína (Laudo Toxicológico Definitivo, fl. 23), logo, ao adentrar a casa e encontrar a droga, a polícia o fez em razão do estado de flagrância do ato ilícito, o que é perfeitamente ratificado pela Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, inciso XI. Precedentes deste E. Tribunal. PRELIMINAR REJEITADA. (...). (2018.01113280-26, 187.174, Rel. MAIRTON MARQUES CARNEIRO, Órgão Julgador 3ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-03-20, Publicado em 2018-08-21). GRIFEI.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DEFENSIVA. NULIDADE. ILEGALIDADE DENUNCIA ANONIMA E INVASÃO DE DOMICILIO. REJEIÇÃO. No crime permanente o agente se mantém em constante estado de flagrância e fica afastada a necessidade de mandado judicial para uma eventual ação policial interventiva. (...). (2018.02122467-29, 190.613, Rel. MARIA EDWIGES MIRANDA LOBATÓ, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-05-22, Publicado em 2018-05-25). GRIFEI.

Singrando estes mares, é relevante salientar que as Cortes Superiores têm se posicionado no sentido de excepcionar a garantia constitucional do domicilio quando, de maneira fundamentada e justificada no caso concreto, haja indícios de estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito, como se extrai do julgado colacionado abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO (ART. 5º, XI, DA CF). ATUAÇÃO POLICIAL COM BASE EM FUNDADA SUSPEITA DE COMETIMENTO DE CRIME. LICITUDE DA PROVA. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do Habeas Corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quanto o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quanto amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas



razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. No caso, a entrada dos policiais se deu em razão de severas suspeitas de que no interior da residência estava sendo praticado o delito de tráfico de drogas, situação ratificada com a fuga dos suspeitos e a apreensão de considerada porção de substância entorpecente (358 pedras de crack), o que afasta o apontado constrangimento ilegal. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 436718 SC 2018/0031685-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/05/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2018). GRIFEI.

Ademais, no caso dos autos, os policiais constataram, antes do ingresso na residência, fundadas razões que suficientemente demonstraram a necessidade de entrar no imóvel. Nesse contexto, é claro o acerto da conduta policial e a procedência da suspeita independente da expedição de mandado judicial, dada a natureza permanente do crime de tráfico de drogas.

Diante dos argumentos supra expendidos, não há o que se falar no presente caso em ilegalidade da prova, haja vista que a entrada dos policiais na residência da apelante Marciana Rodrigues de Sousa fora respaldada pela Carta Magna, sendo imperioso destacar que havia em seu desfavor mandado de prisão, constante nos autos do processo nº 0007641-23.2015.8.27.2706, da 2ª Vara Criminal e Execuções Penais da Comarca de Araguaína/TO e, também mandado de prisão em desfavor do recorrente Melk Henrique Silva Souza, expedido nos autos do processo nº 0015739-06.2016.8.14.0028, não havendo como cogitar o ato policial como invasão de domicílio infundada ou justificada por denúncia anônima, mas sim, de escorreta ação dos policiais no exercício regular de suas funções públicas.

Portanto, rejeito à preliminar em questão.

Não havendo mais questões preliminares, passo, nesse momento, à análise do mérito recursal.

2. MÉRITO.

2.1. RECURSO DO APELANTE MELK HENRIQUE SILVA SOUSA.

2.1.2. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA OS CRIMES PREVISTOS NOS ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 E ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03.

Requeru a defesa a absolvição do ora apelante, argumentando que não seria possível extrair dos presentes autos suporte probatório apto a condenação nos crimes citados alhures.

Imperioso desde logo asseverar que não acolho eventual alegação de insuficiência de provas em razão da ilicitude de provas fulcrada na arguição defensiva de violação de domicílio, tendo em face a rejeição da questão preliminar amplamente exposta alhures.

Adianto, desde logo, que não merece prosperar, nesse particular, o inconformismo do ora recorrente.



No caso em tela, no que concerne ao crime previsto no art. 33 da Lei N° 11.343/06, a materialidade delitiva do crime de tráfico de entorpecentes está comprovada através do Auto de Apresentação e Apreensão de Objeto (fl. 07_apenso), Laudo Toxicológico de Constatação (fls. 59/60_apenso), Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 61/63), que atestam a posse por parte do ora apelante de 53,895g (cinquenta e três gramas e oitocentos e noventa e cinco miligramas) de substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha, quantidade suficiente para caracterizar a mercancia ilícita de drogas.

A autoria do crime em questão, por sua vez, está evidenciada no depoimento testemunhais colhidos durante a instrução criminal, corroborada pelo que asseverou o ora apelante em juízo, senão vejamos:

Em seu depoimento (mídia à fl. 55), a testemunha Kleber Santiago Machado, Investigador de Polícia Civil, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, narrou, com riqueza de detalhes, como ocorreu a diligência policial que culminou na prisão em flagrante do ora recorrente:

(...); Que, após levantamentos, descobriram o endereço do acusado Melk, próximo à feira coberta, e efetuaram a prisão; Que, no momento da abordagem, a Dona Maria, ao verificar que era a Polícia, tentou fechar a porta, e então tiveram que usar energia para adentar no imóvel; (...); Que, a acusada Marciana tinha uma relação amorosa com o acusado Melk, e este mantinha outro relacionamento afetivo com a Dona Maria; Que, existe a figura do Sr. Renanzinho, assaltante de banco, traficante, uma pessoa bem notória no mundo do crime, que tem um filho com a acusada Rosivane, e, se fossem ver por hierarquia, este seria o líder do grupo; (...); Que, na casa do Melk, foi encontrada uma arma com a numeração suprimida, dentro de um guarda roupa, e uma quantidade de 'maconha' dentro da geladeira; Que, o acusado Melk disse que a arma era dele; (...); Que, a arma era um revólver, calibre 38', mas só através de perícia para conseguir identificar o número da arma; (...); Que, o acusado Melk, é conhecido da polícia por cometer assaltos à bancos, sendo, inclusive, suspeito de ter participado de um 'sapatinho', no banco Bradesco; Que 'sapatinho' é o sequestro mediante extorsão; (...). GRIFEI.

Corroborando neste sentido, a testemunha Paulino Silva Souza, Investigador de Polícia Civil, também em juízo (mídia à fl. 55), declarou:

(...); Que, Melk, já estava em investigação pela ocorrência de uma extorsão mediante sequestro que tinha ocorrido, e tinham o conhecimento de que o acusado era foragido do sistema; Que, Melk e Marciana tinham uma relação amorosa; (...); Que, na casa de Melk, encontraram um revólver, e uma quantidade pequena de droga, que era maconha; Que os acusados fazem parte do mesmo ciclo, do mesmo grupo social; Que, na verdade, a investigação desse núcleo no Estado do Pará, tem como liderança o esposo da Rosivane, que é o Renan, que está preso, e que é o grande responsável para recrutar as pessoas para o transporte de droga e venda, da qual a Rosivane faz parte, e é o braço direito, é um dos braços, é uma das mulheres do Renan; Que, o Melk, recém foragido da justiça, tem que se submeter a essa associação criminosa para poder crescer em Marabá, junto com a Marciana, que está na mesma condição, vindo do Tocantins foragida; (...); Que, Marciana, Rosivane e Melk são conhecidos da polícia já, por integrarem esse grupo do Renan; Que, a arma o Melk assumiu que era dele,



a droga disse que era para consumo; Que a arma do Melk estava com a numeração raspada; (...). GRIFEI.

Em consonância com os depoimentos colacionados alhures, a testemunha Renato dos Santos Carvalho, Investigador de Polícia Civil, acrescentou (mídia à fl. 55):

(...); Que, segundo a investigação, todos os acusados fazem parte do mesmo grupo; Que chegou a ir na casa do Melk; Que, fizeram campana, esperando sair a movimentação sair da casa, sendo que o acusado não saiu, mas saiu um outro cidadão de dentro da casa; Que este cidadão indicou em qual das kit nets Melk morava, que chegaram lá e bateram na casa, pediram para abrirem a porta, e anunciaram o mandado de prisão em relação ao Melk; Que, encontraram a arma numa gaveta, e a maconha na geladeira, aproximadamente 50g; Que a droga estava envolvida num saco; Que, a arma era uma calibre 38; Que, no numeral da arma estava raspado; Que não foi apresentado documento de porte de arma; (...); Que, Melk alegou que a droga era para uso; Que Melk teria um relacionamento amoroso com Marciana, inclusive que Marciana estaria grávida do filho de Melk; Que, a Polícia Civil já tinha a informação de os dois locais seriam pontos de venda de droga; Que não sabe informar quem comandava as duas bocas; (...). Grifei

Em seu depoimento em sede de audiência de instrução e julgamento, o ora apelante Melk Henrique Silva Souza, afirmou (mídia à fl. 55):

(...); Que, a droga pertencia ao depoente; Que era uma quantidade do tamanho de uma caixa de fósforos, e estava dentro do congelador, que era para consumo; Que não eram 50g, que comprava 25g para fumar de noite; (...).

Releva salientar que não há nos autos qualquer motivo que indique a existência de vícios nos depoimentos prestados pelos policiais, sendo cediço que tais meios de prova gozam da mais elevada credibilidade quando coesos e harmônicos, como no presente caso, razão pela qual não só podem como devem ser levados em consideração pelo magistrado como elemento de convencimento, consoante orienta a jurisprudência dos tribunais pátrios: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. (...). RECURSO NÃO PROVIDO. (...). II – É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos de policiais militares em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. (...). (TJPR - 4ª C.Criminal - 0006291-27.2017.8.16.0025 - Araucária - Rel.: Celso Jair Mainardi - J. 21.06.2018). GRIFEI.

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (...). DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALOR PROBATÓRIO. MEIO IDÔNEO DE PROVA. (...). O depoimento de testemunha policial responsável pela prisão em flagrante reveste-se de eficácia probatória - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório -, desde que coerente com os demais elementos de prova o que é o caso dos auto. Por isso, não há falar em ofensa ao artigo 155 do Código de Processo Penal, uma vez que respeitado o contraditório na fase judicial. Não é possível rejeitar a validade do depoimento dos



policiais ou reduzir o valor de seus testemunhos sem motivo justificado. A alegação de enxerto encontra-se isolada nos autos. Precedentes. (Apelação Crime N° 70075648733, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 20/06/2018). GRIFEI.

Com efeito, não existe razão para se falar em insuficiência de provas para a condenação, ainda mais neste caso onde a defesa não certificou as proposições por si sustentadas, o que, como cediço, é sua obrigação, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal: a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...).

Neste diapasão, a alegação de negativa de autoria e de insuficiência de provas se mostra absolutamente inverossímil; o depoimento colhido na instrução processual prova que a droga fora encontrada no domicílio do recorrente, escondido em sua geladeira, tendo a substância apreendida dado positivo para Cannabis Sativa L., popularmente conhecida como maconha.

Desse modo, andou bem magistrado singular ao assentar no édito condenatório a inexistência de dúvidas quanto à ocorrência do crime previsto no artigo 33 da Lei n° 11.343/2006, ao conferir validade aos depoimentos prestados pelas testemunhas policiais e ainda que o apelante negue a prática do comércio ilegal de drogas, o conjunto probatório existente nos autos afigura-se harmônico e convincente, de forma a autorizar o juízo de subsunção típico da conduta descrita na denúncia, uma vez que o ora recorrente realizou um dos verbos nucleares do artigo 33, caput c/c §1° da Lei n° 11.343/2006, ao ter em depósito dentro de sua residência, aproximadamente 54g (cinquenta e quatro gramas) de substância entorpecente popularmente conhecida como 'maconha', conforme comprova o Laudo Toxicológico Definitivo de fls. 60-61 apenso aos autos.

No que concerne ao crime previsto no art. 12 da Lei N° 10.826/03, o ora apelante alegou que não há nos autos prova que demonstre a materialidade do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido em face da ausência de laudo pericial balístico que comprovasse o efetivo potencial lesivo do objeto.

Adianto, novamente, que a pretensão recursal em testilha não merece acolhimento.

É cediço que para que se caracterize o crime previsto no artigo 12, da Lei n° 10.826/2003, basta a simples conduta de possuir arma de fogo, sem autorização e em desacordo com a determinação legal, assim, resta tipificado o crime, pois se trata de crime de mera conduta e perigo abstrato, sendo dispensada a ocorrência de resultado naturalístico. Neste sentido, versa a jurisprudência desta Egrégia Corte de Justiça:

RECURSO DE APELAÇÃO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO MUNICIADA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. HIPÓTESES DO ARTIGO 397 DO C.P.B. AUSENTES NO CASO CONCRETO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPROPRIEDADE. SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO. (...). 3. O porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é crime de mera conduta que não exige resultado naturalístico para sua consumação, sendo crime que tutela a segurança pública e a paz social. Desta forma, não se pode falar em atipicidade da



conduta no caso em tela. 4. Não havendo atipicidade da conduta, resta incabível absolvição sumária. 5. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (2018.03134873-75, 193.966, Rel. RONALDO MARQUES VALLE, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-07-24, Publicado em 2018-08-07)

Na hipótese, a materialidade do crime em epígrafe restou comprovada pelo Auto de Apreensão e Apresentação de Objeto (fl. 07 apenso), que atesta a apreensão de 01 arma de fogo calibre 38 com numeração raspada, encontrada na residência do ora apelante no momento da averiguação policial.

A autoria delitiva, por sua vez, fora demonstrada cabalmente por intermédio dos depoimentos prestados pelos investigadores de polícia que realizaram a diligência que resultou na apreensão do referido artefato na residência do ora apelante, escondido dentro de um guarda-roupa, não sendo apresentados o documento de porte e de registro exigidos pela legislação pátria, senão vejamos:

(...); Que, na casa do Melk, foi encontrada uma arma com a numeração suprimida, dentro de um guarda roupa, e uma quantidade de ‘maconha’ dentro da geladeira; Que, o acusado Melk disse que a arma era dele; (...); Que, a arma era um revólver, calibre 38’, mas só através de perícia para conseguir identificar o número da arma; (...); (Kleber Santiago Machado, depoimento gravado em mídia à fl. 55). GRIFEI.

(...); Que, na casa de Melk, encontraram um revólver, e uma quantidade pequena de droga, que era maconha; (...); Que, a arma o Melk assumiu que era dele, a droga disseram que era para consumo; Que a arma do Melk estava com a numeração raspada; (...). (Paulino Silva Souza, depoimento gravado em mídia à fl. 55). GRIFEI.

(...); Que, encontraram a arma numa gaveta, e a maconha na geladeira, aproximadamente 50g; Que a droga estava envolvida num saco; Que, a arma era uma calibre 38; Que, no numeral da arma estava raspado; Que não foi apresentado documento de porte de arma; (...); (Renato dos Santos Carvalho, depoimento gravado em mídia à fl. 55). GRIFEI.

Além disso, o ora apelante Melk Henrique Silva Souza confessou em juízo (mídia acostada à fl. 55), possuir uma arma de fogo em sua casa em desacordo com a lei, tendo-a adquirido o artefato em troca de um lote. Confira-se:

(...); Que a arma, fez uma negociação em um lote; (...); Que a arma tinha três munições dentro, e estavam intactas; Que pegou a arma na negociação; Que ia segurar a arma até receber o dinheiro, que seria R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (...); Que a arma era sua, mas estava empenhada, até receber o dinheiro; Que sua companheira sabia apenas que era o depoente era usuário, mas que não sabia que havia droga na casa; (...). GRIFEI.

Impende ressaltar que quanto à ausência de perícia no artefato apreendido, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que é prescindível tal aferição para fins de configuração do crime em comento, pois a posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, como salientado alhures, é considerado delito de perigo abstrato, não sendo necessária a ocorrência de



resultado naturalístico para sua consumação. Basta a mera conduta de portar munição em desacordo com determinação legal para violar o bem jurídico tutelado. Nesta linha de raciocínio, colaciono decisões dos tribunais pátrios:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A POTENCIALIDADE LESIVA DO INSTRUMENTO DO CRIME. DESNECESSIDADE. DELITO DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. (...). 1. O crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, dentro da qualificação conferida pela doutrina, é tido como de mera conduta e de perigo abstrato e, portanto, o fato de o réu portar arma, independentemente da comprovação de sua potencialidade lesiva, já caracteriza o crime previsto no artigo 12 da Lei 10.826/03, até porque o bem jurídico protegido não é a incolumidade física, e sim a segurança jurídica. Precedentes dos Tribunais Superiores. (...). (TJ-BA – APL: 00006305420118050261, Relator: Mário Alberto Simões Hirs, Segunda Câmara Criminal, Primeira Turma, Data de Publicação: 12/02/2015). GRIFEI.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. (...). 2. O crime de posse irregular de arma de fogo, acessório ou munição classifica-se como de mera conduta, prescindindo da comprovação de efetivo prejuízo à sociedade ou eventual vítima para sua configuração, e de perigo abstrato, na medida em que o risco inerente à conduta é presumido pelo tipo penal, de modo que não se exige, par a caracterização do delito, prova da potencialidade lesiva dos artefatos, a apreensão concomitante de todos os instrumentos descritos no tipo penal ou, ainda, de significativa quantidade desses. (TJ-SC – APR: 00101278020168240005 Balneário Camboriú, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 06/07/2017, Primeira Câmara Criminal). GRIFEI.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003 são de perigo abstrato, de modo que é desnecessário averiguar sobre a lesividade concreta da conduta, visto que o objeto jurídico tutelado não é a integridade física, mas a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo. Assim, não há necessidade de comprovação do potencial ofensivo do artefato por meio de laudo pericial. Confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO. LAUDO PERICIAL JUNTADO APÓS A SENTENÇA. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA. ORDEM DENEGADA. (...). 10. A terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento – alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – de que o tipo penal em apreço é de perigo abstrato. É, portanto, dispensável, para sua configuração, a realização de exame pericial a fim de atestar a



potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida. (...). 12. Ordem denegada. (STJ – HC 470.307/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 29/10/2018). Grifo

Cabe ressaltar que o legislador ao criar o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/2003, preocupou-se, essencialmente, com a proteção a bens jurídicos fundamentais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros.

Assim, antecipando a tutela penal, a norma pune as condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto, pois a objetividade jurídica do dispositivo é a incolumidade pública, ou seja, a garantia e a preservação do estado de segurança, integridade corporal, vida, saúde e patrimônio dos cidadãos indefinidamente considerados contra possíveis atos que os exponham a perigo (Fernando Capez. Estatuto do Desarmamento: Comentários à Lei n. 10.826, de 22-12-2003. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42), sendo, portanto, crime de mera conduta, que não exige, para a sua configuração, a ocorrência de nenhum resultado naturalístico, como expandido ao norte.

Por tais motivos, não acolho a presentação absolutória em análise.

2.1.3. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O CRIME DE USO PARA CONSUMO PRÓPRIO. ART. 28, LEI Nº 11.343/2006:

Consta das razões recursais que não teria sido evidenciada na instrução criminal a conduta delitativa do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico ilícito de entorpecente), mas sim a do art. 28 desse diploma legal (porte de drogas para consumo próprio).

Entretanto, adianto desde logo que mais uma vez não assiste razão à defesa.

O art. 33 da Lei nº 11.343/2006 descreve o crime de tráfico ilícito de drogas nos seguintes termos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. O crime em questão é de perigo abstrato, pois a probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado (saúde pública) independe de prova, sendo presumido pelo legislador na construção do tipo. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, p. 344/345) ensina:

O tráfico ilícito de entorpecentes (...) é um crime de perigo (há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado) abstrato (independe de prova dessa probabilidade de dano, pois presumida pelo legislador na construção do tipo). (...). Não se permite que determinados entorpecentes circulem em sociedade porque seus danos, ao longo do tempo, já foram comprovados, não somente por médicos, cientistas, especialistas da área de saúde pública em geral, como também por fatos concretos. A saúde pública, bem jurídico imaterial, mas que significa a possibilidade de várias pessoas, em número indefinido, adoecerem e, por fim, morrerem, é



atingida quando há tráfico ilícito de drogas (...).

No que tange aos critérios distintivos entre os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de posse de droga para consumo pessoal, interessa observar o conteúdo normativo do artigo 28, §2º, da Lei nº. 11.343/2006, segundo o qual: 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.

No caso em tela, conforme fora amplamente exposto alhures, restou definida a materialidade do crime, pela apreensão de aproximadamente 54g (cinquenta e quatro gramas) de substância popularmente conhecida por maconha (Laudo Toxicológico Definitivo, fls. 61/62 apenso), não havendo prova alguma capaz de corroborar a tese de que seria para consumo próprio. A autoria delitiva, por sua vez, estaria evidenciada por meio da prova testemunhal, a qual, de forma harmoniosa com as demais provas constantes dos autos corroborado pelo édito condenatório, foram uníssonas em apontar o ora apelante como autor da prática delituosa em que fora condenado.

Diante do teor de tais depoimentos, constato que não está minimamente comprovada a alegação de que a droga apreendida se destinava ao consumo pessoal do recorrente, sendo certo que o ônus da prova sobre tais alegações competia ao apelante. Sobre o tema, a jurisprudência dessa Egrégia Corte de Justiça orienta:

APELAÇÃO PENAL. Art. 33 e 35, Da Lei 11.343/06. (...). Desclassificação do tipo penal do tráfico para a conduta capitulada no art. 28, da lei 11.343/2006. Impossibilidade. Prática da comercialização de entorpecente evidenciada nos autos. (...). (TJ/PA, Acórdão Nº 165.291, Desa. Rel. Vânia Bitar Cunha, Publicação: 29/09/16).

Nesse contexto, entendo que restou caracterizada a autoria e a materialidade do crime capitulado no art. 33, caput da Lei Nº 11.343/2006, principalmente no que tange aos núcleos vender, transportar, trazer consigo, guardar ou mesmo fornecer, não havendo como prosperar a tese de defesa relativa à desclassificação da figura típica, de tal sorte que a manutenção da sentença ora guerreada é medida que se impõe.

Entendo que no caso ora em análise, conforme já mencionado alhures, não restaram minimamente provadas nos autos às teses defensivas, sendo certo que à defesa recai o ônus probatório das suas alegações, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...). Assim entende nossa jurisprudência pátria, no sentido de não admitir a possibilidade de desclassificação do delito de tráfico para uso de drogas nos casos em que há prova robusta da conduta delituosa, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 C/C ARTIGO 61-I, DO CP). PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO. (...). (...). Em relação à possibilidade de desclassificação da conduta, cumpria à defesa o ônus da prova do elemento subjetivo alegado em favor da recorrente, consistente na posse de droga para uso próprio, o que não fez. Importante salientar, ainda, que o fato do acusado ser usuário de drogas, por si só, não elide a traficância. (...).



(Apelação Crime N° 70070863444, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Publicação: 29/09/16)

No mesmo sentido, nossa Egrégia Corte de Justiça já se manifestou, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. AGENTE PRESO EM FLAGRANTE TRAZENDO DROGA CONSIGO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. INTELIGÊNCIA DO ART.28, §2º, DA LEI N° 11.343/06. DELITO DE TRÁFICO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. I - O bojo probatório se mostrou satisfatório em demonstrar a prática delituosa e esclarecer de forma coerente a forma como ocorreu o delito, inclusive a traficância imputada à apelante, não havendo que se falar também em desclassificação para o art. 28 da lei 11.343/06, uma vez que, sendo a ré surpreendida possuindo drogas, inverte-se o ônus da prova, sendo que à defesa caberia demonstrar ser a acusada apenas usuária de drogas, até mesmo pelo fato de que nada impede que o tráfico de drogas seja realizado pelo viciado, prática, inclusive, bastante comum. [...]. (TJ/PA – APL 201230265246 PA, Relator (a): BRIGIDA GONÇALVES DIAS DOS SANTOS, Data de Julgamento: 05/12/2013, 3ª Câmara Criminal Isolada, Data de Publicação: 16/12/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). DESCLASSIFICAÇÃO. USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INSUBSISTÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. 1. (...); 3. Desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos, impossibilidade, pois configurados um dos núcleos verbais do art. 33, da mesma lei, não há que se falar em desclassificação se não comprovado a finalidade específica para o uso; [...]. (TJ/PA – APL 201230042488 PA, Relator: NADJA NARA COBRA MEDA (Juíza Convocada), Data de Julgamento: 23/04/2013, 1ª Câmara Criminal Isolada, Data de Publicação: 24/04/2013).

Dessa forma, também não acolho a tese defensiva ora em análise.

2.1.4. AUMENTO EM 1/6 DA FRAÇÃO RELATIVA À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA:

Cinge a insatisfação da defesa contra o critério de aumento da pena utilizada pelo juízo singular no pronunciamento condenatório em sede da 2ª fase da dosimetria com relação à circunstância agravante da reincidência.

Adianto desde logo que acolho o pedido em questão.

Transcrevo trecho do édito condenatório em que o magistrado singular se reporta no que tange à valoração da circunstância questão em sede de dosimetria do ora apelante:

(...). Na segunda fase, ausente circunstâncias atenuantes. Presente a agravante da reincidência, pois registra condenação anterior transitada em julgado (CP, arts. 61, I, 63 e 64 – fl. 55 do apenso II). Com efeito, aumento a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, resultando em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. (...). GRIFEI.

Assim, quanto ao questionamento defensivo em estudo, entendo que assiste razão ao ora apelante.

O juízo singular, após reconhecer a reincidência, agravou a pena além do quantitativo mínimo entendido como cabível pela doutrina e jurisprudência,



qual seja, 1/6 (um sexto). Assinalo que a utilização de outro patamar pelo magistrado sentenciante deveria ser motivada de forma idônea, o que não ocorreu no caso em testilha. Mesmo reconhecendo que não existe um critério rígido para a fixação do quantum de aumento ou diminuição atinente às agravantes ou atenuantes, a jurisprudência e a doutrina majoritária indicam que se deve utilizar a fração de 1/6 (um sexto) para tal desiderato durante a dosimetria. Nesse sentido, transcrevo a lição de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª edição. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2012): (...). Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição da pena). Afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com que o humor do juiz prepondere ora num sentido, ora noutro. (...).

Por conseguinte, coaduno com o posicionamento jurisprudencial e doutrinário majoritário, manifestando-me pela adoção da fração de 1/6 (um sexto) para o aumento da reprimenda em virtude da incidência de agravante em questão. Sobre o tema, entendimento dessa Egrégia Corte de Justiça, mutatis mutandis:

APELAÇÃO PENAL. ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II E V C/C ART. 14, II TODOS DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO NO PATAMAR DE 1/6. ACOLHIMENTO. RÉU CONFESSO. (...). 1. (...). 2. No que pertine à atenuante da confissão, revendo meu anterior posicionamento e filio-me nesse momento ao entendimento doutrinário e jurisprudencial que, a par de reconhecer a inexistência de critério fixo para a determinação do quantum de diminuição, recomenda a adoção da fração de 1/6 (um sexto). 3. (...). (TJ/PA, Acórdão N° 144.948, Rel. Desa. Vera Araújo de Souza, Publicação: 16/04/15)

PENAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. RÉU CONFESSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. RETIFICAÇÃO. AUMENTO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO RELATIVA À ATENUANTE DO ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL. (...). 1. (...). 2. No que pertine à atenuante da confissão, filio-me ao entendimento doutrinário e jurisprudencial que, a par de reconhecer a inexistência de critério fixo para a determinação do quantum de diminuição, recomenda a adoção da fração de 1/6 (um sexto). (...). (TJ/PA, Acórdão N° 123.013, Des. Rel. Milton Nobre, Publicação: 14/08/13)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem assentado que a fração de 1/6 (um sexto), mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6 (um sexto), desde que haja fundamentação concreta. Confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVAMENTO EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORIENTAÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. 1/6. AUMENOT. NO CASO, ESTABELECIDO NA FRAÇÃO DE 1/5 SEM A DEVIDA



FUNDAMENTAÇÃO. Por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que cancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreadas nas especiais circunstâncias da causa penal. 2. No caso, o magistrado exasperou a reprimenda, em razão da reincidência, exatamente na fração de 1/5, sem, contudo, apresentar motivação concreta. Há, portanto, ilegalidade a ser sanada na segunda etapa da dosimetria. 3. Recurso ordinário provido, em parte. (STF – RHC: 127382, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-20150. Grifo nosso

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA EM ¼ SEM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. REDUÇÃO PARA A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. (...). Sabe-se que o nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação da agravante da reincidência, deve ser fundamentado. (...). (STJ – HC: 395749 SP 2017/0082098-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 20/06/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2017).

Com base nas argumentações supracitadas, entendo que, na esteira do respeitável parecer ministerial, deverá ser aplicada a circunstância agravante na reincidência no patamar de 1/6, por ser mais adequada ao caso concreto, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, na esteira do entendimento consolidado nas Cortes Superiores. Neste sentido, trago à baila jurisprudência pátria:

JÚRI – VEREDICTO – PROVA. A anulação do júri por contrariedade à prova coligida pressupõe vício perceptível ao primeiro exame, não sendo implementável quando os jurados optem por uma versão e esta encontra base nos elementos processuais coligidos. **PENA – QUALIFICADORAS.** Possível é tomar-se a motivação como qualificadora e considerar-se como circunstância judicial negativa a prática de ato a impossibilitar a defesa do ofendido. **PENA – FIXAÇÃO – CONDENAÇÕES CRIMINAIS.** É viável tomar-se condenações criminais de forma diversificada, sem sobreposição, considerando os maus antecedentes e a conduta social nefasta. **PENA-BASE – FIXAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.** Surge razoável a fixação da pena-base em 18 anos, presente homicídio, quando se tem circunstâncias judiciais negativas. **PENA – REINCIDÊNCIA.** A consideração da percentagem de 1/6 em virtude da reincidência atende ao critério da proporcionalidade. (STF – HC: 120137, Relator (a): Min. MARCO AURELIO, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 22-09-



2017 PUBLIC 25-09-2017). GRIFEI.

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBOS MAJORADOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. (...). 2. Quanto à segunda fase de aplicação da reprimenda, em razão da ausência de previsão no Código Penal do patamar de aumento ou de diminuição, a jurisprudência deste Tribunal tem ser firmado no sentido de que a fração de 1/6 para cada agravante ou atenuante atende ao critério da proporcionalidade. (...). (STJ – HC: 269768 RS 2013/0132920-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/06/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2017). GRIFEI.

Pelas razões expostas, acolho a pretensão recursal em análise, redimensionando a pena do ora apelante ao final do presente voto.

2.1.5. COMPENSAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO NO CRIME PREVISTO NO ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03.

Pugna o ora apelante pela reforma da sentença condenatória, a fim de que seja desconsiderada a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, visando a compensação das circunstâncias supracitadas.

Adianto que razão assiste ao ora apelante.

No caso concreto, verifico que o magistrado singular entendeu pela preponderância da reincidência sobre a confissão no crime previsto no art. 12 da Lei Nº 10.826/03, agravando a pena em 02 meses.

Todavia, entendo que não fora aplicado o melhor entendimento, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou que as duas circunstâncias, quando reconhecidas concomitantemente, devem ser compensadas, pois igualmente preponderantes, senão vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS (...). CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. MANIFESTAÇÃO DO RÉU SOPESADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...) 4. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, conforme o entendimento consolidado na Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. 5. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 6. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedentes. 7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de



reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 4 anos e 9 meses de reclusão, e 11 dias-multa. (STJ - HC 427.436/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018). GRIFEI.

Não é outro o entendimento aplicado desta Egrégia Corte de Justiça, conforme se extrai do julgado transcrito abaixo:

APELAÇÃO PENAL. ROUBO MAJORADO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME DESFAVORECEM O RÉU. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. NOVA DOSIMETRIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (...). É posição pacífica do STJ de que inexistente preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Logo, uma vez reconhecida a confissão, deve o julgador aplicar mencionada atenuante na mesma fração utilizada para agravar a sanção em razão da reincidência, de modo que se compensem no cálculo de pena. (...). (2018.02960196-15, Rel. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-07-26, Publicado 2018-07-26). GRIFEI.

APELAÇÃO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA.. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, DECISÃO UNÂNIME. 1. Deve ser compensada a atenuante de confissão com a agravante de reincidência, pois igualmente preponderantes. Precedentes. 2. (...). 3. Recurso conhecido e provido, à unanimidade. (2018.03314931-94, 194.431, Rel. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-08-14, Publicado em 2018-08-20). GRIFEI.

Com efeito, acolho o pedido defensivo para compensar a circunstância atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência, quando do redimensionamento da pena ao final do presente voto.

2.1.5. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA:

Pleiteou a defesa a modificação do regime inicial de cumprimento de pena aplicado ao ora apelante, argumentando que não se justificaria a aplicação de regime mais gravoso tão somente em razão do reconhecimento da reincidência.

Adianto, que a pretensão recursal em testilha não merece agasalho.

No caso em apreço, o juízo sentenciante justificou da seguinte forma a imposição do regime inicial fechado ao ora recorrente:

(...). 1). A pena privativa de liberdade na modalidade de RECLUSÃO no quantitativo 06 (seis) anos e 08 (oito) meses, decorrente da pena aplicada ao delito do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, a qual será cumprida inicialmente em regime fechado, pois o acusado é reincidente em crime doloso, mostrando-se necessária a imposição de regime mais gravoso, conforme artigo 33, §2º, alínea 'a', do Código Penal. 2) A pena privativa de liberdade na modalidade de DETENÇÃO no quantitativo de 01 (um) ano e 02 (dois) meses, decorrente da pena aplicada ao delito do art. 12 da Lei nº



10.826/2003, a qual será cumprida inicialmente em regime semiaberto, pois o acusado é reincidente em crime doloso, mostrando-se necessária a imposição de regime mais gravoso, conforme art. 33, §2º, alínea 'b', do Código Penal. (...). (fls. 97_verso).

Assim, não obstante a quantidade de sanção imposta ao ora apelante, a reincidência (fl. 55_ apenso II), fora sustentáculo para a fixação do regime inicial fechado quanto ao crime de tráfico de drogas, bem como o regime inicial semiaberto para o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, por prever pena de detenção.

Impende acrescentar que apesar do ora apelante possuir circunstâncias judiciais que lhe foram favoráveis e a quantidade da pena nos dois crimes em que restou condenado possibilitar a fixação de outro regime inicial de cumprimento de pena, a reincidência justifica o agravamento do regime inicial. A propósito, o colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo neste sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. MODO FECAHDO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO EM PARTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 5. Mantido o quantum da sanção final em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o semiaberto, a teor do art. 33, §2º, b, do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (44, I, do Código Penal. 6. (...). (STJ – HC: 398.168/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. (...). REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...). 2. Embora a reprimenda seja inferior a 8 anos de reclusão, resalto que a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, tal como consignado na decisão agravada, foi justificada na reincidência do réu e na valoração negativa de circunstâncias judiciais. Tais circunstâncias, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inviabilizam a fixação de regime menos gravoso (AgInt no AREsp 675.715/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2017). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1743432/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018)

Este também é o posicionamento seguido pelos tribunais pátrios:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE MITIGAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NÃO ACOLHIMENTO. REINCIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...). 2. Em relação à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, devem ser observadas as diretrizes fornecidas pelos parágrafos 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal, a saber: a) o quantum da pena



privativa de liberdade estabelecida; b) a reincidência; c) a observância ao artigo 59 do Código Penal. 3. No caso dos autos, embora o quantum da pena permita o estabelecimento do regime inicial semiaberto (cinco anos de reclusão), restou demonstrado ser o apelante reincidente, o que enseja a fixação do regime prisional no inicial fechado. (...). (TJDFT – APR: 20160110505323, Acórdão nº 1032184, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 13/07/2017, Publicado no DJE: 24/07/2017, Pág. 111/117).

DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO (ART. 18 DA LEI Nº 10.826/03). (...). REGIME INICIAL FECHADO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. (...).3. Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena. Precedentes do E. STJ. (TFR-4 – ACR: 20033096120164047007 PR, Relator: ANTONIO CESAR BOCHENEK, Data de Julgamento: 21/02/2018, OITAVA TURMA).

APELAÇÃO CRIME. ROUBO SIMPLES. TESES DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO, AFASTAMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA AFASTADAS. (...). 2. Impossibilidade de fixação do regime aberto para cumprimento da pena, haja vista que a reincidência conduz ao regime imediatamente mais gravoso, neste caso, o fechado. (Apelação Crime Nº 70076558808, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 11/04/2018).

Por tais fundamentos, rejeito a pretensão recursal em comento.

2.2.DO RECURSO DAS APELANTES MARCIANA RODRIGUES DE SOUSA E ROSIVANE RODRIGUES DE SOUSA.

2.2.1. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

Requeru a defesa a absolvição das ora apelantes, argumentando que não seria possível extrair dos presentes autos suporte probatório capaz de comprovar a autoria do crime de tráfico ilícito de entorpecentes imputado às recorrentes na exordial acusatória.

Conforme já mencionado no presente voto, imperioso desde logo asseverar que não acolho eventual alegação de insuficiência de provas em razão da ilicitude de provas fulcrada na arguição defensiva de violação de domicílio, tendo em face a rejeição da questão preliminar amplamente exposta alhures.

Em que pese as argumentações defensivas, adianto, desde logo, que não merece prosperar, nesse particular, o inconformismo defensivo.

No caso em tela, a materialidade delitiva restou comprovada através do Auto de Apresentação e Apreensão de Objeto (fl. 07_apenso), Laudo Toxicológico de Constatação (fls. 59/60_apenso), Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 61/63), que atestam a quantidade de 2816,110g (dois quilogramas oitocentos e dezesseis gramas e cento e dez miligramas) de cocaína e 502g (quinhentos e dois gramas) de maconha, além de 02 balanças de precisão, 05 aparelhos celulares e 03 rolos de papel filme, na residência das ora apelantes.

A autoria do crime, por sua vez, está evidenciada no depoimento testemunhais colhidos na fase judicial, senão vejamos:



Em seu depoimento (mídia à fl. 55), a testemunha Kleber Santiago Machado, Investigador de Polícia Civil, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, narrou, com riqueza de detalhes, como ocorreu a diligência policial que culminou na prisão em flagrante das ora recorrentes, senão vejamos:

(...); Que participou das duas diligências que resultaram na prisão dos acusados; Que tiveram informação através dos policiais do Tocantins, que a Dona Marciana tinha um mandado de prisão de lá, e estaria traficando drogas na Folha 18; Que, fizeram o levantamento, e quando as acusadas estavam chegando em suas casas, depois de participarem de um velório, deram voz de prisão, perguntaram à Rosivane se havia drogas na casa, e, naquele primeiro momento em questão, a acusada disse que sim, apontou um cômodo da casa, e ficaram surpresos, pois viram que a droga estava misturada junto a brinquedos de crianças, (...), e efeturaram a prisão e encaminharam tudo à Autoridade Policial; (...); Que, na residência das acusadas Marciana e Rosivane, foram encontrados tijolos embalados, um sacola plástica, balança de precisão, e apetrechos para embalagem, como plástico etc; Que, não recorda se foi encontrada ‘maconha’ na residência (...); Que, no momento da abordagem, a acusada Rosivane disse que a droga era dela, e que a droga estaria no cômodo, a acusada Marciana não disse nada; Que, na Delegacia, ficou sabendo que as acusadas mudaram as afirmações, no provável intuito de uma proteger a outra; Que, primeiramente, foram cumprir o mandado de prisão contra a acusada Marciana, referente ao crime de tráfico e que, ao perguntarem sobre a existência de drogas na casa, a acusada Rosivane disse que tinha e apontou o cômodo; (...); Que, devido a quantidade de droga que foi encontrada, e por não haver petecas, ‘petequinhas’ de droga, na residência, presumiram que as acusadas vendiam partes maiores de droga; Que, o Melk, tem uma ligação com a Marciana; Que, na casa em que as acusadas estavam, havia uma quantidade considerável de drogas, logo, geralmente, a droga não é guardada toda em um único lugar, eles disfarçam guardando em outros locais, para justamente dificultar o trabalho da polícia, porque quando fazem a batida em um lugar, eles sabem lá por WhatsApp ou qualquer outra coisa, e já se desfazem da outra droga; (...); Que, as duas irmãs estavam morando de aluguel no mesmo local, no mesmo imóvel; (...).

Corroborando neste sentido, a testemunha Paulino Silva Souza, Investigador de Polícia Civil, em juízo (mídia à fl. 55), explanou:

(...); Que participou da prisão dos acusados; Que tiveram uma informação advinda de uma Delegacia de Polícia Especializada em Tocantins, sobre a acusada Marciana, que estaria em Marabá na prática do crime de tráfico de drogas, e que a acusada seria foragida do sistema penal daquele Estado; Que, a partir dessa comunicação e interação, passaram a diligenciar; Que, tinha um mandado de prisão em aberto no Tocantins contra a acusada Marciana; Que, passaram a diligenciar para encontrar a casa onde Marciana residia; Que, encontraram a casa, que ficava na Folha 18; Que, receberam informações da Marciana, com identificação, fotos e tudo, e passaram a efetuar diligências para descobrir onde a acusada estava; Que, no dia da prisão, estava tendo o velório de uma pessoa que fazia parte do ciclo de amizade da acusada; Que, a partir disso, passaram a fazer o monitoramento para saber exatamente onde a acusada residia; Que, acompanharam



quando a acusada chegou na casa, e bateram para confirmar a identidade da acusada; Que, quando a acusada desceu na sua casa, estava acompanhada de sua irmã, Rosivane; Que, aguardaram as duas entrarem na residência, e, logo, bateram à porta e elas abriram; Que, tinha uma outra menina na casa, salvo engano, de nome Karina; Que, foi dado voz de prisão à Marciana, em decorrência do mandado de prisão que havia contra a acusada; Que, perguntaram a Rosivane se tinha droga na casa, que normalmente falou que tinha; Que, Rosivane disse que tinha droga na casa, disse que só estava preocupada com o filho dela, e falou que iria mostrar onde estava a droga, e foi o que a acusada fez; Que, apreenderam, na média 2,5 kilos de cocaína; Que, estavam em duas barras, que normalmente é um kilo cada uma, e uma outra parte numa sacola, dividido já, fracionado; Que, estavam em petecas, não muito pequenas; Que, também tinha balança de precisão; Que, não recorda se tinham outros apetrechos; Que não recorda se encontram maconha na casa de Marciana; Que, a Rosivane falou que a droga era sua; Que, a Marciana ficou próximo ao portão, enquanto outra guarnição encontrou com Rosivane atrás da droga; (...); Que os acusados fazem parte do mesmo ciclo, do mesmo grupo social; Que, na verdade, a investigação desse núcleo no Estado do Pará, tem como liderança o esposo da Rosivane, que é o Renan, que está preso, e que é o grande responsável para recrutar as pessoas para o transporte de droga e venda, da qual a Rosivane faz parte, e é o braço direito, é um dos braços, é uma das mulheres do Renan; Que, o Melk, recém foragido da justiça, tem que se submeter a essa associação criminosa para poder crescer em Marabá, junto com a Marciana, que está na mesma condição, vindo do Tocantins foragida; (...); Que, Marciana, Rosivane e Melk são conhecidos da polícia já, por integrarem esse grupo do Renan; Que, a arma o Melk assumiu que era dele, a droga disseram que era para consumo; Que a arma do Melk estava com a numeração raspada; Que, foram duas guarnições que participaram das diligências, inclusive uma do núcleo de inteligência da Polícia Civil de Marabá; (...).

Em consonância com os depoimentos colacionados alhures, a testemunha Renato dos Santos Carvalho, Investigador de Polícia Civil, asseverou (mídia à fl. 55):

(...); Que participou da prisão dos acusados; Que fizeram campana, que seguiram Marciana do velório, e chegaram até a casa da acusada; Que, foi quando fizeram a abordagem, anunciaram o mandado de prisão, e conversaram sobre drogas, perguntando se tinham drogas na casa, ao que Marciana respondeu que não tinha; Que, então, conversaram com a Rosivane, a qual respondeu que tinha droga sim, que inclusive a droga era dela; Que, fizeram a prisão e conduziram para Delegacia; Que, na residência da Marciana, foi encontrado cocaína, maconha, balanças; Que, de cocaína, foi apreendido dois tabletes, e mais uma sacola; Que, davam mais ou menos dois quilos; Que, de maconha, foi apreendido um tablete; (...); Que, na Delegacia, Marciana assumiu a posse da droga; Que, o investigador que estava conduzindo a investigação, disse que Rosivane era mulher de Renan, que inclusive teria um filho com ele; (...); Que, segundo a investigação, todos os acusados fazem parte do mesmo grupo; (...); Que Melk teria um relacionamento amoroso com Marciana, inclusive que Marciana estaria



grávida do filho de Melk; Que, a Polícia Civil já tinha a informação de que os dois locais seriam pontos de venda de droga; Que não sabe informar quem comandava as duas bocas; (...).

Não obstante, o Delegado de Polícia Civil Paulo Marinho de Souza, autoridade policial que lavrou o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), relatou em juízo (mídia à fl. 55):

(...); Que não participou da prisão dos acusados; Que estava na Delegacia, de plantão, e os investigadores apresentaram essa situação, então só fez lavrar o procedimento, e ouvir todos os acusados; Que, na Delegacia, os policiais lhe relataram que tinham essa situação em que estavam buscando cumprir um mandado de prisão contra a denunciada Marciana, e na casa lá também tinha a suspeita de ter envolvimento com tráfico de drogas, e encontraram uma grande quantidade de drogas lá, aproximadamente uns três quilos de droga, na casa da irmã da Marciana, a qual o depoente não recorda o nome; Que Marciana estava morando lá na casa da irmã dela; (...); Que, na Delegacia, primeiramente a irmã da Marciana assumiu a posse das drogas, que aí depois a Marciana já assumiu que a droga era dela, dando inclusive valores e onde ela teria comprado a droga, essa primeira droga, que era a quantidade maior, já a segunda droga, que era uma quantidade menor, o Melk assumiu, e uma pequena quantidade de droga também; (...). GRIFEI.

Em seu depoimento perante o magistrado singular, a ora recorrente Marciana Rodrigues de Sousa, explicitou (mídia à fl. 55):

(...); Que a ‘maconha’ estava em 300g, porque já tinha a numeração em cima; Que essa droga veio de Belém; Que a depoente trouxe essa droga de Belém; Que a ‘maconha’ e o ‘pó’ vieram de Belém; (...); Que a balança de precisão já trouxe de Belém; Que onde as drogas estavam tinha brinquedos de criança, mas os filhos da depoente não estavam na casa; Que foi a depoente quem apontou a droga para a polícia no dia da prisão; Que a droga estava dentro do quarto da depoente; (...); Que a irmã da depoente, Rosivane, era esposa de Renan, conhecido como Renanzinho; (...); Que essa droga era do Welisson, conhecido como ‘Capixaba’, que é de Marabá mesmo; Que estava devendo mil reais para o ‘Capixaba’ e para o ‘Gordinho da 33’, que os dois são sócios; Que viajou para Belém no dia 23, de madrugada, e chegou lá de manhã; (...); Que a depoente foi buscar a droga a mando deles (‘Capixaba’ e Gordinho da 33’), e quando chegasse em Marabá iria receber mais mil reais; Que não sabe em quanto estava avaliada a droga; Que a função da depoente foi apenas ir buscar a droga; (...); Que, quando Wellison voltou, a droga já estava embalada em uma sacola de presente rosa, já com duas balanças de precisão, e todo material dentro; Que retornou para Marabá de ônibus; (...). GRIFEI.

Por sua vez, a ora apelante Rosivane Rodrigues Sousa, em seu depoimento na fase judicial, argumentou (mídia à fl. 55):

(...); Que não era do conhecimento da depoente a presença de drogas e apetrechos em sua residência; Que foi a depoente quem alugou a casa para a sua irmã Marciana, mas não morava com ela; Que veio de Araguaína, Tocantins; Que não sabe de onde veio a droga; Que quem falou que a droga estava dentro da casa, dentro do quarto dela, foi a sua irmã Marciana; Que assumiu a droga no momento da prisão quando o policial de óculos bateu



na irmã da depoente; Que não tem conhecimento do Melk; Que era envolvida com o Renan, o traficante, que já foi casada com Renan, mas tem mais de ano que estão separados; Que foi quando foi pega com Renan, que foi presa com Renan; Que não foram presos com drogas, que foi por causa de envolvimento em um assalto, dele (Renan) e uns rapazes; (...); Que já estava em Marabá há mais de mês, que fazia entrega de roupa que trazia do Tocantins; Que a sua irmã já estava no município há uns quatro meses; (...); Que não sabia que Marciana era foragida, que achava que sua irmã estava de prisão domiciliar; Que não sabia que tinha esse mandato de prisão contra sua irmã; (...); Que o velório era do tio do 'Gordinho do 33', pai do Ângelo; Que não conhecia o 'Gordinho do 33', mas era amiga da Kelly, namorada do Ângelo; (...); Que foi abordada pela polícia no momento em que ia saindo da casa da sua irmã, após o velório; Que foi a depoente que levou os policiais até o compartimento onde tinha a droga e brinquedos de criança, até porque os policiais não sabiam quem era 'Márcia' e quem era 'Rosi'; (...); Que já estavam dentro da casa quando a polícia chegou, já tinha uns cinco minutos que tinham chegado do velório; Que a depoente foi na casa só para pegar uma roupa que tinha deixado lá; Que a prisão se deu de tarde, por volta das 17h; (...); Que assumiu que a droga era sua depois que os policiais começaram a bater em sua irmã; (...); Que a depoente estava de moto; Que a moto era da sua amiga, Fernanda; Que a moto também foi presa; (...). GRIFEI.

Conforme também já explicitado no presente voto, releva salientar que não há nos autos qualquer motivo que indique a existência de vícios nos depoimentos prestados pelos policiais, sendo cediço que tais meios de prova gozam da mais elevada credibilidade quando coesos e harmônicos, como no presente caso, razão pela qual não só podem como devem ser levados em consideração pelo magistrado como elemento de convencimento, consoante orienta a jurisprudência dos tribunais pátrios:

EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. Traficância revelada pelas circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante. Inexiste óbice na consideração de depoimentos de policiais como meio hábil de prova, quanto ausente motivo para imputação falsa de prática delitiva. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria. (TJ-RS – EI: 70076106921 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data de Julgamento: 13/04/2018, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: DJe 07/06/2018). Grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. Os depoimentos de policiais, que comprovam o envolvimento do réu com o tráfico de drogas, são provas idôneas e suficientes para a condenação, quando não desacreditados por outros elementos probatórios. (TJ-MG – APR: 10034130042137001 MG, Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: 16/03/2018). GRIFEI.

Neste diapasão, a alegação de negativa de autoria e de insuficiência de provas se mostra absolutamente inverossímil, pois os depoimentos colhidos na instrução processual atestam que a droga fora encontrada no domicílio



das recorrentes, escondido em um cômodo juntamente com brinquedos infantis, tendo a substância apreendida dado positivo para Cannabis Sativa L., popularmente conhecida como 'maconha', bem como 'benzoilmetilecgonina', substância vulgarmente chamada de cocaína. Desse modo, coaduno com o magistrado sentenciante quando assentou no édito condenatório a inexistência de dúvidas quanto à ocorrência do crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, ao conferir validade aos depoimentos prestados pelas testemunhas policiais, e, ainda que as ora apelantes neguem a prática do comércio ilegal de drogas, o conjunto probatório existente nos autos afigura-se harmônico e convincente, de forma a autorizar o juízo de subsunção típico da conduta descrita na denúncia.

No caso, as ora apelantes tinham em depósito dentro de sua residência, 2816,110g (dois quilogramas oitocentos e dezesseis gramas e cento e dez miligramas) de 'cocaína', 502g (quinhentos e dois gramas) de 'maconha', além de 02 balanças de precisão, 05 aparelhos celulares e 03 rolos de papel filme (Laudo Toxicológico Definitivo, fls. 61/63_ apenso).

Por tais razões de decidir, rechaço à pretensão recursal absolutória.

2.2.2. DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL.

Requeru ainda a defesa a fixação da pena base no mínimo legal.

Adianto, que a pretensão recursal em testilha não merece guarida, consoante razões jurídicas delineadas abaixo.

Impende aqui esclarecer que no direito brasileiro a atividade judicial de dosagem da pena privativa de liberdade, em atenção à garantia da individualização da pena, encartada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República de 1988, segue ao critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal onde, primeiro, fixa-se a pena-base à luz das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal; em seguida, analisa-se a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e aumento de pena.

Compulsando a sentença penal condenatória, verifico que o magistrado singular, em observância ao disposto no artigo 59 do Código Penal, valorou desfavoravelmente às recorrentes o vetor judicial circunstâncias do crime.

Ao analisar o que preconiza o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, no tocante à natureza e a quantidade de droga, o juízo sentenciante verificou que a droga encontrada em posse das ora apelantes revela dano de imensa repercussão social, pois se tratava de 2816,110g (dois quilos oitocentos e dezesseis gramas e cento e dez miligramas) de entorpecente popularmente conhecido como 'cocaína', e 555,895g (quinhentos e cinquenta e cinco gramas oitocentos e noventa e cinco miligramas) de substância vulgarmente conhecida como 'maconha', valores expressivos e capazes de abastecer o mercado ilegal de drogas no município de Marabá/PA, razão pela qual fixou a pena-base no patamar de 07 anos e 06 meses de reclusão, para ambas as recorrentes.

Na segunda fase, em relação à recorrente Marciana Rodrigues de Sousa, o Juízo reconheceu a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, alínea 'd', do CP), motivo pelo qual reduziu à



pena ao patamar de 05 anos e 10 meses de reclusão. Em relação à apelante Rosivane Rodrigues de Sousa, o juízo sentenciante não identificou a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes da pena, razão pela qual manteve a pena intermediária inalterada. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição de pena. O magistrado singular não aplicou a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, asseverando que a elevada quantidade de droga encontrada na residência da recorrente evidencia situação caracterizadora de atividade criminosa, de modo a afastar o referido benefício legal.

Desta forma, a pena em definitivo restou fixada no patamar de 05 anos e 10 meses de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, em relação à apelante Marciana Rodrigues de Sousa e em 07 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 890 dias-multa em relação à apelante Rosivane Rodrigues de Sousa.

Com efeito, diferentemente do alegado pela defesa, observa-se que o aumento da pena-base apresentou fundamentação idônea e escorreita, sendo que ao negativar a circunstância judicial relativa às circunstâncias do crime, como é possível denotar do fragmento ao norte colacionado face a elevada quantidade de droga apreendida que fora encontrada em um cômodo da residência das recorrentes onde habitavam crianças, além da existência de outros apetrechos utilizados para o fracionamento da droga e sua distribuição para outros pontos de comercialização de entorpecentes, tal elevação da reprimenda restou acertada.

Na linha do entendimento doutrinário já sedimentado, Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 418) adverte que é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte, a saber:

APELAÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E POSSE ILEGAL DE ARMA. (...). PENA BASE. EXACERBAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMPROVAÇÃO. (...). 3. A pena base somente será fixada no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao agente. In casu, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada, em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, estando correta a dosimetria da pena que obedeceu ao sistema trifásico de aplicação da reprimenda, sendo a mesma necessária e suficiente para reprovação do crime. Precedentes e Súmula Nº 23 TJP. 4. (...). (TJPA – APL: 0000886-45.2011.8.14.0070 Número do acórdão: 165.159 Órgão Julgador: 2ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA Relator: RONALDO MARQUES VALLE Julgamento: 20/09/2016 Publicação: 27/09/2016).

Desse modo, não merece censura o aumento realizado pelo julgador singular na primeira fase da dosimetria. Ademais, na individualização dos crimes de tráfico, deve-se considerar os critérios do artigo 59 do Código Penal e, preponderantemente, os descritos no artigo 42 da Lei nº 11.343



/2006. Logo, na hipótese, a elevada quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos de alta nocividade à saúde, caracterizando sua destinação a ilegal mercancia, justificam o aumento na primeira fase de dosimetria da pena. Em consonância com o outrora exposto, jurisprudência pátria:

APELAÇÃO. (...). Acerca da pena-base imposta ao réu, tenho que não merece reparos. Como se pode observar, o digno magistrado a quo elevou a pena do acusado em 03 (três) meses acima do mínimo legal, considerando a natureza e quantidade de drogas apreendidas. Com efeito, o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 determina que estas circunstâncias devem ser observadas com preponderância sobre as vetoriais do artigo 59 do CP, de modo que se mostra adequada a elevação da pena por estes fatores, não podendo ser dada como excessiva a pena aplicada. (...). (TJ/RS, Apelação Crime Nº 70074873803, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 08/11/2018)

Igualmente entendo não haver reparos na segunda fase da dosimetria, pois o sentenciante devidamente não reconheceu a ocorrência de confissão em relação à recorrente Rosivane Rodrigues de Sousa, conforme se verifica com a oitiva da mídia da audiência de instrução e julgamento (fl. 55), pois a referida apelante indicou unicamente que as drogas pertenciam à sua irmã, imputando a esta toda a responsabilidade pelo crime em apuração.

Como bem ponderou o representante da Procuradoria de Justiça em seu parecer lançado nos autos à fl. 216 assim, vê-se que a pena arbitrada está devidamente justificada face a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis as recorrentes, fato que autoriza a sua fixação acima do mínimo legal, nos termos do entendimento sumulado por esse E. Tribunal, (...).

Por tais razões, observando que o magistrado singular fundamentou motivadamente a dosimetria de pena aplicada no pronunciamento condenatório em voga, atento ao que dispõe o artigo 5º, IX, da Constituição Federal de 1988, não acolho o pedido em estudo.

2.2.3. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

Pugnou a defesa das ora apelantes pela alteração do regime inicial de cumprimento de pena. Adianto desde logo que não acolho o pedido em comento.

Cediço que a grande quantidade de droga é idônea para justificar a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais severo, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 2.481,600kg (DOIS MIL, QUATROCENTOS E OITENTA E UM QUILOS E SEISCENTOS GRAMAS) DE MACONHA. (...). PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO IMPROVIDO. (...). 6. Por fim, a grande quantidade de droga é idônea para justificar a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais severo. Precedentes. (STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.023.664 – RJ, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ: 29/03/17)

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO



ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado. 2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas em poder do paciente justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes. [...] (STJ, HC 362.961/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 07/12/2016)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA FRAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. MUDANÇA DO REGIME PRISIONAL. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 2. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 375.322/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, DJe 24/02/2017)

Pelo exposto, impossível o acolhimento do pedido defensivo, uma vez que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas em poder das ora apelantes justificam a imposição do regime prisional mais severo.

2.2.4. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º, ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006 E SUA APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. Requereu a defesa o reconhecimento e a aplicação da causa especial de diminuição de pena do §4º, art. 33 da Lei Nº 11.343/06 no patamar máximo.

Não acolho o pedido em questão. Adianto que a vultosa quantidade de droga já mencionada alhures, bem como a forma como foi acondicionada (em uma carga de biscoitos) – afastam, por si mesmos, qualquer ideia de ação amadora e incipiente, típica de agente não afeito a atividades ilícitas ou que se dedica a alguma organização criminosa. Portanto, a realidade do caso não permite a incidente do privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Quanto a aplicação do tráfico privilegiado (artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, o juízo sentenciante assim asseverou com relação à recorrente Marciana Rodrigues de Sousa:

(...). Não incide a causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, pois a elevadíssima quantidade de droga mantida em depósito na residência da acusada, afasta a aplicação do aludido benefício, tendo em vista que evidencia situação caracterizadora de atividade criminosa. Com efeito, os requisitos para a diminuição de pena com base no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 são objetivos cumulativos, de sorte que a falta de um deles inviabiliza sua concessão. No caso, a



quantidade do tóxico apreendido indica profundo envolvimento da ré com a atividade ilícita, pois não é comum nem razoável que traficantes neófitos na primeira investida nesta seara tormentosa consigam manter em depósito natureza distintas e quantidade elevada de drogas (maconha e cocaína). A mens legis visou preservar o réu primário e sem antecedentes, novato na escalada do tráfico, visando evitar tanto quanto possível os efeitos deletérios da carcerização prolongada, e, por isto, não se compadece da conduta mais perigosa de indivíduos afeitos ao crime ou que denotem maior ousadia e desembaraço na sua realização. Além disso, a acusada já possui histórico de envolvimento no comércio ilegal de drogas, pois afirmou em juízo já ter sido processada anteriormente por associação ao tráfico e tráfico de drogas no Estado do Tocantins (afirmação confirmada após consulta ao sistema processual do Estado do Tocantins – e-Proc – extrato da consulta em anexo a esta sentença. Diante disso, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. (...). Além disso, a quantidade e variedade das drogas apreendidas é justificativa razoável para presumir que a acusada é afeita a atividades ilícitas ou se dedica a alguma organização criminosa, o que restringe o alcance do favor legal. Portanto, embora não possa ser considerado reincidente ou portadora de maus antecedentes, é inegável o seu envolvimento com o tráfico. (...). (fls. 98-100).

Com relação à ora apelante Rosivane Rodrigues de Sousa, assim decidiu o magistrado sentenciante em sede do pronunciamento condenatório:

(...). Não incide a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, pois a elevadíssima quantidade de droga mantida em depósito na residência da acusada, afasta a aplicação do aludido benefício, tendo em vista que evidencia situação caracterizadora de atividade criminosa. Com efeito, os requisitos para a diminuição de pena com base no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 são objetivos e cumulativos, de sorte que a falta de um deles inviabiliza sua concessão. No caso, a quantidade do tóxico apreendido indica profundo envolvimento da ré com a atividade ilícita, pois não é comum nem razoável que traficantes neófitos na primeira investida nesta seara tormentosa consigam manter em depósito natureza distintas e quantidade elevada de drogas (maconha e cocaína). A mens legis visou preservar o réu primário e sem antecedentes, novato na escalada do tráfico, visando evitar tanto quanto possível os efeitos deletérios da carcerização prolongada, e, por isto, não se compadece da conduta mais perigosa de indivíduos afeitos ao crime ou que denotem maior ousadia e desembaraço na sua realização. A quantidade e variedade das drogas mantidas em depósito pela acusada é justificativa razoável para presumir que ela é afeita a atividades ilícitas ou se dedica a alguma organização criminosa, o que restringe o alcance do favor legal. Portanto, embora não possa ser considerada reincidente ou portadora de maus antecedentes, é inegável seu envolvimento com o tráfico. (...). (fls. 103-104).

A teor do disposto no §4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um



sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas, critérios que devem ser observados cumulativamente.

Analisando os elementos de prova disponíveis nos autos, verifico através dos depoimentos testemunhais prestados pelos policiais civis que realizaram a diligência na residência das ora apelantes, que fora encontrada grande quantidade de droga consistindo em 2,022kg (dois quilogramas e vinte e dois gramas), um embrulho confeccionado em sacola plástica de cor branca que acondicionava substância pulverulenta de coloração branca, obtendo-se a massa total de 722g (setecentos e vinte e duas gramas), ainda dois pequenos embrulhos contendo, respectivamente, 46,468g (quarenta e seis gramas e quatrocentos e sessenta e oito miligramas) e 25,638g (vinte e cinco gramas e seiscentos e trinta e oito miligramas), resultando na massa total de 2816,110g (dois quilogramas e oitocentos e dezesseis gramas e cento e dez miligramas) de substância entorpecente denominada Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida por 'cocaina', além de uma barra de erva seca de coloração esverdeada, em formato prensado, pesando o total de 502g (quinhentos e dois gramas, de Cannabis sativa L., popularmente conhecida como 'maconha', mais de 2 balanças de precisão, 3 rolos de papel filme e 5 aparelhos celulares, de acordo com o Auto de Apreensão e Apresentação de Objeto (fl. 07_ apenso) e Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 61/62_ apenso).

Assim, ante as circunstâncias que evidenciam a dedicação à prática de atividades criminosas, como bem asseverou o juízo monocrático, escorreito o afastamento da benesse, uma vez não preenchido um dos requisitos previstos no §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Neste sentido, versa jurisprudência pátria:

APELAÇÕES – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA – PENA BASE - QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO AFASTADA – REGIME INICIAL FECHADO. Demonstrado que o réu foi detido na posse de quarenta (40) pinos de 'cocaina' e quarenta e duas (42) buchas de 'maconha', sendo, que a primeira droga é sabidamente de grande nocividade, dentro de um juízo equânime e com espeque no artigo 42, da Lei de Drogas, a pena-base deve ser aumentada. Comprovado que o acusado se dedicava às atividades criminosas, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, há empecilho à aplicação do benefício da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas. Precedentes do STF e STJ. Diante da majoração da pena-base estabelecida, o regime inicial deve ser fixado com sendo o fechado. (TJ-ES – APL: 0002814-74.2016.8.14.08.0050, Relator: NEY BATISTA COUTINHO, Data de Julgamento: 18/04/2018, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 27/04/2018). GRIFEI.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APRENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONCLUSÃO DE QUE OS RECORRIDOS INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não há falar em ilegalidade quando a exasperação



da pena-base quanto ao delito de tráfico de drogas dá-se em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 for negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto (além da quantidade e natureza da droga apreendida), que os acusados dedicavam-se a atividades criminosas ou integravam organização criminosa. (STJ – AgRg no REsp: 1744989 MS 2018/0132402-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/08/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/2018). GRIFEI.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. (...). 2. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a elevada quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. (...). (STJ – AgRg no AREsp: 1265171 SP 2018/0063655-7, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 09/10/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2018). GRIFEI.

Por tais razões, não acolho a pretensão recursal ora debatida.

2.2.5. DISPENSA OU REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA APLICADA:

A defesa requereu a dispensa ou redução da pena pecuniária com base na alegação de precariedade da situação econômica das ora apelantes.

O pleito em análise não merece prosperar, conforme razões jurídicas a seguir expostas.

Quanto ao pedido de dispensa da sanção pecuniária, razão não assiste à defesa, considerando o fato de que a imposição da pena de multa decorre de expressa previsão do tipo penal, sendo a sua aplicação cumulativa à pena privativa de liberdade, não cabendo a esta Corte relativizar a aplicação do preceito da referida norma penal. A propósito, colaciono:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONCEITOS DISTINTOS. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO-OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL COMPREENDIDA NO PRÓPRIO TIPO PENAL. [...]. 5. De outra parte, não há previsão legal que permita ao julgador isentar o réu da pena de multa, imposta cumulativamente à pena privativa de liberdade, em razão da alegada pobreza do mesmo. 6. (REsp 683.122/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 03/05/2010) (grifei)

PENAL E PROCESSO PENAL. (...). ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE, PARA MANTER A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA. [...] . 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, cominada a pena de multa ao delito, a sua imposição ao agente é de caráter necessário, haja vista cuidar-se de sanção penal, não sendo possível a isenção da pena de multa ante a inexistência de previsão legal. 4. Eventual isenção somente poderá ser concedida pelo Juízo da Execução, que deverá avaliar a miserabilidade jurídica do sentenciado, examinando as condições sócio-econômicas para o pagamento da multa sem prejuízo para seu sustento e de sua família. 5.



Recurso provido, em parte, para restabelecer a sentença no que concerne à aplicação da pena de multa. (REsp 735.898/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009) (grifei)

Não é outro o entendimento dessa Egrégia Corte de Justiça, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. (...). PEDIDO DE DISPENSA OU REDUÇÃO DE PENA DE MULTA. INCABÍVEL A DISPENSA DA MULTA POR SER PRECEITO COMINATÓRIO, RESTANDO INVIÁVEL SUA EXCLUSÃO PORQUANTO A IMPOSIÇÃO DECORRE DE EXPRESSA PREVISÃO DO TIPO LEGAL, SENDO A SUA APLICAÇÃO CUMULATIVA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PRECEDENTES. (...). (TJ/PA, Acórdão Nº 162.181, Rel. Juíza Convocada Rosi Maria Gomes de Farias, Publicação: 14/07/16)

Dessa forma, não acolho o pedido de isenção da pena de multa.

A pena de multa é uma das três modalidades de pena cominadas no sistema penal brasileiro, possuindo natureza patrimonial, nos termos do artigo 49 do Código Penal: a pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário Nacional da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

A aplicação da pena de multa segue o sistema bifásico. Nesse sentido, Rogério Greco, em seu Curso de Direito Penal Parte Geral (2012: p. 548), leciona que (...) São, portanto, dois momentos distintos e importantíssimos na aplicação da pena de multa: 1º encontrar o número de dias-multa a ser aplicado, atendendo-se o critério trifásico do art. 68 do Código Penal; 2º atribuir o valor de cada dia-multa considerando-se a capacidade econômica do sentenciado.

Na 1ª fase, fixa-se o número de dias-multa, que poderá variar entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa. A definição do número de dias-multa se dá com base no critério previsto no artigo 68 do Código Penal, a saber: a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Na 2ª fase, define-se o valor de cada dia-multa, segundo a capacidade financeira do réu. O valor não poderá ser inferior a um trigésimo nem superior a cinco vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país na época dos fatos, consoante dispõe o §1º do artigo 49 do Código Penal: O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

No que concerne à redução da pena pecuniária, melhor sorte não assiste as ora apelantes.

O magistrado singular, ao fixar o valor do dia-multa, observou a precariedade da capacidade econômica das ora apelantes, tanto que estabeleceu o valor de cada dia-multa no patamar de um trigésimo do valor do salário mínimo vigente no país na época dos fatos, portanto, no patamar mínimo legal. Assim, a pena de multa, porque em simetria com a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, deve ser mantida nos valores fixados em sede da decisão objurgada, à razão unitária mínima, não prosperando o pleito defensivo para sua redução.



Como bem ponderou a representante da Procuradoria de Justiça em seu parecer à fl. 218 por fim, suscitaram as apelantes o afastamento ou a redução da pena de multa. Entretanto, não há como acolher o pedido, pois as penas pecuniárias foram fixadas utilizando-se os mesmos critérios utilizados para determinação da pena corporal. Portanto, devem ser mantidas em 583 dias multa para a ré Marciana Rodrigues e em 890 dias multa para a ré Rosivane Rodrigues. (...).

Por tais fundamentos, não merece guarida o pleito defensivo em análise.

3. DO REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA O APELANTE MELK HENRIQUE SILVA SOUSA:

Não havendo mais teses a serem analisadas, bem como sob o influxo do efeito devolutivo da sentença e do princípio da proibição de reforma para pior, com base no artigo 68 do Código Penal e artigo 617 do Código de Processo Penal, procederei à nova dosimetria da pena do ora apelante, considerando o parcial acolhimento das teses recursais.

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006:

1ª fase: Sob o ângulo das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Repressivo Pátrio, cumpre estipular a pena-base necessária e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal em enfoque.

Quanto à culpabilidade, à vista dos elementos disponíveis nos autos, entendo que o comportamento do agente não desbordou do grau de censurabilidade comum ao tipo penal em julgamento neste caso penal, desse modo, a circunstância judicial examinada merece valoração neutra.

Sobre os antecedentes criminais, não há registros de outras ações penais, razão pela qual se mantém a valoração neutra.

Acerca da conduta social do apelante, carece de elementos os autos para que se possa apreciar esta circunstância, razão pela qual a valoro igualmente neutra.

Não existe nos autos qualquer elemento plausível para aferição da personalidade do agente, razão pela qual a valoro de forma neutra.

Tangente aos motivos do crime, inexistem também elementos nos autos que caracterizem motivos específicos para a prática do delito, sendo imperiosa a valoração neutra da circunstância judicial epígrafada.

As circunstâncias do crime encontram-se relatadas nos autos, e não transbordam do que é inerente ao crime em tela. Por tais motivos, mantenho a valoração neutra atribuída na sentença.

Em relação às consequências do crime, também comum à espécie do delito ora em análise, cuja gravidade é própria ao tipo penal, não sendo possível considerar a gravidade abstrata do crime no momento da individualização da pena uma vez que já inspirou o legislador quando da criação do tipo penal, devendo o julgador no presente estágio sopesar as consequências a partir de elementos concretos extraídos dos autos. Motivo pelo qual considero a valoração neutra do vetor em análise.

O comportamento da vítima em nada colaborou à prática do delito, razão pela qual procedo à valoração neutra desta circunstância judicial.

Em atenção ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, relativo à quantidade e à qualidade das substâncias ilícitas apreendidas, considero favorável ao ora



apelante, pois a quantidade da droga e a sua natureza não revelam dano de imensa repercussão, pois foram apreendidas na casa do imputado apenas 54g (cinquenta e quatro gramas) de maconha.

À vista das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, analisadas individualmente e em atenção ao que preconiza o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, fixo a pena-base no patamar mínimo legal de 05 anos de reclusão, além de 500 dias-multa, pelo crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

2ª fase: Não fora reconhecida a incidência de circunstâncias atenuantes a serem ponderadas. No entanto, reconheço a incidência das circunstâncias agravante da reincidência (artigo 61, inciso I, do CP), considerando a certidão de trânsito em julgado nos autos da Ação Penal nº 0008013-54.2011.8.14.0028 (fl. 55_apenso), a qual aplico na fração de 1/6, dosando a pena intermediária no patamar de 05 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa.

3ª fase: Inexistem causas de aumento da pena ou de diminuição da pena, em consonância com o entendimento do magistrado sentenciante que adoto como razões de decidir no presente voto, evitando-se, por conseguinte, desnecessária tautologia:

(...); Não incide a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o imputado responde a outros processos criminais (pelo mesmo fato delituoso em testilha) e, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. (...). (fls. 96).

Assim, fixo de forma definitiva a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, a 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, pelo crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei Nº 11.343/06.

Estabeleço o mesmo regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta na decisão condenatória, qual seja, o fechado, considerando a reincidência já amplamente explicitada alhures.

CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
PREVISTO NO ARTIGO 12, DA LEI Nº 10.826/2003:

1ª fase: Sob o ângulo das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Repressivo Pátrio, cumpre estipular a pena-base necessária e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal em enfoque.

Quanto à culpabilidade, à vista dos elementos disponíveis nos autos, entendo que o comportamento do agente não desbordou do grau de censurabilidade comum ao tipo penal em julgamento neste caso penal, desse modo, a circunstância judicial examinada merece valoração neutra.

Sobre os antecedentes criminais, não há registros de outras ações penais, razão pela qual se mantém a valoração neutra.

Acerca da conduta social do apelante, carece de elementos os autos para que se possa apreciar esta circunstância, razão pela qual a valoro igualmente neutra.



Não existe nos autos qualquer elemento plausível para aferição da personalidade do agente, razão pela qual a valoro de forma neutra.

Tangente aos motivos do crime, inexistem também elementos nos autos que caracterizem motivos específicos para a prática do delito, sendo imperiosa a valoração neutra da circunstância judicial epigrafada.

As circunstâncias do crime se encontram relatadas nos autos e não transbordam do que é inerente ao crime em tela. Por tais motivos, mantenho a valoração neutra atribuída na sentença.

Em relação às consequências do crime, também comum à espécie do delito ora em análise, cuja gravidade é própria ao tipo penal, motivo pelo qual considero a valoração neutra do vetor em análise.

O comportamento da vítima em nada colaborou à prática do delito, razão pela qual procedo à valoração neutra desta circunstância judicial.

À vista das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, analisadas individualmente, fixo a pena-base no patamar mínimo legal de 1 ano de detenção, além de 10 dias-multa, quanto ao crime tipificado no artigo 12, do Estatuto do Desarmamento.

2ª Fase: incide em favor do recorrente a circunstância atenuante da confissão espontânea, nos moldes do artigo 65, inciso III, alínea 'd', do CP, bem como, a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do CP, em face de condenação anterior transitado em julgado, nos autos da Ação Penal nº 0008013-54.2011.8.14.0028 (fl. 55 apenso), e, por tal motivo, seguindo a orientação desta Eg. Corte e do Superior Tribunal de Justiça, procedo à compensação de uma circunstância pela outra. Assim, a pena intermediária permanecerá no mesmo patamar fixado no estágio anterior.

3ª Fase: ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena. Desta forma, fixo a pena em definitivo no patamar de 01 ano de detenção, além do pagamento de 10 dias-multa, a 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, nos moldes do artigo 49, §1º, e artigo 60, caput, ambos do Código Penal, pelo crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 12 da Lei Nº 10.826/03.

Estabeleço o regime inicial de cumprimento da reprimenda no semiaberto, considerando a existência da reincidência do recorrente em crime doloso, denotando a imposição de regime mais gravoso, em estrita obediência ao artigo 33, §2º, alínea 'c', do Código Penal.

Conforme identificado pelo Juízo singular, o concurso material de crimes, artigo 69, do Código Penal, caracterizado na hipótese, deverá obedecer ao estabelecido na parte final do dispositivo legal, No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Desta feita, o ora recorrente resta definitivamente condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão a ser cumprido inicialmente em regime fechado por ser reincidente além do pagamento de 583 dias-multa, pelo crime tipificado no art. 33 da Lei Nº 11.343/2006 (crime de tráfico de entorpecentes) e à pena de 01 ano de detenção a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto por ser reincidente além do pagamento de 10 dias-multa, pelo crime tipificado no art. 12 da Lei Nº



10.826/03 (crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido).

Diante da natureza diversa das penas (reclusão e detenção), que foram aplicadas distintamente, deve o ora apelante iniciar o cumprimento pela sanção mais grave, na forma dos art. 69, §1º, última parte do CP (Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela), bem como do art. 76 do CP (No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave).

Detração a ser realizada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, nos termos do artigo 66, III, alínea 'c', da LEP.

Incabível a suspensão da pena, por não estarem preenchidos os requisitos dispostos no artigo 77 do Código Penal.

Ante o exposto, conheço do presente recurso para, no mérito, dar parcial provimento ao pleito recursal em favor de Melk Henrique Silva Souza, redimensionando a pena aplicada ao ora apelante consoante razões vastamente explanadas alhures e, negar provimento à pretensão recursal das ora apelantes Marciana Rodrigues de Sousa e Rosivane Rodrigues de Sousa.

É como voto.

Belém/PA, 04 de dezembro de 2018.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora