



**ESTADO DA PARAÍBA**  
**PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**GABINETE DO DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS**

**ACÓRDÃO**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000415-68.2014.815.0981 – 1ª Vara da Comarca de Queimadas**

**RELATOR:** Juiz Carlos Antônio Sarmiento (Juiz convocado em substituição ao Exmo. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos)

**01 APELANTES:** Edeilson Pinto de Figueiredo e Edgilson Pinto de Figueiredo

**ADVOGADOS:** Humberto Albino de Moraes e Humberto Albino de Moraes Júnior

**02 APELANTE:** Leonardo Gonçalo de Sousa

**ADVOGADO:** Márcio Sarmiento Cavalcanti

**APELADA:** Justiça Pública

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL DAS CONDUTAS DOS RÉUS. DOLO COMPROVADO. CONDENAÇÃO IMPERIOSA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE SIMPLES PARTICIPAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AUTORIA EVIDENCIADA EM FACE PRÁTICA DO NÚCLEO VERBAL DO TIPO PENAL: “TRANSPORTAR” DROGAS ILÍCITAS (ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006). PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA: ACOLHIMENTO. PENA-BASE FIXADA ALÉM DO DEVIDO EM FACE DA ANÁLISE EQUIVOCADA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL DE 05 (CINCO) ANOS. PRETENSÃO DE AUMENTO DO PERCENTUAL DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INDEFERIMENTO. FIXAÇÃO CORRETA NO PERCENTUAL DE 1/6 EM FACE DO POTENCIAL LESIVOS DAS DROGAS (MACONHA E COCAÍNA) E DA ELEVADA QUANTIDADE APREENDIDA (MAIS DE 1 KG). PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA EM FACE DA DETRAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO ARTIGO 387, § 2º, DO CPP. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTORPECENTES APREENDIDOS EM QUANTIDADE QUE IMPÕE A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMI-ABERTO E A DENEGAÇÃO DO FAVOR LEGAL PREVISTO NO ARTIGO 44 DO CP. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.**

- Observando-se que as condutas dos apelantes se amoldam ao fato típico previsto no artigo 33 da Lei de Drogas, a manutenção de suas condenações – pela prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes – é medida de rigor, afinal materializa referido delito quem transporta a droga, bem com quem a recebe e a mantém guardada em seu domicílio.

- O Código Penal adotou a teoria objetiva ou dualista para fins de individualização da autoria criminosa, diferenciando-a da mera participação. Com esse propósito de distinção, deve-se adotar o critério objetivo-formal, que revela que autor do crime é quem realiza o núcleo (verbo) do tipo penal, ou seja, quem pratica a conduta criminosa descrita pelo preceito primário da norma incriminadora. Nesse norte, tendo o apelante praticado a conduta de transportar drogas ilícitas, entregando-a ao co-autor do delito de tráfico, deve-se reconhecer a autoria criminosa e não a simples participação.

- De acordo com a jurisprudência do STF e do STJ, revela-se possível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desde que comunicáveis aos acusados, sendo desnecessária a repetição de fundamentos idênticos para fins de fixação da pena-base. Referido procedimento não gera ofensa ao Princípio da Individualização das Penas.

- Observando-se erro de julgamento na análise das circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes criminais e às consequências do crime, impõe-se reduzir a pena-base ao mínimo legal, máxime quando as demais circunstâncias judiciais são favoráveis aos acusados.

- No que tange à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, inexistente ilegalidade na aplicação do redutor no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

- De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal se refere ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, devendo o juiz sentenciante verificar a possibilidade de se fixar um regime mais brando de acordo com a detração no caso concreto.

- Mesmo considerando, após revisão da pena-base e incidência da detração penal, que a pena restritiva de liberdade a ser cumprida é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, a quantidade expressiva de droga apreendida confere substrato fático-jurídico apto a alicerçar a sujeição dos apenados a regime mais gravoso (semiaberto), bem como a denegar a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Precedentes do STJ.

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS. ABSOLVIÇÃO. PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DE**

**GALINÁCEOS APREENDIDOS PELA POLÍCIA E REMETIDOS AO IBAMA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DIREITO DE PROPRIEDADE EVIDENCIADO ANTE A ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE MAUS TRATOS A ANIMAIS. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO.**

- O Direito Penal resta norteado pelos princípios da fragmentaridade e ofensividade, sendo a *ultima ratio* na defesa de bens jurídicos. Nesse sentido, impossível fazer incidir a tutela penal em desfavor do patrimônio do recorrente para decretar a perda de galináceos, quando a própria sentença concluiu pela inexistência de crime de maus tratos aos animais. Direito de seqüela que impõe a restituição dos animais à esfera jurídica do apelante em respeito ao à garantia constitucional da propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal).

**CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA QUE SE ADEQUA AO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.**

- A presença simultânea da tipicidade formal e da tipicidade material da conduta do apelante que portava arma de fogo, de uso permitido e municiada, mas sem autorização, concretiza o crime de porte ilegal previsto no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) e não o crime de posse ilegal previsto no artigo 12 daquele diploma.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

**ACORDA** a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **REJEITAR AS PRELIMINARES e, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO DE EDGILSON PINTO DE FIGUEIREDO e DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS APELOS DE EDEILSON PINTO DE FIGUEIREDO e LEONARDO GONÇALO DE SOUSA para reduzir a pena de ambos os apelantes para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais multa, e alterar o regime, pela detração, para o semiaberto.**

**RELATÓRIO**

Tratam-se de apelações criminais interpostas por **Edgilson Pinto de Figueiredo** (condenado à pena de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, substituída por 02 (duas) penas restritivas de direito, e ao pagamento de 40 dias-multa, pelo crime de porte ilegal de arma, tipificado no artigo 14 da Lei 10.826/2003), bem como por **Leonardo Gonçalo de Sousa e Edeilson Pinto de Figueiredo** (cada um condenado à pena de cinco anos e dez meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicial fechado, e ao pagamento de 678 dias-multa, pelo crime de tráfico de entorpecentes, tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006).

Leonardo Gonçalo de Sousa interpôs apelação tempestiva às fls. 230, apresentando razões recursais às fls. 235/246 dos autos. Afirma, em síntese, que:

a) Na condição de mototaxista, foi contratado para transportar mercadoria de Campina Grande para Boqueirão, acreditando se tratar de luvas, esporas e fitas destinadas à rinha de galos, não sabendo se tratar de substância entorpecente, razão porque, ao não agir com dolo, sua conduta revela-se atípica;

b) A sua conduta, caso seja reputada como criminosa, deve ser qualificada como simples participação, devendo-se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 29, § 1º, do CP;

c) A sentença ofendeu o Princípio da Individualização da Pena, pois houve, em seu desfavor, uma reprodução idêntica e equivocada dos fundamentos utilizados para fixar a pena do acusado Edeilson Pinto de Figueiredo, não tendo o juízo “a quo” sequer realizado a 2ª fase da dosimetria da pena – concernente à análise das atenuantes e agravantes;

d) A pena aplicada merece redução, pois a sentença considerou desfavorável os seus antecedentes (muito embora seja primário e possua bons antecedentes), bem como as consequências do delito (apesar destas serem inerentes ao crime de tráfico de drogas);

e) A causa de diminuição de pena – prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.346/06 – foi fixada no mínimo legal, sem fundamento que o respalde, quando, na verdade, faz jus à redução no percentual máximo de 2/3 (dois terços);

f) A sentença carece de fundamentação para estabelecer o regime inicial fechado para o cumprimento da pena restritiva de liberdade;

g) O juízo sentenciante deveria ter observado o que dispõe o art. 387, § 2º, fazendo a “detração” da pena, a fim de lhe impor regime prisional inicial mais benéfico;

h) A pena restritiva de liberdade deve ser substituída por pena restritiva de direito após os ajustes necessários em sua dosimetria;

i) A concessão de liberdade provisória é medida imperiosa, uma vez que a sentença não impôs a necessidade de prisão cautelar, deixando de prestar observância ao disposto no artigo 387, §1º, do CPP.

Com fulcro nessas razões, o apelante Leonardo Gonçalo de Sousa pugna por sua absolvição e, subsidiariamente, que seja reconhecida que sua conduta consubstanciou simples participação no delito de tráfico. Requer, ainda, em caráter subsidiário: redução da pena aplicada, aplicação do instituto da detração, modificação do regime inicial da pena carcerária, substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos e concessão de liberdade provisória, tudo de acordo com os fundamentos apresentados.

Contrarrazões recursais apresentadas pelo Ministério Público às fls. 247/250, postulando pelo desprovimento da apelação criminal.

Edgilson Pinto de Figueiredo e Edeilson Pinto de Figueiredo interpuseram apelação tempestiva às fls. 228/229, apresentando razões recursais às fls. 261/265 dos autos. Afirmam, em síntese, que:

a) Quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, pelo qual Edeilson Pinto de Figueiredo foi condenado, o recorrente afirma inexistir, nos autos, notícia de qualquer pessoa que tenha adquirido droga do mesmo, tampouco prestado informação de que este seja traficante, máxime por se tratar de simples consumidor de tóxico, razão porque possui direito a ser condenado com fulcro no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, bem como à devolução do valor de R\$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais), apreendido ao argumento de que se tratava de lucro obtido com a traficância. Subsidiariamente, impugna a pena aplicada, ao fundamento de que esta deve ser estabelecida no mínimo legal, com consequente estabelecimento de regime prisional inicial aberto;

b) Quanto ao crime de porte irregular de arma de fogo, pelo qual Edgilson Pinto de Figueiredo foi condenado, o apelante afirma que o crime cometido foi o de posse ilegal, e não de porte, uma vez que a arma foi apreendida dentro de casa. Destarte, pugna pela desclassificação do crime, com consequente remessa do processo para o JECRIM para fins de oferta de proposta de suspensão processual a seu favor;

c) Quanto ao crime contra a fauna, pelo qual Edeilson Pinto de Figueiredo foi absolvido, este apelante afirma que os 32 (trinta e dois) galos apreendidos devem ser devolvidos e não remetidos para o IBAMA, justamente porque não cometeu crime no particular.

Contrarrazões recursais apresentadas pelo Ministério Público às fls. 268/270, postulando pelo desprovimento integral da apelação criminal interposta, conjuntamente, por ambos os apelantes.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através de parecer exarado às fls. 317/325, opina pelo desprovimento das apelações penais.

#### **É o relatório.**

#### **VOTO (JUIZ CONVOCADO CARLOS ANTÔNIO SARMENTO)**

Inicialmente, cumpre destacar que ambos os recursos são tempestivos, preenchendo também os demais requisitos de admissibilidade recursal, razão porque devem ser admitidos.

Considerando que as razões recursais suscitadas por Leonardo Gonçalo de Souza e Edeilson Pinto de Figueiredo possuem pontos de semelhança, máxime quando se observa que ambos foram condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, passa-se a analisar as duas pretensões recursais conjuntamente.

#### **- DA ANÁLISE DAS APELAÇÕES INTERPOSTAS POR LEONARDO GONÇALO DE SOUSA E POR EDEILSON PINTO DE FIGUEIREDO:**

**a) Dos pedidos de absolvição por ausência de prática do crime de tráfico de drogas:**

O recorrente Leonardo Gonçalo defende a atipicidade de sua conduta por ausência de dolo. Afirma não ter praticado crime de tráfico ilícito de drogas, ao fundamento de que, na condição de mototaxista, foi contratado para transportar mercadoria de Campina Grande para Boqueirão, acreditando se tratar de luvas, esporas e fitas destinadas à rinha de galos, não sabendo se tratar de substância entorpecente, razão porque, ao não agir com dolo, sua conduta revela-se atípica.

Em que pese à alegação do citado apelante – de que desconhecia estar transportando entorpecentes – cumpre afirmar que os elementos dos autos não demonstram que o recorrente desconhecesse a mercadoria ilícita que transportava. Pelo contrário, **a acusação provou, a contento, que o réu agiu com dolo e, assim, praticou o crime tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006.**

Com efeito, a tese de defesa não prospera à luz das razões individualizadas pelo juízo de 1º grau – extraídas do conjunto probatório –, as quais são reiteradas, por sua lucidez e fundamentação – como causa de decidir do presente acórdão:

“Ao aceitar o transporte, **o réu Leonardo não indagou ou verificou o conteúdo daquela encomenda**, apesar de haver falado que, como já havia levado esporas de galos de briga para o denunciado Edeilson, se tratava, igualmente, daqueles artefatos, que são utilizados para amarrar nas patas das aves quando colocadas para rinhas de briga.

Ocorre que tais esporas são feitas ou de material plástico ou de ferro e, imperativo se registrar, na casa do denunciado Edeilson não foram encontradas quaisquer esporas, mas apenas luvas.

**Outro ponto que merecer ser detalhado é que, ainda que fossem encontradas esporas, se se levar em consideração o material com que são fabricadas, decerto não pesariam tanto quanto os 740 gramas de maconha e 246 gramas de crack que foram apreendidos no entorno da casa do réu Edeilson e que havia sido transportada àquele local pelo réu Leonardo.**

Com efeito, a apreensão dos entorpecentes totalizam quase 1.0 Kg de drogas.

Doutra banda, a atitude do réu em adotar como caminho para sua corrida estradas vicinais, pesam contra sua inocência.

Afirmou o réu Leonardo que havia escolhidos aquelas estradas em razão de efetuar pagamento de pensão alimentícia que devia na cada onde seu dependente reside.

**Todavia, não trouxe aos autos sequer o nome do beneficiário de tal pensão, seu endereço e o depoimento de que, de fato, naqueles dia e a que horário o réu ali esteve para pagamento de pensão alimentícia.**

**Outro ponto que merece destaque é o fato de ter sido o réu chamado ao Bairro Santa Rosa, em Campina Grande, para pegar a encomenda que seria levada ao denunciado Edeilson.**

**Sabe-se que o referido Bairro Santa Rosa é assaz conhecido nessa região como local de tráfico de entorpecente.**

Ademais, como já frisado, não tinha como o réu Leonardo imaginar que se tratava apenas de esporas, eis que o peso é bastante diferente, além do tamanho do volume da encomenda” (grifo nosso)

Os fundamentos acima demonstram, de forma inequívoca, que o recorrente Leonardo Gonçalo possuía conhecimento de que estava transportando drogas, fato corroborado, ademais, pela existência de prévia denúncia ofertada aos policiais militares, consoante esclarece a testemunha Rafael Rodrigues de Araújo (fls. 166):

“Que se encontrava de serviço quando recebeu informação de que substâncias entorpecentes seriam entregues no Município de Caturité; que armou barricada e pediu reforços; que passado algum tempo concluiu que o suspeito tinha chegado a cidade por outro local”.

A prévia denúncia acerca do tráfico de drogas também resta corroborada pela testemunha Dennis Nogueira de Menezes (fls. 168):

“Que integrou a equipe policial que procedeu a prisão dos denunciados; que recebeu a informação de que o motoqueiro trazia de Campina Grande substância entorpecente”.

Quanto ao apelante Edeilson Pinto de Figueiredo, este defende sua absolvição, ao fundamento de que a droga encontrada em sua casa era para consumo próprio, não guardando correlação com o crime de tráfico. Trata-se, contudo, de tese defensiva que não prospera, haja vista o quantitativo de entorpecente apreendido em sua casa: 740,0 gramas de maconha e 246,0 gramas de cocaína, ou seja, mais de 1 Kg (um quilo) de drogas, conforme provado pelo laudo de constatação às fls. 46.

Também não convence a argumentação de que o valor apreendido (R\$ 4.400,00) não é fruto da traficância, uma vez que o recorrente não conseguiu demonstrar a origem daquele valor. Assim sendo, reitero a lúcida fundamentação consignada na sentença condenatória:

“Doutra banda, o fato de ter o réu Edeilson deixado de reconhecer que aquela droga lhe pertencia não me convence.

**O denunciado Leonardo levou a carga para aquele local, onde, após depositá-la na mesa, sentou-se para tomar café, certamente enquanto aguardava o pagamento da corrida.**

[...]

Finalmente, há que se mencionar a apreensão da quantia monetária – cerca de R\$ 4.400,00 – cuja origem também não se mostrou convincente aos olhos deste julgador.

Com efeito, ainda que tenha o réu – e a testemunha – se referido ao fato de que aquele conteúdo monetário era relativo à coleta de valores relativos a empréstimos junto ao Banco do Nordeste do Brasil, não cuidou a defesa do acusado demonstrar a veracidade de tais alegações.

Não trouxe aos autos a relação de participantes de tal rateio. Não trouxe a indicação de quem seria o responsável pelo crédito. Na verdade, não trouxe aos autos quaisquer indicativos da existência material de tais contratos.

[...]

**Ora, como se verifica do processo, a substância entorpecente, em quantidade bastante excedente àquela destinada para consumo individual, estava sendo transportada pelo acusado Leonardo e foi entregue ao réu Edeilson, que a guardaria em sua residência para distribuição futura.**

Verifica-se, assim, que os envolvidos se enquadram nos núcleos dos tipos penais mencionados nos dispositivos acima reproduzido.

**Assim, quer me parecer que a conduta de “TRANSPORTAR e GUARDAR” substância entorpecente foi praticada pelos réus, já que Leonardo transportava a mercadoria ilícita para Edeilson.**

**Assim, escudado em tais argumentos e, tendo em vista a figura típica perpetrada pelos réus, em transportar e guardar a substância entorpecente, aliado ao valor monetário expressivo encontrado sem origem lícita demonstrada, é que se torna possível atribuir a responsabilidade do ilícito aos denunciados mencionados.”** (grifo nosso)

Ao ratificar a fundamentação acima, o faço amparado no Princípio do Livre Convencimento Motivado para concluir que os apelantes praticaram, sim, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, máxime pela tipicidade formal e material de suas condutas.

A tipicidade formal resta demonstrada pelo juízo de subsunção entre a conduta praticada pelos recorrentes no mundo real e o modelo descrito no tipo penal, no caso, pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006:

“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.” (grifo nosso)

No caso ora apreciado, resta demonstrado, suficientemente, que o primeiro apelante transportou drogas ilícitas para o segundo recorrente, o qual estava guardando o elevado quantitativo de entorpecentes em sua casa para futura distribuição. Destarte, ambas as condutas encontram subsunção no fato típico acima descrito.

A presença simultânea da tipicidade formal e da tipicidade material (os recorrentes provocaram lesões ao bem jurídico penalmente tutelado pela norma jurídica) enseja o reconhecimento da prática do crime de tráfico ilícito de drogas, razão porque a sentença não merece modificação no particular.

Nesse horizonte, os pleitos de absolvição merecem rejeição.

#### **b) Da alegação de simples participação do recorrente Leonardo Gonçalo de Sousa no crime de tráfico ilícito de drogas:**

O apelante Leonardo Gonçalo suscita, na qualidade de tese subsidiária, que sua conduta deve ser enquadrada como simples participação – e não autoria –, razão porque possui direito à causa de diminuição de pena prevista no artigo 29, § 1º, do CP.

O Código Penal adotou a teoria objetiva ou dualista para fins de individualização da autoria criminosa, diferenciando-a da mera participação. **Com esse propósito de distinção, deve-se adotar o critério objetivo-formal, que revela que autor do crime é quem realiza o núcleo (verbo) do tipo penal, ou seja, quem pratica a conduta criminosa descrita pelo preceito primário da norma incriminadora.**

Esse critério é usualmente adotado pela jurisprudência dos tribunais pátrios. Destarte, considerando que o tipo penal positivado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 consagra múltiplas ações, a prática de quaisquer um delas torna o agente autor – e não simples partícipe – do crime de tráfico. Nesse sentido, jurisprudência do STJ:

“Hipótese em que a condenação do recorrente decorreu de conduta tipificada como crime de tráfico, estando o entendimento adotado em conformidade com aquele esposado por esta Corte Superior, segundo o qual o **delito de tráfico constitui crime de ação múltipla, consumando-se com a prática de qualquer dos verbos núcleo. O simples fato de o agente "trazer consigo" a substância proibida já configura o delito em comento**, não havendo bis in idem pela incidência da causa especial de aumento decorrente da transnacionalidade do delito.” (grifo nosso)

(AgRg no AREsp 615.337/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015)



**“O delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006 se consuma com a prática de algum dos núcleos nele previstos, motivo pelo qual a simples conduta de trazer consigo substância entorpecente já é suficiente para a caracterização do ilícito, que independe da efetiva entrega das drogas ao destinatário. Precedentes.”**

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/11/2015)

Observando que o recorrente praticou um dos núcleos do tipo penal, consistente em transportar drogas, conclui-se pela existência de autoria criminosa e não de simples participação, razão porque a pretensão recursal deve ser rechaçada.

### **c) Ofensa ao Princípio da Individualização da Pena:**

O apelante Leonardo Gonçalo afirma que a sentença ofendeu o Princípio da Individualização da Pena, pois o juízo “a quo” reproduziu os mesmos fundamentos utilizados na fixação da pena do acusado Edeilson Pinto de Figueiredo.

Trata-se de tese recursal que não foi suscitada pelo apelante Edeilson, mas que a ele será extensível, afinal a dosimetria de ambas as penas-bases foi realizada conjuntamente. Ademais, tratando-se de matéria de ordem pública, revela-se passível de conhecimento “ex officio”.

A tese de nulidade do julgado por ofensa ao Princípio da Individualização da Pena não prospera, pois, quando o juiz entender que existe identidade das circunstâncias judiciais entre os corréus, possibilita-se que a dosimetria da pena seja realizada conjuntamente, sem que haja nulidade nesse procedimento. Nesse sentido, citam-se precedentes do STF e do STJ:

**“EMENTA: HABEAS CORPUS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA EXAME DE FATOS E PROVAS.**

1. Os vícios resultantes da individualização da pena acarretam apenas a nulidade parcial da sentença, não afetando o juízo condenatório.

2. O habeas corpus não é a via processual adequada ao exame dos fatos e provas que influíram na fixação da pena.

**3. Inexistência, no caso, de vício formal na sentença, eis que o Juiz analisou as circunstâncias legais e particulares para a fixação da pena de cada co-réu.**

**4. O fato de o cálculo da pena, na primeira fase, ter sido realizado de forma conjunta para os réus, deu-se em razão das circunstâncias judiciais, que motivaram o aumento da pena, serem idênticas em relação a eles. Ordem denegada.”** (grifo nosso)

(HC 93234, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/03/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-06 PP-01323)

**“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

**2. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que é possível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desde que**

**comunicáveis aos acusados, sendo desnecessária a repetição de fundamentos idênticos para fins de elevação da pena-base. Precedentes.**

3. Habeas corpus não conhecido.” (grifo nosso)

(HC 330.554/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

Ora, se a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP pode ser realizada conjuntamente para os corréus, a repetição da mesma fundamentação não gera nulidade. Ademais, destaque-se que, no caso concreto, inexistiram atenuantes e agravantes passíveis de aplicação, passando o juízo “a quo” para a 3ª fase da dosimetria – ocasião em que reconheceu a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas para ambos os réus.

Inexistindo nulidade na dosimetria da pena, a pretensão recursal merece rejeição.

**d) Erro de julgamento decorrente da consideração desfavorável das circunstâncias judiciais (antecedentes criminais e consequências do delito):**

Trata-se de tese suscitada apenas pelo recorrente Leonardo Gonçalo, mas que será extensível ao recorrente Edeilson Pinto, pois – além da análise das circunstâncias judiciais ter sido realizada conjuntamente –, trata-se de matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio*.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado *a quo* considerou desfavoráveis apenas os antecedentes e as consequências do crime. Tanto assim é verdade que fixou a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão para ambos os apelantes (de acordo com o preceito secundário do tipo penal, a pena mínima é de 05 anos; a pena máxima é de 15 anos).

Quanto aos antecedentes de ambos os apelantes, o juiz consignou que “são maculados, eis que sua folha demonstra participação em vários delitos”.

Trata-se de análise equivocada do magistrado, pois a folha de antecedentes de Leonardo Gonçalo e de Edeilson Pinto – colacionadas às fls. 210 e 213, respectivamente – demonstram o registro de 02 (dois) únicos processos criminais: o deste e o do processo tombado sob nº 0000356-80.2014.815.0981, já arquivado e apensado ao presente feito, referente à prisão em flagrante dos recorrentes.

Torna-se evidente, pois, que ambos os réus não possuem antecedentes criminais, razão porque a dosimetria da pena merece retificação no particular.

Quanto às consequências do delito, o juízo *a quo* consignou, em desfavor dos dois apelantes, que “foram de relevo, eis que tencionava espalhar substâncias entorpecentes para outras pessoas, espalhando o vício de tóxicos na região e, por consequências, outros delitos que sempre o acompanham”.

Trata-se de fundamentação genérica, sendo evidente que referida consequência é ínsita ao crime de tráfico de entorpecentes, não podendo majorar a pena-base, senão vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão:

**“Em relação [...] às consequências do crime [...], verifica-se que o magistrado singular não logrou apresentar elementos concretos que justificassem sua consideração negativa, tendo se vinculado apenas a elementos inerentes ao próprio tipo penal, o que é inadmissível. Precedente.”**

(HC 335.672/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016)

**“Não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudesimento da reprimenda em razão das circunstâncias judiciais referentes [...] às consequências do crime, haja vista que o Magistrado de primeiro grau teceu apenas considerações vagas e genéricas, baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada.”**

(HC 320.871/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

O que ratifica que as circunstâncias do crime não foram analisadas corretamente é que toda a droga transportada pelo 1º recorrente e guardada pelo 2º apelante foi apreendida pela polícia antes mesmo de sua distribuição na região.

Considerando que as duas únicas circunstâncias judiciais consideradas negativas pelo juízo “a quo” foram analisadas de forma equivocada, a pena-base de ambos os réus deve ser reduzida para o mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

**e) Pedido de majoração da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.346/06:**

Trata-se de tese suscitada apenas pelo recorrente Leonardo Gonçalo, mas que será extensível ao recorrente Edeilson Pinto, pois – além das circunstâncias judiciais serem semelhantes para ambos os réus –, trata-se de matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio*.

Afirma-se que a causa de diminuição de pena – prevista para o crime de tráfico de entorpecentes – foi fixada no mínimo legal, sem fundamento que o respalde, quando, na verdade, subsistente direito à redução no percentual máximo de 2/3 (dois terços).

Vejamos o que dispõe o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.346/2006:

“Art. 33 (omissis)

[...]

§ 4º: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, **as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.**” (grifo nosso)

No caso concreto, o juízo de piso – ao considerar que os apelantes são primários, possuidores de bons antecedentes e não integrantes de organização criminosa – reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena para ambos, mas em seu patamar mínimo: 1/6 (um sexto).

Isto posto, revela-se importante frisar o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas:

“O juiz, na fixação das penas, **considerará, com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto**, a personalidade e a conduta social do agente”.

Portanto, ao aplicar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, o magistrado deve analisar, com preponderância, a natureza e a quantidade de drogas, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, a qualidade e quantidade das drogas apreendidas (740,0 gramas de maconha e 246,0 gramas de cocaína), conforme laudo de constatação às fls. 46, demonstram que os recorrentes estavam traficando mais de 1,0 Kg (um quilo) de entorpecentes, fato que deve ser sopesado nesse momento processual e que, por sua gravidade, autoriza a fixação do percentual de redução de pena em seu mínimo legal.

Corroborando esse entendimento, cita-se julgado da pena do STJ:

**“TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.**

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 artigo 33 da nova Lei de Drogas, **devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.**

**2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/6 (um sexto), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.**

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o **entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará, o que revela a inexistência de ilegalidade na sua ponderação somente na análise da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, como na espécie.**

RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE E CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 557 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente na área penal, autoriza ao relator negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que o apelo nobre foi decidido com base na jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa.

2. Agravo regimental a que se nega provimento” (grifo nosso)

(AgRg no REsp 1386946/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)

Registro que a qualidade e quantidade das drogas objeto de tráfico já haviam sido objeto de análise pela sentença condenatória, precisamente às fls. 216, e não foram sopesadas na 1ª fase da dosimetria, razão porque serviram de legítimo fundamento para a 3ª fase da dosimetria, precisamente para fins de fixação da causa de redução de pena em seu patamar mínimo, sem que haja qualquer ilegalidade no particular. Destarte, a sentença condenatória não merece qualquer reparo.

Registro que, tratando-se da apreensão de mais de 1 kg de droga, o STJ corrobora a legalidade da fixação da causa de diminuição de pena em seu percentual mínimo:

**“O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade da droga apreendida - 1.012,6g de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.** O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.” (grifo nosso)  
(HC 340.481/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

Desse modo, a presente pretensão jurídica merece desprovimento, posto que a pena-base de ambos os recorrentes deve ser reduzida mesmo em apenas 1/6 (um sexto), na forma como imposta pela sentença condenatória, para, desse modo, restar definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

**f) Pedido de aplicação da detração para fins de fixação de regime prisional mais benéfico:**

Trata-se de tese suscitada apenas pelo recorrente Leonardo Gonçalo, mas que será extensível ao recorrente Edeilson Pinto, uma vez que, conforme já pontuado, a dosimetria da pena revela-se matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício pelo juiz.

Acerca da aplicação do instituto da detração, cumpre observar o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº 12.736/2012:

**“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:**

[...]

**§ 2º. O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”** (grifo nosso)

Registro que o Superior Tribunal de Justiça entende que a detração não se confunde com o instituto da progressão de regime. Dessa forma, pode e deve ser aplicado pelo juízo sentenciante para fins de verificar a possibilidade de aplicação de um regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ANÁLISE DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DA DETRAÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE.**

1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal se refere ao **regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, devendo o juiz sentenciante verificar a possibilidade de se fixar um regime mais brando de acordo com a detração no caso concreto.** Sendo assim, não há falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos, até porque tal exame implicaria invasão da competência do Juízo de Execuções, prevista no art. 66, III, b, da Lei n. 7.210/1984.

2. Agravo regimental improvido.” (grifo nosso)  
(AgRg no REsp 1540451/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 05/11/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. [...] **REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO.**

[...]

4. O § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. **Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto.** Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.

[...]” (grifo nosso)

(HC 321.808/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

Como o processo ainda se encontra na fase de conhecimento – de certificação do direito – revela-se possível a aplicação do referido instituto, sem que se cogite em invasão de competência do juízo das execuções penais.

De acordo com os autos, os apelantes foram presos em flagrante no dia 05/02/2014. Estas prisões foram convertidas em prisões provisórias no dia 19/02/2014 (consoante decisão proferida às fls. 77/78 do processo judicial nº 0000356-80.2014.815.0981), não havendo notícias de que os recorrentes tenham sido colocado em liberdade, razão porque já se encontram presos há mais de 02 (dois) anos e 01 (um) mês.

Considerando o exposto, conclui-se que, da pena de 04 (quatro) e 02 (dois) meses de reclusão ora imputadas aos recorrentes, deve-se detrazer, ao menos, o cumprimento de 02 (dois) anos e 01 (um) mês a título de prisão cautelar imposta a cada um, razão porque, aos apelantes, atualmente, exige-se apenas o cumprimento de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de prisão.

Ao se reconhecer o direito à detração, deve-se declarar que cada um dos recorrentes resta cumprir 02 (dois) anos e 01 (um) mês de pena privativa de liberdade – referente à prática do crime de tráfico ilícito de drogas sob julgamento.

**g) Impugnação quanto à fixação do regime inicial fechado para fins de cumprimento da pena restritiva de liberdade:**

Ambos os apelantes postulam expressamente pela fixação do regime prisional mais benéfico, posto que o juízo *a quo* impôs o regime inicial fechado.

Tendo ocorrido a redução da pena privativa de liberdade a ser cumprida pelos recorrentes, mediante reanálise das circunstâncias judiciais e através da

aplicação do instituto da detração, é possível rever o regime inicial de cumprimento de pena à luz do artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal:

“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

[...]

**c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.**

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.” (grifo nosso)

No presente caso, observo que os apelantes não são reincidentes, detêm circunstâncias judiciais favoráveis e possuem menos de 04 (quatro) de pena privativa de liberdade para cumprir, fatos que autorizariam, em tese, a aplicabilidade do regime inicial aberto a favor destes.

Entretanto, é possível a imposição de regime inicial mais gravoso (semi-aberto) à luz do quantitativo de droga (maconha e cocaína) objeto de tráfico, consoante firmado por julgado análogo proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 338.626-SP, de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

“Dito isso, **denota-se que, apesar de a reprimenda final imposta não ser superior a 04 (quatro) anos, bem como concorrerem outras condições favoráveis ao réu, a quantidade expressiva de droga destacada pelo Sodalício local - 1.045 kg (um quilograma e quarenta e cinco gramas) de pasta base de cocaína e 0,393 (trezentos e noventa e três gramas) de crack (fl. 50)-, confere substrato fático-jurídico apto a alicerçar a sujeição do apenado a regime mais gravoso (semiaberto), a despeito de tal circunstância não ter sido empregada na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal;** ao tempo em que indica que a substituição da pena privativa por restritivas de direitos não é medida suficiente à repressão e à prevenção da conduta praticada, devendo, pois, ser mantido nesses pontos o julgado de origem.” (grifo nosso)

Corroborando a possibilidade de fixação do regime inicial em semi-aberto, cita-se mais um julgado da lavra do STJ:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...] **REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO, NA SENTENÇA, COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.  
- Na espécie, embora a paciente seja primária e tenha sido fixada a pena em 4 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, o regime semiaberto é o que mais se amolda ao caso, seguindo os termos do disposto no art. 33, § 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.  
- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto” (grifo nosso)  
(HC 328.772/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015)

Assim sendo, impõe-se a fixação do regime inicial semi-aberto para ambos os recorrentes.

#### **h) Pedido de substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direito:**

Trata-se, novamente, de tese suscitada apenas pelo recorrente Leonardo Gonçalves, mas igualmente extensível ao recorrente Edeilson Pinto por se tratar de matéria de ordem pública.

Considerando que a pena restante a ser cumprida pelos recorrentes é de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, máxime por já ter ocorrido o trânsito em julgado para o Ministério Público, bem como sopesando o fato de que os apelantes não são reincidentes e que as suas circunstâncias judiciais são favoráveis, revelar-se-ia possível substituir as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do CP.

Entretanto, sopesando, mais uma vez, o quantitativo superior a 1 Kg (um quilo) de droga apreendida (maconha e cocaína), impõe-se denegar a concessão do citado benefício na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A expressiva quantidade de droga apreendida é circunstância idônea a justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que a pena imposta seja inferior a 4 anos de reclusão (precedentes). Ressaltou-se, ainda, que o paciente integraria organização criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o reexame de provas.” (grifo nosso)  
(HC 338.626/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016)

No mesmo sentido:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA FUNDAMENTADOS NA NATUREZA E NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (2.050g DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

**1. A natureza e a quantidade de droga apreendida podem justificar a fixação de regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de**



**drogas, ainda que a pena imposta seja inferior a 4 anos de reclusão. Precedentes.**

[...]” (grifo nosso)

(AgRg no AREsp 473.708/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015)

**“INDEFERIMENTO LIMINAR DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DIVERSIDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL AMPARADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.**

1. Incabível é o ajuizamento do habeas corpus em substituição ao recurso pertinente.

2. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior igual ou inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto.

**Dependendo da variedade, da natureza (potencial lesivo à saúde) e/ou da quantidade das drogas com ele apreendidas, poderá ser imposto regime mais gravoso** (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015) **e, ainda, obstada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014) - HC n. 326.584/SP, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SP), Quinta Turma, DJe 30/9/2015.**

3. Agravo regimental improvido.” (grifo nosso)

(AgRg no HC 338.241/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

Pelo exposto, a pretensão substitutiva formulada à luz do artigo 44 do CP deve ser denegada.

#### **i) Pedido de concessão de liberdade provisória:**

Trata-se de pedido formulado pelo apelante Leonardo Gonçalo, mas que resta prejudicado em face da imposição do regime prisional inicial semi-aberto a seu favor, em substituição ao regime fechado, consoante fundamentado nesse acórdão.

#### **g) Do pedido de devolução dos 32 (trinta e dois galos) apreendidos pela polícia e remetidos para o IBAMA por força de decisão judicial:**

Trata-se de pedido formulado pelo recorrente Edeilson Pinto, que também foi denunciado pela prática de maus crimes aos animais, e que deve ser acatado por esta instância recursal, haja vista subsistir violação ao seu direito de propriedade.

Com efeito, o juízo “a quo” reconheceu que o recorrente não praticou crime de maus tratos contra os animais para absolve-lo, mas ainda assim decidiu manter a apreensão destes, ao fundamento de que é necessário evitar que as aves sejam expostas, futuramente, à rinha ou agressões. Restou consignado na sentença penal condenatória:

“A questão que se coloca neste delito deve ser analisada sob o ponto de vista meramente técnico.

**É que não consta dos autos qualquer elemento que indique que o acusado Edeilson praticava quaisquer das ações descritas nos tipos objetivos do delito acima descrito.**

Com efeito, a única observação que se faz é que o acusado mantinha uma criação com 32 espécies de galináceos próprios para rinhas.

**Todavia, não se trouxe as autos elementos que indicassem que as aves estariam sofrendo maus-tratos, estivessem feridas ou mesmo mutiladas.**

[...]

**Assim, não vejo culpa no acusado pela prática de tais delitos, máxime quando os autos não trazem qualquer perícia demonstrativa de que as aves estejam sofrendo maus tratos, ferimentos ou mutilações.**

[...]

**Contudo, entendo que o fato do acusado comercializar as aves, cientes de que se destina às “competições” e “combates” enseja a prática futura do delito por números incertos de potenciais delinquentes.**

Assim, hei por bem manter a apreensão dos animais, dando-lhe destinação específica, por ocasião do dispositivo desta sentença.” (grifo nosso)

Devemos lembrar que o Direito Penal resta norteado pelos princípios da fragmentariedade e da ofensividade, razão porque se qualifica como a *ultima ratio* na defesa de bens jurídicos mais importantes. Nesse horizonte, revela-se impossível fazer incidir a tutela penal em desfavor do patrimônio do recorrente, quando a própria sentença concluiu pela inexistência de crime. Ademais, a sentença penal não pode restringir direitos ao fundamento de evitar a prática de condutas futuras e, sobretudo, incertas.

A perda dos galináceos seria o efeito acessório da condenação penal eventualmente existente no particular. Entretanto, inexistindo condenação por maus tratos das aves, a sentença penal não pode imputar a perda desses animais em desfavor do patrimônio do recorrente, o qual pode exercer o seu direito de sequela para ter de volta os bens que efetivamente lhe pertencem, máxime por não se tratar de bens ilícitos.

Direito de propriedade que deve ser resguardado à luz do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Ante o fundamento, a pretensão recursal merece acolhida.

## **- DA ANÁLISE DA APELAÇÃO INTERPOSTA POR EDGILSON PINTO DE FIGUEIREDO**

### **a) Do pedido de desclassificação do crime de porte ilegal de arma de fogo para o crime de posse ilegal de arma de fogo:**

O recorrente afirma que praticou o crime de posse ilegal e não de porte ilegal de arma de fogo, uma vez que a arma foi apreendida dentro de casa.

Cumpramos destacar que, embora seja fato incontroverso que a arma tenha sido apreendida dentro da casa do irmão do apelante, este a portava no momento da apreensão, consoante confessado em seu depoimento pessoal (fls. 773):

“Que é verdadeira a acusação que lhe foi feita; **que adquiriu a arma para sua defesa pessoal uma vez que em razão de comercializar e criar animais precisava transitar de madrugada;** que a arma não era registrada e nem possuía o interrogado, autorização para mantê-la (...) **que esclarece que foi pegar um documento na casa de uma terceira pessoa e depois é que foi para casa do irmão**

e quando lá chegou não havia chegado ainda LEONARDO ou a polícia (...) **que ao ver os policiais chegando jogou a arma que portava na cintura**; que a arma estava municada, não sabendo com quantas balas [...]” (grifo nosso)

Conforme se observa do citado depoimento:

- a. O recorrente adquiriu uma arma de fogo para andar armado pelas ruas, ao fundamento de que necessitava se proteger, mesmo sem possuir autorização para tanto;
- b. A arma foi apreendida na casa do irmão do apelante e não em sua própria casa, logo após o recorrente chegar da casa de terceira pessoa;
- c. Que, por ocasião da chegada dos policiais, a arma encontrava-se em sua cintura.

Todos esses fatos provam que o recorrente estava, de fato, portando arma de fogo de forma ilegal, razão porque o juiz de primeiro grau decidiu corretamente, ao expor como fundamento da sentença condenatória:

**“Pelo que se desnudou dos autos, o acusado se dirigiu a casa de seu irmão portando a arma que foi encontrada jogada na parte externa da residência. Por ocasião do interrogatório do denunciado é fácil verificar que o réu estava armado e, ao chegar na casa de seu irmão, para onde tinha ido pegar documentos de uma moto e depois de ter percebido a presença dos policiais, jogou a pistola que trazia consigo em um local, tentando se livrar do flagrante.** Ao constatar que a arma foi encontrada, assumiu a propriedade. Ocorre que o delito de porte ilegal de arma de fogo é delito de mera conduta. Ou seja, ainda que o artefato bélico não tenha sido encontrada em seu poder, **reconheceu ele que transitava portanto a arma apreendida**” (grifo nosso).

Assim sendo, resta evidente que a conduta do apelante subsume-se ao tipo legal descrito no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003):

“Art. 14. **Portar**, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, **transportar**, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, **de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar**:  
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Assim sendo, a pretensão recursal merece rejeição.

Por todo o exposto, **CONCEDO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE LEONARDO GONÇALO DE SOUSA E DE EDEILSON PINTO DE FIGUEIREDO** para reduzir, em benefício de cada um, a pena privativa de liberdade para **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão** (devendo-se observar a detração correspondente ao tempo cumprido a título de prisão cautelar pelos recorrentes), a ser cumprida em **regime inicial semi-aberto**, bem como **reduzir o pagamento da multa para 416 dias-multa**, mantendo o valor unitário fixado pelo juízo *a quo*, porém denegando a pretensão de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito. Determino, ademais, a devolução dos galináceos apreendidos e remetidos ao IBAMA por fora de decisão

do juízo de 1º grau. Ato contínuo, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE EDGILSON PINTO DE FIGUEIREDO.**

**Quanto ao apelante EDGILSON PINTO DE FIGUEIREDO, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça (STF, HC 126.292), e não havendo recurso especial ou extraordinário, encaminhem-se os autos ao juízo de origem para execução definitiva. Caso haja, expeça-se guia de execução provisória, antes do encaminhamento do processo à Presidência do Tribunal de Justiça. Comunique-se em relação aos demais.**

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Exmo. Des. Joás de Brito Pereira Filho, decano no exercício da Presidência e revisor, dele participando ainda os Desembargadores **Carlos Antônio Sarmiento (Juiz de Direito convocado para substituir o Exmo. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos), relator**, e Marcos William de Oliveira (Juiz de Direito convocado para substituir o Exmo. Des. João Benedito da Silva).

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor José Marcos Navarro Serrano, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 13 de dezembro de 2016”.

***Juiz convocado Carlos Antônio Sarmiento  
Relator***