



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete do Des. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO

A C Ó R D ã O

APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0000905-56.2013.815.0551 – Comarca de Remígio

RELATOR : O Exmo. Des. Arnóbio Alves Teodósio
APELANTES : Roberto Alburquerque Silva e Marcos Inácio da Silva
DEFENSORA : Ana Paula Miranda dos Santos Diniz
APELADA : A Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico ilícito de drogas. Art. 33 da Lei Antidrogas. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Absolvção. Impossibilidade. Materialidade e autoria consubstanciadas. Desclassificação da traficância para o delito de uso (art. 28 da Lei nº. 11.343/06). Impossibilidade. Destinação mercantil demonstrada. Depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante em perfeita consonância com o acervo probatório. Livre convencimento motivado. Condenação pelo tráfico mantida. Aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas no grau máximo. Viabilidade. Natureza e quantidade de droga apreendida. Fixação de regime de pena no inicialmente semi-aberto. Modificação do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. **Provimento parcial do apelo.**

– Não merece guarida o pedido de absolvição fundado em insuficiência de provas de participação dos réus no delito, se demasiadamente

comprovadas a materialidade e a autoria do crime a eles imputado na denúncia, notadamente através do Auto de Prisão em Flagrante, do auto de apresentação e apreensão, laudo preliminar de constatação de drogas, laudo de exame de substância entorpecente, bem como pelos depoimentos testemunhais.

- Impossível desclassificar-se a conduta delitiva do réu e enquadrá-la ao crime de uso, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, haja vista a materialidade e a autoria estarem amplamente evidenciadas no caderno processual, sobretudo pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, com total respaldo no conjunto probatório.

- A segura prova testemunhal, aliada ao exame detido dos demais elementos colhidos durante a instrução criminal, são suficientes para a condenação, em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado.

- *In casu*, as peculiaridades do caso concreto, sobretudo, a natureza e a quantidade da droga apreendida, recomendam a redução fração para 2/3 referente a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

- Tendo os acusados sido condenados a pena inferior à 04 (quatro) anos de reclusão e inexistindo qualquer dado concreto que justifique a imposição de regime mais severo, cabível se mostra a inserção dos apelantes em regime aberto, nos termos do art.33, §2º, 'c', do CP.

- Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é direito subjetivo dos recorrentes que suas penas corporais sejam substituídas por restritivas de direitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

Acorda a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, **conhecer e DAR PROVIMENTO PARCIAL aos recursos, para redimensionar as penas**

e substituí-las por duas restritivas de direitos para os réus Roberto Albuquerque Silva e Marcos Inácio da Silva, em desarmonia com o parecer ministerial.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Roberto Albuquerque Silva, conhecido por "Betinho" e Marcos Inácio da Silva, vulgo "Marcos Facão", contra a sentença de fls. 136/151, que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o primeiro acusado pela prática do crime de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo e o segundo pela sanção prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, absolvendo-os da conduta prevista no art. 35 da Lei de Entorpecentes. Denegou, ao primeiro recorrente, o direito de apelar em liberdade e concedeu ao segundo.

Denúncia recebida em 06 de agosto de 2013 (fl. 73).

Encerrada a instrução criminal, a magistrada proferiu sentença (fls. 136/151), condenando os réus Roberto Albuquerque Silva e Marcos Inácio da Silva, respectivamente, às penas de 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão, além de 427 (quatrocentos e vinte e sete) dias-multa, e 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa. O valor pecuniário foi na razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O regime inicial imposto ao primeiro acusado foi o semiaberto, quanto ao segundo a magistrada *a quo* omitiu a este respeito.

Inconformada, tempestivamente, apelou a defesa à fl. 153. Em suas razões recursais, expostas às fls. 154/158, pugna pela absolvição dos acusados pelo delito de tráfico de drogas, alternativamente pela desclassificação para o de uso.

O Ministério Público *primevo*, às fls. 160/163, apresentou contrarrazões ao recurso rogando pelo desprovimento do apelo.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer subscrito pelo ilustre Procurador de Justiça Paulo Barbosa de Almeida, opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 175/179).

É o relatório.

VOTO: Exmo. Des. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO
(Relator)

Prima facie, cumpre ressaltar que os requisitos essenciais de admissibilidade do recurso encontram-se devidamente

preenchidos, motivo pelo qual o conheço e passo ao exame do mérito.

As razões suscitadas na presente apelação não merecem acolhida.

Os réus apelaram pugnando, primeiramente, pela absolvição, alegando ausência de provas a ensejar suas condenações pelo delito de tráfico de drogas. O recorrente Roberto Albuquerque Silva nada pleiteou quanto a condenação por porte ilegal de arma de fogo.

Pois bem. Segundo consta na peça póstica, no dia 28 de agosto de 2012, a polícia militar se deslocou até a residência dos denunciados, que moram na mesma casa, em decorrência de várias denúncias anônimas que receberam previamente dando conta de que os acusados estariam vendendo drogas.

Ainda segundo a exordial, foi encontrado em poder de Roberto Albuquerque uma arma de calibre 32 com cinco munições, e, na residência, dinheiro, uma sacola contendo vários saquinhos para embalagem de drogas, uma pedra de crack, quatro munições intactas e diversos outros objetos.

Acrescenta, ainda, que no momento da abordagem o réu Marcos Inácio da Silva evadiu-se do local, sendo capturado logo em seguida. Consta que enquanto os policiais estavam na casa dos acusados apareceu um usuário de drogas para adquirir substâncias, tendo a investigação deduzido que os réus desempenhavam atividade mercantil de drogas ilícitas.

A despeito da inconformação dos apelantes, há nos autos provas cabais e suficientes a evidenciar a materialidade e a autoria delitivas do tráfico de entorpecentes.

A materialidade está comprovada através do auto de prisão em flagrante de fls. 07/10, do termo de apreensão e apresentação de fl. 15, dos laudos de constatação de fl. 27 e de exame químico-toxicológico de fl. 37 – positivos para cocaína, e da prova oral colhida.

Igualmente evidenciada a autoria, de forma indubitável, posto que harmoniosamente consubstanciada pelo conjunto probatório, em especial pelas provas testemunhais.

Em juízo, o réu Roberto Albuquerque Silva, disse(mídia eletrônica fl. 126):

"...que não é verdadeira a acusação, primeiro porque é de João Pessoa, depois porque o Marcos Inácio mais conhecido por "Facão" fazia pouco tempo que tinha conhecido ele; que estava com uma namorada e

"Facção" morava em um sítio sozinho; que pediu a ele para passar um tempo em sua casa e ele permitiu; que quando foi para lá com a namorada os policiais chegaram e efetuaram a prisão; (...) que é usuário de drogas; que a droga era sua, que era uma pedra de crack que valia R\$ 10,00 que foi o acusado que comprou (...) que o dinheiro era uma indenização do pai dele que morreu de acidente; que o valor aproximado era de R\$ 400,00(...); que faz muito tempo que é usuário de drogas"

Perante a autoridade judicial o acusado Marcos Inácio da Silva, vulgo "Facção", negou as acusações e relatou que a pedra encontrada pertence a Roberto Albuquerque Silva que é usuário de drogas.

O policial militar Jaelson Barbosa Rodrigues relatou perante a autoridade judicial (mídia eletrônica fl. 126):

"Que após denúncia que estava havendo comercialização de drogas nesta residência; (...) se dirigiram até o local e lá encontraram este rapaz, uma pedra de crack e vários saquinhos; que tudo levava a crê que ele estava comercializando drogas, dinheiro e uma arma de fogo, revólver calibre 32 e algumas munições não sabendo precisar quantas (...) que a casa era considerada uma "boca de fumo"; (...) no momento da prisão só foi encontrado uma pedra de crack, porque eles são muito inteligentes para isto; eles vendem de pouquinho para não caracterizar o tráfico e sim que são usuários; (...) o "porquinho" chegou logo em seguida (...) o porquinho não é conhecido por ser usuário de drogas é conhecido na linguagem popular de " dá fita de furto", ou seja, de passar as informações aos traficantes (...)que o dinheiro era trocado..."

Márcio Leandro Alves de Carvalho, policial militar, disse em juízo (mídia eletrônica fl. 126):

(...) que receberam várias denúncias, inclusive da vizinhança deles (...) que quando adentraram na casa encontraram Roberto, mais conhecido como "galego"; que ele se encontrava com uma namorada; que dentro da casa conseguiram localizar um papelote enrolado em uma pedra de crack, um revolver escondido pelo que se recorda na lixeira do banheiro; que efetuaram a prisão do galego o outro conseguiu escapar; que empreenderam diligências e duas a três horas depois conseguiram localizá-lo e prenderam; que quando estavam ainda estavam lá no local da ocorrência, chegou um cidadão conhecido com "porquinho" para comprar drogas no local (...) foi apreendido uma arma,

dinheiro trocados e saquinhos (...) a pedra encontrada pelo que o depoente recorda acredita que dava para ser quebrada em duas (...) o que caracterizava o tráfico era os sacos utilizados para comerciar, a quantidade de objetos diferenciados (...), a quantia em dinheiro e os relatos da população que era lugar bastante frequentado, para ser uma área rural..." Destaquei.

A respeito do depoimento de policiais, os Tribunais pátrios, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, entendem pela sua validade, principalmente quando colhidos em juízo, com observância ao contraditório, bem como, quando em consonância com as demais provas colhidas na instrução criminal:

"A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" **(STF, RT 68/64 e 168/199).**

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA.

1. A alegação de insuficiência de provas para a condenação, a pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto probatório, providência incompatível com os estreitos limites do habeas corpus.

2. De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.

3.(...)

5. Ordem denegada." **(HC 98.766/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009). Grifei.**

Assim, os atos praticados por agentes públicos têm presunção *juris tantum*, a qual somente pode ser afastada por prova em contrário a cargo de quem suscita o defeito do ato, e não há nos autos qualquer prova produzida nesse sentido.

Portanto, devidamente comprovada as autorias, resta inviável o acolhimento da tese respeitante à insuficiência probatória para condenação quando se vislumbra que os depoimentos dos policiais que atuaram no caso revelam informações seguras a respeito do envolvimento

dos dois denunciados no comércio ilícito de entorpecentes.

Em seu apelo, os réus pugnam ainda pela desclassificação do crime de tráfico, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06, para o delito de uso previsto no art. 28 da citada Lei dos Tóxicos.

Entretanto, o pedido não encontra respaldo nas provas colhidas nos autos, eis que contraria o acervo probatório, notadamente os depoimentos dos milicianos responsáveis pela prisão do incriminado, além de o crime de tráfico estar cabalmente materializado no caderno processual.

Com efeito, depois de acurada análise do álbum processual, inclusive da leitura atenta de ambas as oportunidades em que os apelantes exerceram seu direito à autodefesa, conclui-se de plano que não há como prover o pleito defensivo, consistente na desclassificação para o delito de uso (art. 28 da Lei 11.343/2006).

Verifica-se que a abordagem dos acusados, e, por conseguinte, a apreensão da droga, não foi mera obra do acaso, posto que os policiais detinham informações no sentido de que eles, estariam traficando drogas através de denúncias anônimas, como de fato restou constatado.

Nota-se em seus depoimentos que os agentes policiais são uníssonos em relatar a abordagem, bem como a apreensão do entorpecente na residência dos recorrentes. Não bastasse, relataram harmoniosamente o conteúdo das denúncias recebidas, o *modus operandi* da operação e a situação de flagrância.

À propósito:

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. INADMISSIBILIDADE. **Estando devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas, não há que se falar em desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.** 2 - CORRUPÇÃO DE MENORES. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Impõe-se desprover o pleito absolutório quando as provas carreadas aos autos são certas e seguras a ensejar a condenação do acusado pelos crimes de receptação e de corrupção de menores. REDUÇÃO DA PENA PELA SEMI-IMPUTABILIDADE. INVIABILIDADE. Não restando evidenciado que o réu, ao tempo da conduta delitativa era semi-imputável, inviável o pedido de diminuição de pena. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO; ACr 78971-53.2011.8.09.0174; Senador Canedo; Rel. Des. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos;*

DJGO 06/11/2012; Pág. 335)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ACERVO PROBATÓRIO COESO. PROVA ORAL. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. PROVA IDÔNEA. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO APLICAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO. Mantém-se a condenação, quando o acervo probatório constituído de provas pericial e oral, é coeso e demonstra indene de dúvidas a prática dos crimes descritos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e no art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003. Depoimentos prestados por policiais são merecedores de fé, na medida em que provêm de agentes públicos no exercício de suas atribuições, especialmente quando estão em consonância com as demais provas. **Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, para "determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente". Se o conjunto probatório não deixa dúvida de que o fato praticado pelo réu constitui situação de tráfico de drogas e não de consumo pessoal, não há que se falar em desclassificação.** Constatado que o réu é reincidente e possuidor de Maus antecedentes, não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Indefere-se o pedido para recorrer em liberdade, se o acusado permaneceu preso durante todo o processo, e ainda persistem os motivos autorizadores da custódia cautelar, sobretudo o risco à ordem pública e à aplicação da Lei Penal. **Apelação não provida. (TJDF; Rec 2011.01.1.201529-3; Ac. 630.223; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Souza e Ávila; DJDFTE 05/11/2012; Pág. 277)**

Esta Câmara não discrepa dos entendimentos retro

transcritos:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Preliminar de nulidade absoluta. Alegação de falta de fundamentação na decisão que recebeu a denúncia. Inexigibilidade de fundamentação complexa. Rejeição. Materialidade e autoria consubstanciadas. Condenação. Ausência de provas. Conjunto probatório que evidencia a mercancia. **Depoimentos dos policiais. Validade.**

Desclassificação para uso. Impossibilidade. (...) Restando comprovadas autoria e materialidade do delito, impossível acolher a pretendida absolvição por ausência de provas, pois os elementos probantes amealhados durante a instrução processual, em especial os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos agentes, são mais do que bastante para ensejar a condenação. Outrossim, diante da logicidade proporcionada pelo acervo probatório colacionado durante a instrução criminal, não há como recepcionar a pretensão absolutória pela simplista alegação de que a droga pertencia apenas ao primeiro denunciado, até porque, ao contrário do que aduz a defesa, o conjunto probatório coligido é, indubitavelmente, suficiente para justificar a condenação pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. **Os depoimentos dos policiais inquiridos em juízo servem como forte elemento de convicção do julgador, porque relataram os fatos ocorridos com fidelidade, coerência e firmeza, e se contra eles não há qualquer indício de má-fé, têm valor probante, podendo embasar a condenação. Não há como desclassificar a conduta delitativa do réu de tráfico de drogas para uso, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, haja vista a materialidade e a autoria do delito do art. 33 da mesma Lei Tráfico de Entorpecentes estarem amplamente evidenciadas no caderno processual.** Ao Juiz sentenciante compete examinar a possibilidade de aplicação ou não do disposto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. A sua omissão não pode ser corrigida por este Tribunal, sob pena de ocorrer supressão de instância, ao considerar o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, daí o retorno dos autos ao Juízo de origem". (TJPB; ACr 001.2010.004095-3/002; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. Arnóbio Alves Teodósio; DJPB 22/10/2012; Pág. 9).

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO A CRIMES QUE ENVOLVEM TÓXICOS. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL DESCARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. **Ocorrendo denúncia da mercancia ilícita de entorpecentes e, em seguida, perpetrada a prisão em flagrante delito na posse da droga pronta para comercialização, mostra-se comprovado que a substância entorpecente se destinava ao tráfico**

e, não, ao consumo próprio. (...)". (TJPB; ACr 200.2008.027145-1/001; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. Carlos Martins Beltrão Filho; DJPB 10/10/2012; Pág. 12).

Grifos nossos.

Ademais, a prova da traficância não se faz apenas de maneira direta, mas também por indícios e presunções que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção. A prova indiciária, por sua vez, também chamada de circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como vem afirmado na própria Exposição de Motivos do código, sendo perfeitamente apta a fundamentar a condenação.

Irrelevante também não terem os réus sido apanhados no exato momento de fornecimento mercantil da droga a terceiro, mesmo porque a jurisprudência predominante é no sentido de que para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é, necessariamente, exigível a prática de atos de comércio, mesmo porque o delito, por sua própria natureza é cometido na clandestinidade, bastando os veementes indícios existentes nos autos para ser inadmissível a postulada absolvição.

Nesse sentido:

"A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para ensejar a desclassificação do delito, ainda mais quando há outros elementos aptos à configuração do crime de tráfico (Precedentes do STF e do STJ)". (STJ, RHC 19.092/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 314).

"APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI DE TÓXICOS. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, LEI Nº 10.826/03. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. A) ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Suficiente o compêndio probatório formado pela prova oral incriminadora, de rigor é a manutenção da sentença condenatória, pois a ausência de flagrante de atos de mercancia não é capaz de eximir a responsabilidade penal do agente, já que para a consumação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, basta o cometimento de ao menos um dos verbos do tipo penal. Igualmente, o uso de drogas não impede o concomitante desempenho do tráfico de drogas. B) dosimetria da pena. Pleito de

redimensionamento. No caso, tem-se que a existência de circunstâncias negativas justifica o afastamento do mínimo legal, o que deve ser mantido. Assim, suficiente a dosimetria da pena privativa de liberdade, efetuada pela doura togada da origem, a qual atende ao binômio prevenção/repressão, princípio norteador da aplicação da pena, nada há a reparar. Por outro lado, a natureza, a diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidos mostram-se expressivas, além do que, o alto poder de drogadição e de nocividade da substância conhecida como crack, vem sinalizar o grau de envolvimento do agente com o abominável comércio ilícito de entorpecentes que tanto fragiliza a nossa sociedade, não sendo, pois, aplicável, na espécie, a minorante prevista no §4º, do art. 33, da Lei de drogas. Apelo defensivo desprovido". **(TJRS; ACr 611676-37.2010.8.21.7000; Gravataí; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Rosane Ramos de Oliveira Michels; Julg. 30/08/2012; DJERS 05/10/2012).**

*"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE DEMONSTRADAS. DENÚNCIA ANÔNIMA POSTERIORMENTE CONFIRMADA. SEGURO DEPOIMENTO POLICIAL. VALIDADE. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES MANTIDAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MANUTENÇÃO DO QUANTUM USADO NA ORIGEM. HEDIONDEZ AFASTADA COM O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. VOTO VENCIDO DO REVISOR. I. **Sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado.** II. Em tema de comércio clandestino de substâncias entorpecentes, os depoimentos de policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos acusados têm plena validade e não podem ser desprezados por mero preconceito, sobretudo quando em harmonia com os demais elementos dos autos. (...)"* **(TJMG; APCR 1.0701.11.031533-3/001; Rel. Des. Eduardo Brum; Julg. 19/09/2012; DJEMG**

25/09/2012). Destaques nossos.

Portanto, para a configuração do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes não é, necessariamente, exigível a prática de atos de comércio, bastando que o agente adquira, traga consigo, transporte ou mantenha a droga em depósito, em quantidade considerável, indício que, por si só, evidencia o propósito mercantil, como ocorreu no presente caso.

O conjunto de provas e indícios desfavoráveis aos acusados, recolhidos ao longo da instrução e não desconstituídos pela defesa, corroborando a apreensão da droga, a fragilidade de suas explicações e as tentativas incomprovadas de emplacar a versão de que eram apenas usuários, permite à sentenciante, observados o princípio do livre convencimento e a necessidade de fundamentação lógica para a decisão, que se lance o decreto condenatório.

Como se sabe, vigora no nosso Direito o sistema da "livre convicção", ou da "verdade real" ou do "livre convencimento", segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não estando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos, sendo livre na sua escolha, aceitação e valoração, como vem expresso no art. 157 do Código de Processo Penal.

Outrossim, mesmo que os réus sejam usuários de drogas em nada modifica o cenário do delito de tráfico de entorpecentes cometido, mormente porque ambos os tipos não se mostrariam incompatíveis. Logo, só a alegação da condição de usuários por parte dos réus não desqualifica o fato de que estaria traficando substâncias entorpecentes.

Mantenho, portanto, a condenação dos acusados pelo crime de tráfico descrito no art. 33 da Lei nº11.343/06.

Constato, porém, que a dosimetria da pena para o delito de **tráfico de entorpecentes merece um pequeno reparo.**

De início, destaco que foi realizada a mesma reprimenda para os dois acusados, **Roberto Albuquerque Silva e Marcos Inácio da Silva.**

No caso *sub judice*, para o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 a juíza sentenciante fixou a a pena-base em 05 (cinco) anos e 06(seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Assim, dada a existência de relevantes critérios para a exasperação da pena-base e por entender que pena-base não é sinônimo de pena mínima, bem como não é direito subjetivo do réu ter sua pena-

base sempre aplicada no mínimo legal, abalizado em firme e coerente corrente doutrinária e jurisprudencial, entendendo correta as penas-base fixadas em primeira instância, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis analisadas para os apelantes.

Na segunda fase, reduziu em 06 (seis) meses e 50 (cinquenta) dias-multa, ante a menoridade relativa dos acusados, totalizando, 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa.

Posteriormente, minorou em 1/6 devido a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, perfazendo, ao final, um *quantum* de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, na razão de 1/30 do salário mínimo.

Porém, constata-se que a redução em 1/6 (um sexto) referente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 há de ser alterada, isto porque não entendo ajustada ao caso concreto em razão das circunstâncias previstas no art. 59 do CP e da quantidade apreendida (0,1 grama) de cocaína.

Conforme cediço, serve como critério para a diminuição da pena em virtude da minorante especial, a análise – favorável ou não – das circunstâncias judiciais, notadamente daquelas denominadas preponderantes, isto é, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

A propósito, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. Cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade das substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."
(NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3.ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 331.)

No caso vertente, a natureza da droga apreendida na casa dos apelantes, cocaína em forma sólida, mais conhecida como "crack", está elencada dentre aquelas que provocam maiores gravames aos usuários – por outro lado, a quantidade de droga encontrada (0,1g) pode ser considerada ínfima, além dos recorrentes serem primários, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre

organização criminosa.

Assim, tendo em vista a quantidade da droga e as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, reduzo a fração para 2/3 (dois terço) em virtude da minorante especial, totalizando **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa para ambos acusados.**

Desta forma as penas dos apelantes ficaram:

1. Roberto Albuquerque Silva

O réu restou condenado a 02 (dois) anos de reclusão pelo delito de posse de arma de fogo (art. 12 da Lei 10.826/03) que somado ao delito de tráfico - 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, totalizou em **03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão.**

É caso, também, de modificação do regime do inicialmente fechado para o **aberto**, por ser o recomendado pelo total da pena imposta e pelas próprias circunstâncias do crime reconhecidas na sentença.

2. Marcos Inácio da Silva

O *quantum* final para o recorrente totalizou em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa para o delito de tráfico de entorpecentes, com** as alterações alhures mencionadas. Desta forma, altero o regime inicial da pena para o aberto, levando-se em conta o que prescreve o artigo 33, "c", do Código Penal.

Substituição por restritivas de direitos

Da mesma forma, os apelantes preenchem os requisitos do art. 44 do CP, uma vez que são primários, o crime não envolve violência contra pessoa e a pena não é superior a 4 anos, além de as circunstâncias do crime indicarem a medida, fazendo jus que a substituição seja realizada.

Nesse sentido a jurisprudência:

"Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art.

44 do CP. 6. Superação da Súmula 691. Ordem deferida. (STF, HC 111694, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ 20-03-2012).

Assim, presentes os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal, **substituo a pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana**, a serem cumpridas conforme orientação do Juízo da Execução.

Com essas considerações, conheço e DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos, para redimensionar as penas e substituí-las por duas restritivas de direitos para os réus Roberto Albuquerque Silva e Marcos Inácio da Silva, em desarmonia com o parecer ministerial.

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Desembargador João Benedito da Silva, Presidente da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Arnóbio Alves Teodósio, relator, e Joás de Brito Pereira Filho. Ausentes os Desembargadores Luiz Sílvio Ramalho Júnior e Carlos Martins Beltrão Filho.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Doutor Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões "Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho" da Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 29 de janeiro de 2015.

**Des. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO
RELATOR**