



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

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002195-17.2014.815.0731

RELATOR: Des. João Benedito da Silva

ORIGEM: comarca de Cabedelo – 1ª Vara

APELANTE: Herick Farias da Silveira

ADVOGADOS: Cercina Teixeira de Carvalho e Rafael Melo Assis

APELADO: Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINARES: NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E DO INTERROGATÓRIO DO RÉU. INVERSÃO DA ORDEM E AUSÊNCIA DE ADVOGADO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA PROVA PRODUZIDA. BALANÇA DE PRECISÃO QUE NÃO SE ENCONTRAVA EM PREFEITO FUNCIONAMENTO. INSUBSISTÊNCIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IMPRESTABILIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INSTÂNCIA POLICIAL. IMPLAUSIBILIDADE. JUÍZO A QUO QUE EMBASOU A SENTENÇA CONDENATÓRIA EM CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO PRODUZIDO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES.

(...) Não se olvida que, com o advento da Lei nº 11.719/08, o art. 400 do Código de Processo Penal teve sua redação alterada no que concerne à audiência de instrução e julgamento, estabelecendo que se proceda primeiramente à inquirição da vítima, das testemunhas, e, por fim, ao interrogatório do réu, entretanto, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é regido por legislação própria e procedimento específico. (TJMG; APCR 1.0090.13.002146-3/001; Rel. Des. Walter Luiz; Julg. 09/09/2014; DJEMG 19/09/201)

O inquérito policial é procedimento meramente

informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante ao indiciado o exercício da ampla defesa.

O funcionamento eficaz ou não da balança de precisão apreendida não é capaz de descaracterizar a situação de mercância da droga, mormente quando há elementos de prova suficientes a fundamentar um decreto condenatório pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

A retratação, em juízo, de confissão extrajudicial, quando desacompanhada de qualquer prova ou verossimilhança, não tem o condão de afastar o decreto condenatório, máxime quando amparado em outros elementos colhidos, nos quais se embasou o magistrado na prolação da sentença.

APELAÇÃO CRIMINAL. MÉRITO. UTILIZAÇÃO DA DROGA PARA FINS TERAPÊUTICOS. NÃO COMPROVAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INEQUÍVOCAS. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. ATENDIMENTO AOS DITAMES LEGAIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

Restando comprovadas a materialidade e a autoria do tráfico de entorpecentes, mostra-se descabida a pretensão absolutória fundada no uso de um dos componentes da substância entorpecente para tratamento de doença neurológica crônica.

Obedecidas as regras de aplicação da pena previstas nos arts. 59 e 68 do Código Penal, bem como o disposto no 42 da Lei nº 11.343/2006, correta se mostra a manutenção do *quantum* fixado na sentença condenatória, mormente, quando a reprimenda imposta ao acusado se apresenta proporcional e suficiente à reprovação

do fato.

Contudo, restando demonstrado que o réu faz *jus* à causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei Antidrogas, por preencher os requisitos legais, a sua aplicação é imposição legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados;

A C O R D A a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **REJEITAR AS PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO PARA REDUZIR A PENA PARA 02 (DOIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA E MODIFICAR O REGIME PARA O ABERTO, SUBSTITUINDO A PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PENA PECUNIÁRIA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO A SER DEFENIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Criminal** interposta por **Herick Farias da Silveira** (fl. 121) contra sentença prolatada pelo **douto Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cabedelo** (fls. 114/119) que o condenou nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, a uma reprimenda definitiva de **05(cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, em regime inicialmente **fechado**.

O apelante, em suas **razões recursais** (fls. 147/161), alegou, inicialmente, em sede de preliminares: **a)** a nulidade da audiência de instrução e julgamento, tendo em vista o interrogatório do réu ter sido realizado primeiro, o que violaria o art. 400 do CPP; **b)** a nulidade do interrogatório do acusado na esfera policial e a ilicitude de sua confissão, já que produzidos sem a presença do Advogado constituído; **c)** a impossibilidade de condenação baseada em confissão colhida durante o inquérito policial, não confirmada em juízo; **d)** a

nulidade de prova na instrução processual, uma vez que a balança de precisão apreendida estava quebrada, imprestável, pois, ao fim a que se pretendia;

No mérito, o recorrente alega que **e)** sofre de epilepsia e tornou-se dependente químico da substância *Cannabidiol*, componente da *Cannabis Sativa* e, por isso, pleiteia a absolvição do crime a que lhe foi imputado. Subsidiariamente, **f)** requer a aplicação da pena no mínimo legal previsto na legislação, ante as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu, e, por fim, **g)** que seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o mesmo preencher todos os requisitos necessários à obtenção de tal benefício.

Em **contrarrazões** (fl.162/166), a Promotoria de Justiça pugna pela confirmação da sentença recorrida, diante da “*existência de inquestionáveis elementos de provas extraídos dos autos que conduzem à certeza de que a dosimetria da pena está em consonância com os autos*”.

A douta Procuradoria de Justiça (Procurador Álvaro Gadelha Campos), instada a se pronunciar, emitiu **parecer** (fls. 169/171) opinando pelo desprovimento do apelo, devendo ser mantida a condenação do apelante, bem como a pena que lhe foi imposta, já que corretamente aplicada.

É o relatório.

VOTO

Consta dos autos que o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra **Herick Farias da Silveira**, dando-o como incurso nas sanções do **art. 33, caput, da Lei 11.343/2006**, por ter sido encontrada, sob sua guarda, drogas destinadas ao comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Infere-se da inicial que, no dia 03 de outubro de 2014, por volta das 16h50min, nas imediações do nº. 385, no Bairro Jardim Gama, na cidade de Cabedelo, policiais militares receberam denúncia anônima de que alguns elementos estariam efetuando disparos naquela localidade.

Sustenta ainda a exordial que a guarnição, deslocando-se até o local, foi informada de que o acusado seria chefe de uma “boca de fumo” no local, sendo realizada uma busca pessoal no mesmo, sem que nada tenha sido encontrado.

Diz a peça acusatória, em seguida, que, com a permissão do tio do denunciado, os policiais realizaram uma busca no quarto do acusado, onde foram encontrados 3 (três) tabletes de tamanhos e pesos diferentes de substância semelhante à maconha, 3 (três) trouxinhas também de substância assemelhada à maconha, um cigarro da mesma substância, uma balança de precisão e uma carteira contendo R\$ 37,00 (trinta e sete reais), em cédulas menores, tudo consoante Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 06.

Por fim, relata que o denunciado, em depoimento prestado na esfera policial, confessou a prática da conduta delituosa, bem como informou que comercializava entorpecentes há 2 (dois) meses.

Ultimada a instrução criminal, o douto magistrado julgou procedente a pretensão punitiva Estatal para condenar o acusado nas sanções do **art. 33 da Lei 11.343/2006**, a uma reprimenda definitiva de **05(cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, em regime inicialmente **fechado**, entendendo **não ser** recomendado, contudo, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei Antidrogas.

Pois bem.

As alegações aventadas pelo recorrente não merecem

acolhimento. Analisemos uma a uma.

1. PRELIMINARMENTE:

a) Nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento:

Aduz o apelante a nulidade da audiência de instrução e julgamento, tendo em vista que o réu foi interrogado antes da oitiva da vítima e das testemunhas, quando deveria ter sido o último ato, fato que viola o art. 400 do CPP, prejudicando o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Tal argumento, entretanto, não merece ser acolhido. É que, de acordo com o rito estabelecido na Lei 11.343/2006:

ART. 57. Na audiência de instrução e julgamento, **após o interrogatório do acusado** e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. (Sem grifos originalmente)

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Ao contrário do que defende o recorrente em suas razões, o procedimento a ser aplicado deve ser o da Lei 11.343/2006 e não o do art. 400 do Código de Processo Penal, por se tratar aquela de legislação própria e descrever procedimento específico, além de que, havendo a inversão, não há prejuízo para o réu.

A propósito, vejamos:

TRÁFICO. Preliminar. **Nulidade. Inversão na ordem da colheita de provas. Interrogatório judicial tomado no início da instrução. Previsão legal. Art. 57, da Lei de Drogas. Ausência de prejuízo ao acusado. Nulidade afastada.** Mérito. Configuração. Conduta de transportar e guardar, para fins de comércio, mais de 2000 porções de cocaína, além de porções de crack e maconha. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Palavra dos policiais, em Juízo. Negativa isolada. Encontro dos entorpecentes em uma sacola em poder do réu. Suficiência à procedência da ação penal. Pena reduzida. Aumento de 1/6 pela quantidade que se mostra suficiente. Impossibilidade de aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343 de 2006 ao apelante primário, eis que evidenciada a dedicação ao tráfico pela grande quantidade de entorpecentes, pelas circunstâncias da prisão, apreensão de balança de precisão e outros petrechos para a distribuição de drogas. Regime fechado confirmado. Apelo parcialmente provido. (TJSP; APL 0000126-74.2014.8.26.0191; Ac. 8319598; Poá; Décima Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Almeida Toledo; Julg. 24/03/2015; DJESP 31/03/2015) (Destaquei)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RECURSOS DEFENSIVOS. TESES. PRELIMINAR APELANTE CECÍLIA. NULIDADE DA SENTENÇA, POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, JÁ QUE O INTERROGATÓRIO FOI O PRIMEIRO ATO DA INSTRUÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO DOS DOIS APELANTES. QUANTO AO APELANTE DIONATAN. I) DESCLASSIFICAÇÃO ART. 28 LEI Nº 11.343/06. II) APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE 2/3 DIANTE DO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. III) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTO À APELANTE CECÍLIA. I) REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. II) EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. III) APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE 2/3 DIANTE DO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06, IV) APLICAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. V) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. **Não se olvida que, com o advento da Lei nº 11.719/08, o**

art. 400 do Código de Processo Penal teve sua redação alterada no que concerne à audiência de instrução e julgamento, estabelecendo que se proceda primeiramente à inquirição da vítima, das testemunhas, e, por fim, ao interrogatório do réu, entretanto, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é regido por legislação própria e procedimento específico. (...) (TJMG; APCR 1.0090.13.002146-3/001; Rel. Des. Walter Luiz; Julg. 09/09/2014; DJEMG 19/09/201

b) Nulidades do interrogatório e da confissão do réu:

Em seguida, alega a nulidade do interrogatório do acusado e a ilicitude de sua confissão, já que produzidos sem a presença do Advogado constituído, o que contraria também o princípio da ampla defesa.

Parece-me que o recorrente se refere ao interrogatório prestado em sede policial, pois, no realizado perante a autoridade judicial, verifica-se que o réu se encontrava assistido de Advogado, consoante Termo de Audiência Criminal e áudio da audiência, fl. 97.

Ademais, na esfera administrativa, não há que se falar em violação ao princípio do contraditório ou da ampla defesa, uma vez que o inquérito policial é procedimento meramente informativo.

Nesse sentido:

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº10. 826/2003. RECURSO DEFENSIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVA JUDICIALIZADA. OBSERVÂNCIA AO ART. 155, DO CPP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ABSOLVIÇÃO DESCABIDA. RECURSO MINISTERIAL. AUTORIA DUVIDOSA QUANTO A GEAM MARCOS. DOLO NÃO EVIDENCIADO. IN DUBIO PRO REO. **O inquérito**

policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante ao indiciado o exercício da ampla defesa. Restando evidenciado, por intermédio de prova judicializada, que o acusado Marcos Cardoso portava arma de fogo de uso restrito, de rigor a manutenção de sua condenação nas sanções do art. 16, caput, da Lei nº10.826/2003.. Para a prolação de um Decreto penal condenatório, é indispensável prova robusta que dê certeza da existência do delito e seu autor. Assim, não se vislumbrando evidências de que Geam Marcos teria praticado o crime que lhe fora imputado, deve-se invocar o princípio in dubio pro reo, para se manter a absolvição do mesmo. (TJMG; APCR 1.0452.14.002748-6/001; Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques; Julg. 23/02/2016; DJEMG 04/03/2016)

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. Vítima. Declaração de nulidade, haja vista inobservância aos artigos 226 e 228 do Código de Processo Penal. Descabimento. **Eventuais irregularidades em inquérito policial não interferem na ação penal, porquanto as provas serão reproduzidas em Juízo com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** Habeas corpus. Prisão preventiva. Prova material e indícios de autoria a respeito da eventual prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Pretensão à revogação dessas restrições provisórias dos pacientes. Respectivo decisum não apresentado em integralidade pela ilustre impetrante. Porém, à primeira vista, segregações cautelares necessárias a fim de garantir-se a ordem pública. Custódias, em princípio, decretadas em consonância aos pressupostos e fundamentos estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Insuficiência, ao menos por ora, de substituição dessa prisão por medidas cautelares previstas no artigo 319 desse diploma. Ordem denegada. (TJSP; HC 2216300-97.2015.8.26.0000; Ac. 9098952; São Paulo; Décima Quinta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Encinas Manfré; Julg. 17/12/2015; DJESP 20/01/2016)

c) Da confissão extrajudicial e a sentença condenatória:

Percebe-se que o acusado, ao ser ouvido em juízo, desmentiu todas as informações prestadas na Delegacia, onde afirmou:

Que é verdadeira a acusação de tráfico de entorpecentes imputada a sua pessoa; QUE, hoje por volta das 16:30 horas, policiais militares, chegaram na sua residência, onde vive com sua companheira e, encontraram dentro da sua casa uma certa quantidade de MACONHA, sua carteira com a importância de R\$ 37,00 (trinta e sete reais) e uma balança de precisão; **QUE afirma que está no mundo das drogas, mais precisamente na comercialização de entorpecentes há dois meses, aproximadamente.** QUE afirma também ser usuário há cerca de três anos; QUE não quer informar o local nem o nome da pessoa a qual o adquiri a substância entorpecente.(DESTAQUEI) **(Herick Farias da Silveira, interrogatório prestado em sede policial, fl. 08).**

Apesar do denunciado ter mudado completamente, ao ser ouvido em juízo, a versão de tudo o que narrou, passando a afirmar ser apenas usuário de drogas, o fato é que ficou demonstrado, de forma inequívoca, a autoria e a materialidade do delito de tráfico de entorpecentes. Registre-se ainda que não consta, no caderno processual, nada no sentido de que o réu tenha sofrido algum constrangimento ou pressão externa à sua vontade por ocasião do seu depoimento policial.

Ora, a simples retratação de confissão extrajudicial desacompanhada de outros elementos probatórios não tem o poder de afastar o decreto condenatório, máxime quando há, nos autos, outros elementos probatórios colhidos em juízo que confirmam a autoria delitiva.

Ademais, as provas possuem valor relativo, condicionado ao exame em conjunto com os demais elementos de convicção existentes nos autos, visando reforçar a convicção do magistrado quanto a determinado fato. Portanto, embora não tenha a confissão força probatória absoluta, deve o juiz, na formação do seu convencimento, analisar todo o conteúdo probatório existente no processo.

Nesse sentido, já se posicionou o STJ no seguinte aresto:

HABEAS CORPUS. ROUBO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE CONFIRMARAM A CONVICÇÃO DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. **Não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória.** 2. **Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.** ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DELITO DE ROUBO. VALOR ÍNFIMO DO BEM SUBTRAÍDO. FUNDAMENTO NÃO APRECIADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo de R\$ 20,00 (vinte reais), sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância, uma vez que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem. 2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (STJ, HC 115.255/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 09/08/2010) (grifo nosso) (Destques de agora).

Pontua-se, ainda, o mesmo posicionamento:

“As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstanciais.” (RTJ 88/371)

APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICOS - USO - ARTIGO 16 DA LEI 6.368/76 - COMPETÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA - ARTIGO 89 DA LEI 9.099/1995 - REQUISITOS AUSENTES - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - MATERIALIDADE - AUTORIA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO DESPROVIDA DE MOTIVAÇÃO OU PROVAS - CONDUITA DO RÉU - TRAZER CONSIGO -

REFORMA - APLICAÇÃO DA PENA - REINCIDÊNCIA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA AFASTADA. O crime de uso previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976 encontra-se abarcado pela definição de delito de menor potencial ofensivo, porém, não se justifica a anulação do processo e remessa ao Juizado Especial Criminal se atendido o disposto na Lei 9.099/1995, sem qualquer prejuízo à defesa do acusado. **A confissão realizada na fase de inquérito policial pode ser retratada. Porém, quando a retratação é desacompanhada de qualquer comprovação de motivos e os elementos colhidos na instrução da ação penal corroboram o relato contido na fase investigativa, o valor probatório desta não pode ser afastado.** Comprovada a apreensão de substância entorpecente encontrada em mochila de propriedade do réu (escondida entre suas roupas) e confessado pelo mesmo o uso, na noite anterior, responde o agente pelas sanções do artigo 16 da Lei 6.368/76. O fato de a mochila ter sido preparada por sua companheira não afasta a conduta típica praticada pelo réu. A atenuante de confissão espontânea prevista no artigo 65, III, "d", do CPB, não se aplica no caso de retratação. (TJMG. Processo n. 1.0411.03.009604-3/001. Rel. Armando Freire. Julg. 04/10/2005. DJ. 11/10/2005). (grifo nosso).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONFISSÃO. PROVAS. EXEGESE DO ART. 197, DO CPP. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. INOCORRÊNCIA. ART. 304 C/C ART. 297 E ART. 171, § 3º, N/F DO ART. 70, TODOS DO CP. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RECONHECIMENTO. SÚMULA Nº 17 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O acusado, em sede policial, reconheceu como suas: a fotografia da carteira de identidade apresentada ao atendente da CEF e as assinaturas apostas nos comprovantes de saque da RPV; as provas possuem valor relativo, condicionado ao exame em conjunto com os demais elementos de convicção existentes nos autos, visando reforçar a convicção do magistrado quanto a determinado fato. **Portanto, embora não tenha a confissão força probatória absoluta, deve o juiz, na formação do seu convencimento, analisar todo o conteúdo probatório existente no processo;** 3- não há nos autos nada no sentido de que o réu tenha sofrido algum constrangimento ou pressão externa à sua vontade por ocasião do seu depoimento. As informações colhidas são verossímeis

e o seu relato é coincidente com as demais provas produzidas no curso processual. **E, em que pese tratar-se de confissão extrajudicial, não pode ser considerada totalmente inconsistente, porquanto, repise-se, condizente com todas as circunstâncias verificadas na presente hipótese, que evidenciam a conduta delituosa adotada pelo recorrente;** 4- [...] (TRF 2ª R.; ACr 0012889-74.2010.4.02.5001; Segunda Turma Especializada; Rel. Des. Messod Azulay Neto; DEJF 10/11/2015; Pág. 232) (Destaques nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. ANÁLISE QUE COMPETE AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. [...] 2 na espécie, a prisão cautelar mostra-se, de fato, necessária diante do periculum libertatis, fazendo cercar a série de crimes empreendidos pelo apelante. Almejada absolvição. Inviabilidade. Materialidade e autoria comprovadas confissões extrajudiciais do réu e do adolescente confortadas pelo conjunto probatório. Condenação mantida. **A confissão extrajudicial, quando corroborada pelos demais elementos constantes nos autos, mesmo que retratada em juízo, detém força probatória, podendo contribuir para a prolação do édito condenatório.** Pretendida a desclassificação para furto simples. Coautoria demonstrada. Qualificadora preservada. Demonstrado que o réu em unidade de desígnios com adolescente subtraiu, para si, coisa alheia móvel, fica configurado o concurso de pessoas, não podendo a conduta ser enquadrada no caput do art. 155 do Código Penal. Alteração do regime para o resgate inicial da reprimenda. Acusado reincidente. Análise favorável, todavia, das circunstâncias judiciais. Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça. Alteração devida. Substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos ou sua suspensão condicional. Requisitos não preenchidos. Em se tratando de réu reincidente específico, não é cabível a concessão das benesses, pois não preenchidos os requisitos previstos nos arts. 44, II, § 3º, e 77, I, ambos do Código Penal. Recurso parcialmente provido. (TJSC; ACR 2015.059637-0; Rio do Sul; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho; Julg. 27/10/2015; DJSC 09/11/2015; Pág. 484)

Dessa forma, o apelante não trouxe, pois, elementos capazes de demonstrar não ter praticado o delito constante no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas. Ao contrário, o Auto de Apresentação e Apreensão de fl.10,

bem como o depoimento das testemunhas indicadas pelo Ministério Público - policiais militares que participaram da prisão em flagrante do causado – corroboram a versão descrita na peça vestibular e são suficientes para embasar um decreto condenatório, motivo pelo qual não há como acolher a rebatida alegação suscitada nas razões recursais.

d) Nulidade de meio probatório:

O recorrente continua suscitando a nulidade, desta vez, de meio de prova utilizada no processo. Alega que a balança de precisão apreendida estava quebrada, sendo que, por isso, a sua utilização para fins de comercialização de drogas era impossível.

Sem razão novamente. A uma porque não há demonstração efetiva do alegado, não sendo requerida (apesar de não necessária), a realização de perícia no equipamento. A duas, porque, mesmo se estivesse quebrada, a existência do equipamento na residência do réu, aliada à quantidade e a forma como estava acondicionado o entorpecente, evidenciam a destinação comercial da droga. Assim, o funcionamento eficaz ou não da referida balança não é capaz de descaracterizar a situação de mercância da droga, mormente quando há elementos de prova suficientes a fundamentar um decreto condenatório pelo delito descrito na peça acusatória inicial.

Até porque, como relatou a testemunha Daniel Freitas de V. Cruz, policial militar:

(...) o motivo pelo qual foi apreendida uma balança de precisão na casa do condenado, **é muito óbvio**, quando ele mesmo admite que é traficante de entorpecente, e em toda boca de fumo encontramos uma balança de precisão, não sendo uma característica de usuário, porque este não irá requerer seu direito do consumidor, se o produto está um pouco abaixo ou acima do peso, é mais uma questão de dividir as porções mais ou menos na mesma

quantidade. (Destaques de agora)
(Mídia audiovisual fl. 97)

Nessa esteira de raciocínio, já decidiram os nossos tribunais pátrios, como se vê adiante:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MÉRITO. Depoimentos dos agentes estatais unânimes e coerentes. Os policiais, em seus depoimentos, afirmaram que receberam denúncia da mãe do acusado, a qual informou que havia ocorrido uma briga entre ela e o réu. Chegando ao local, a genitora do denunciado, a qual estava em via pública, em frente ao apartamento, disse aos agentes que havia um forte cheiro de maconha na residência. No deslocamento até o imóvel, abordaram um indivíduo (que é testemunha no presente processo), o qual estava com uma porção de maconha, e afirmou que "pegou a droga" na residência do réu. Franqueada a entrada pela mãe do acusado, fizeram a revista no imóvel, onde encontraram a droga apreendida no quarto do acusado, **além de uma balança de precisão, a qual estava quebrada. A quantidade e a forma como estava acondicionado o entorpecente evidenciam a destinação comercial da droga.** Condenação mantida. (...) Recurso de defesa parcialmente provido. Por maioria. Recurso ministerial parcialmente provido. Por maioria. (TJRS; ACr 0169180-82.2015.8.21.7000; Torres; Primeira Câmara Criminal; Rel^a Des^a Jayme Weingartner Neto; Julg. 12/08/2015; DJERS 31/08/2015)

Assim, pelo que foi exposto, **REJEITO** TODAS AS PRELIMINARES LEVANTADAS.

2. NO MÉRITO:

e) Da utilização de substância para tratamento de doença neurológica crônica:

Neste ponto, também não merece ser acolhida a afirmação do apelante de que não lhe deve ser imputada a conduta de comercialização de entorpecentes. Relata que sofre de Epilepsia e que, por isso, tornou-se dependente químico da substância Canabidiol, componente da *Cannabis Sativa*.

Apesar do alegado, o recorrente não comprovou, nos autos, ser portador da doença, menos ainda que necessitava utilizar a substância componente da *Cannabis Sativa* para fins de tratamento da enfermidade alegada.

Ademais, em seu interrogatório perante a autoridade judicial, em nenhum momento, o acusado se referiu a tal argumento, não fazendo menção, sequer, que era portador da doença, nem muito menos que utilizava a substância componente da maconha como forma de tratamento. Ao contrário, confessa o réu ser usuário da droga há aproximadamente três anos.

Com argumentos como esses últimos, não deve ser motivo de preocupação a negativa de autoria da traficância, visto que se trata de natural instinto de defesa. Vê-se que a versão dos fatos apresentada pelo acusado não se coaduna com as demais provas coligidas aos autos

f) Da pena-base:

Subsidiariamente, requer o apelante a reforma do *decisum* com relação a pena-base, ao argumento de que fora aplicada de forma exacerbada, haja vista as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, suplicando a sua aplicação no mínimo legal.

Sustenta ainda que o fato do Juiz aumentar a pena-base e depois decotá-la a fim de aplicar a circunstância atenuante é ludibriar a sua aplicação.

No entanto, sem razão.

De início, para melhor aferir a irregularidade apontada pelo ora apelante, transcrevo a parte atacada da sentença. Vejamos:

Culpabilidade: É latente, pois o réu agiu com dolo de perigo, porquanto restou demonstrada a vontade de colocar em risco o bem jurídico tutelado (saúde pública). É primário e de bons antecedentes. A conduta social sob o aspecto familiar apresenta-se sem máculas, todavia o mesmo não pode ser dito no que tange ao aspecto laboral e comunitário. É que não demonstrou ter ocupação lícita e com sua conduta revelou indícios razoáveis de desprezo às regras que norteiam a sociedade. A personalidade do increpado, pela índole e maneira de agir, mostrou ser pessoa com uma personalidade desonesta e cobiçosa, tentando locupletar-se com o comércio ilícito de droga. Os motivos foram a obtenção de lucro fácil com a venda da droga. As circunstâncias informam que o crime era cometido de forma aberta gerando o descontentamento da comunidade que denunciou à polícia. As consequências foram o grave risco à saúde pública, notadamente de jovens que ao certo adquiriram droga ao acusado. O comportamento da vítima não há como ser analisado, porque esta é a sociedade.

Destarte, considerando as circunstâncias judiciais acima analisadas, das quais a culpabilidade, conduta social (preponderante – art. 42 da Lei de Drogas), personalidade (preponderante – art. 42 da Lei de Drogas), as circunstâncias do crime e natureza e a quantidade da droga (preponderante – art. 42 da Lei de Drogas), foram desfavoráveis ao acoimado, fixo a pena base em 06 (cinco) anos de reclusão, pena que tendo sido admitido como verossímil a confissão do réu na polícia, nos termos do art. 65, inc. III, do CP, atenuou para 05 (cinco) anos de reclusão, que torno definitiva, a minguar de outras circunstâncias atenuantes, de circunstâncias agravantes, e por entender não ser recomendada no caso a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no Art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, tendo em vista que, embora primário, foram desfavoráveis ao acusado a maioria das circunstâncias judiciais e estar evidenciado nos autos, dada as circunstâncias de sua prisão, a quantidade da droga apreendida e da

balança de precisão encontrada, que o mesmo se dedicava a atividades ilícitas, como o tráfico de drogas, assim como pela inexistência de outras causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena.

Pois bem. É escusado dizer que o juiz tem poder discricionário para fixar a pena dentro dos limites legais, desde que o faça fundamentadamente. É que, não constituindo direito subjetivo do acusado a estipulação dessa pena em seu grau mínimo, se houver alguma circunstância judicial desfavorável, pode o magistrado, considerando as diretrizes do sistema trifásico, majorá-la para alcançar os objetivos da sanção. E assim portou-se, iniludivelmente, o douto magistrado sentenciante, que se referiu, de forma explícita, aos motivos legais da sua elevação.

Como visto acima, verifica-se que o magistrado *a quo*, após analisar as circunstâncias judiciais, fixou a pena-base um pouco acima do patamar mínimo (em 6 (seis) anos de reclusão, quando a pena mínima é 5 anos), o que se apresenta proporcional e suficiente à reprovação do fato, já que dentre as circunstâncias judiciais analisadas seis foram desfavoráveis **(culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias do crime e consequências, considerando, além disso, a natureza e a quantidade da droga).**

Logo, não há que se falar em reforma da pena imposta, mormente quando a motivação empregada na individualização da sanção penal, tendo o Julgador apreciado as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, além do disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, obedeceu aos ditames legais, de modo a afastar pretensa exacerbação, eis que devidamente fundamentado o *decisum*, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

g) Da aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da lei 11.343/2006.

Requer ainda o apelante a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no **§ 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006**, tendo em vista ser o recorrente primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades nem fazer parte de organizações criminosas.

Nesse ponto, entendo que **merece acolhimento** a pretensão do apelante.

Como visto, o magistrado não aplicou a referida causa de diminuição da reprimenda, considerando que o *“apelante embora seja primário, foram desfavoráveis ao acusado a maioria das circunstâncias judiciais e estar evidenciado nos autos, dada as circunstâncias de sua prisão, a quantidade da droga apreendida e da balança de precisão encontrada, que o mesmo se dedicava a atividades ilícitas, como o tráfico de drogas”*.

No entanto, a meu ver, o apelante reúne os requisitos estampados no dispositivo que determina a sua aplicação, uma vez que é primário e de bons antecedentes, **não havendo provas robustas** de que ele se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (ainda mais quando as testemunhas, policiais militares que participaram da prisão do réu, informaram que só conhecia o mesmo apenas deste fato), além do entorpecente apreendido possuir menor potencial lesivo (maconha) e encontrar-se em quantidade não tão expressiva, sendo cabível, assim, a aplicação da causa especial de diminuição.

Seguem as seguintes decisões:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA A UM DOS RÉUS. POSSIBILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. Restando comprovadas materialidade e autoria

delitivas, a negativa isolada do apelante não pode conduzir à absolvição, se os demais elementos de prova coligidos nos autos alicerçam o Decreto condenatório. Não comprovado nos autos os requisitos caracterizadores da associação para tráfico, a absolvição quanto a este delito é medida que se impõe. **Se o apelante é primário e não há nos autos provas suficientes que demonstrem que ele se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa, deve ser aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.** Verificado que o acusado confessou espontaneamente a autoria do delito, mister o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. (TJMG; APCR 1.0400.14.002983-8/001; Rel. Des. Paulo César Dias; Julg. 02/03/2016; DJEMG 11/03/2016) (Destaquei)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº11. 343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 231 STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº231, DO STJ. INVIABILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DISPOSTA NO §4º, DO ART. 33, DA LEI Nº11. 343/2006. FRAÇÃO REDUTORA NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO HC 97.256/RS. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE. VIABILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. Apesar de devidamente reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, sendo forçosa a aplicação do enunciado da Súmula nº. 231, do Superior Tribunal de Justiça. Sendo o réu primário e de bons antecedentes, além do entorpecente apreendido possuir menor potencial lesivo (maconha) e encontrar-se em quantidade não tão expressiva, cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena (art. 33,§4º, da Lei nº11.343/2006) em seu patamar máximo. Consoante entendimento esposado no Habeas Corpus nº 97.256/RS, e com base na inconstitucionalidade recentemente declarada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à

vedação do benefício da substituição da pena para o crime de tráfico, cabível se faz a concessão de tal benesse, e, por consequência lógica, a fixação do regime aberto, se o réu é primário, apresenta bons antecedentes, inexistem provas concretas de seu envolvimento com atividades ilícitas e a pena restou fixada abaixo de 04 (quatro) anos, conforme art. 33, §2º, 'c' do CP. (TJMG; APCR 1.0400.15.001344-1/001; Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques; Julg. 01/03/2016; DJEMG 11/03/2016)

Assim, como acima demonstrado, verifica-se que o apelante faz *jus* a causa de diminuição da pena prevista no **art. 33, § 4º da Lei.11.343/2006**, tendo em vista preencher os requisitos legais do citado dispositivo.

Por outro lado, com relação a fração a ser utilizada (um sexto a dois terços), para a redução da pena, deve ser levada em consideração as circunstâncias judiciais gerais do artigo 59 do Código Penal, bem como as especiais do artigo 42 da Lei de Drogas (natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente).

Nesse sentido, o entendimento:

[...] I - O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao juiz considerar a natureza e a quantidade da droga tanto na fixação das penas-base quanto na escolha da fração relativa à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da aludida Lei, não havendo que se falar em violação ao princípio do non bis in idem, mas, apenas, em utilização da mesma regra para finalidades e em momentos distintos (precedentes do STJ). II - Assim, não havendo fundamentos para que tal minorante incida na maior fração de 2/3 e tendo o Parquet se irrisignado, deve o Tribunal reconduzi-la a montante justo e condizente com o caso concreto. III - Banda outra, ao contrário do pugnado pelo Órgão Ministerial, possível a fixação de regime prisional diverso daquele previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, incidentalmente proclamado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC n.º 111.840/ES. Assim apresentando-se o semiaberto, fixado na origem, o mais consentâneo, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP,

viável a sua manutenção. IV - Recurso ministerial provido em parte. (TJMG - APR: 10672120169236001 MG , Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento:23/10/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/10/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE PRATICADO DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ESCOLHA DO PATAMAR DE MITIGAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. (STJ - HC: 215716 SP 2011/0191616-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2011).- grifei

Assim, passo a redimensionar a reprimenda, com relação a terceira fase.

Vejamos, quando da fixação da reprimenda, o Magistrado, **na primeira fase**, após analisar as circunstâncias judiciais, fixou a pena em **06(seis) anos de reclusão, e 600 (seiscentos) dias-multa, a qual mantenho.**

Na **segunda fase**, reconheceu a atenuante da confissão, reduzindo a pena em 01 (um) ano e 100 (cem) dias-multa, ficando em **05(cinco) anos e 500(quinientos) dias-multa.**

Na terceira fase, considerando as circunstâncias judiciais, já

analisadas na sentença condenatória, bem como atentando que, com o réu foi apreendido 158,6 g (cento e cinquenta e oito gramas e seis centigramas) de maconha, quantidade essa não tão significativa, aplico o percentual de redução da reprimenda no patamar de 1/2(metade), resultando em uma pena de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, tornando-a **definitiva** ante a inexistência de outras causas de diminuição e aumento a considerar.

Por outro lado, no que se refere à pena de multa, passo a redimensioná-la:

Considerando a reprimenda aplicada na segunda fase, ou seja, 500 (quinhentos) dias-multa, considerando a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, a fração de 1/2 (um meio) ficando em **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, o que torno-a **definitiva**, em face de outras minorantes e majorantes a considerar.

Ademais, tendo reduzido a pena imposta ao réu, determino o **regime aberto** para início de cumprimento da reprimenda e aplico a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços a comunidade e pena pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, a serem definidas pelo juízo da execução competente.

Forte em tais razões, dou provimento parcial ao apelo para, aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, no patamar de 1/2, e reduzir a pena, imposta em desfavor do réu, para **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Expeça-se alvará de soltura.

Oficie-se ao Juízo das Execuções Penais da comarca da Capital.

É como voto.

Presidiu a sessão, com voto, o Exmo. Sr. Des. João Benedito da Silva, decano no exercício da Presidência da Câmara Criminal, relator. Participaram do julgamento, além do relator, o Exmo. Sr. Des. Luis Silvio Ramalho Junior e o Exmo. Sr. Des. Carlos Martins Beltrão Filho. Presente à sessão o Exmo. Sr. Dr. Amadeus Lopes Ferreira, Promotor de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, aos 31(trinta e um) dias do mês de maio do ano de 2016.

Des. João Benedito da Silva
RELATOR