



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO DE CRACK. CONDENAÇÃO. RECURSOS DOS RÉUS.

1. INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIME DE PERIGO ABSTRATO. A proteção do bem jurídico, em crimes de perigo presumido, decorre de uma situação, real ou potencial, que coloca em risco alguém ou um conjunto indeterminado de pessoas, revelando-se como meio de prevenção geral. Preliminar afastada.
2. NULIDADE DO LAUDO PREAMBULAR. Os laudos provisórios constituem peças de natureza informativa, servindo apenas para atestar a materialidade do delito para fins de lavratura do flagrante e oferecimento da denúncia, não possuindo o condão de contaminar a ação penal.
3. PALAVRA DOS POLICIAIS. Os depoimentos dos policiais civis responsáveis pela investigação e pelo flagrante não apresentam distorções de conteúdo, confirmando, de forma uníssona, os dizeres inquisitoriais. Ausência de prova de que os policiais objetivassem prejudicar, modo espúrio, os acusados.
4. DESCLASSIFICAÇÃO. Irrelevante o fato de se tratar o acusado de usuário de droga, circunstância que não inviabiliza a condenação deste pelo delito de tráfico de drogas, pois nada impede que o agente usuário se dedique ao comércio ilícito justamente para sustentar o vício.
5. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. Demonstrada a associação entre os réus M.A.S. e J.C.S.A., visando à prática de atos de tráfico de drogas no imóvel onde houve a apreensão de elevada volumetria de droga, encontra-se evidenciada a *societas sceleris*.
6. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. NUMERAÇÃO RASPADA. (I) O porte ilegal de arma de fogo é delito de mera conduta, sendo, portanto, totalmente dispensável a efetiva intenção do acusado em causar lesão ao bem jurídico, de modo que o só fato do agente portar arma de fogo com identificação removida autoriza o enquadramento no art. 16, §único, IV, da Lei nº 10.826/2003. (II) É pacífica a jurisprudência das Cortes Superiores no sentido de ser inaplicável o



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

princípio da insignificância ao porte ilegal de arma de fogo, por se tratar de crime de perito abstrato.

7. TRÁFICO PRIVILEGIADO. O tráfico de entorpecentes ocorreu de forma associada, delito reconhecido, evidenciando que os apelantes se dedicavam a uma organização criminosa, fato impeditivo da aplicação da causa especial de redução da pena.
8. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. (I) Exame conjunto do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da legislação especial que autoriza a fixação da pena em patamar superior ao mínimo legal, proporcional à natureza da droga apreendida. Pena-base redimensionada.
9. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. A consideração da agravante da reincidência no cálculo penal constitui matéria obrigatória, conforme art. 61, I, do CP, não sendo possível o seu afastamento, matéria esta já sedimentada pelos Tribunais Superiores, que já firmaram a constitucionalidade da valoração do instituto.
10. SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITO. Em decorrência das penas corporais aplicadas, em quantum superior a 04 (quatro) anos de reclusão, não se mostra possível a concessão dos benefícios previstos nos artigos 44 e 77, do CP.
11. PENA DE MULTA E CUSTAS PROCESSUAIS. Não está a autoridade judiciária autorizada a modular a incidência da pena de multa conforme a condição econômica do condenado, pois esta decorre do reconhecimento da violação à norma incriminatória, configurando pena acessória, que deve guardar proporção com a pena corporal.
12. REGIME CARCERÁRIO. As penas cominadas aos acusados, superiores a oito anos de reclusão, determina, por força legal, o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção privativa de liberdade.

APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

APELAÇÃO CRIME

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-
37.2013.8.21.7000)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL -
REGIME DE EXCEÇÃO
COMARCA DE PORTO ALEGRE



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

FABIO DA COSTA NUNES	APELANTE
MARCO ANTONIO DA SILVA	APELANTE
JEAN CARLOS DA SILVA ALMEIDA	APELANTE
MINISTERIO PUBLICO	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à **unanimidade, em dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LUIZ MELLO GUIMARÃES (PRESIDENTE E REVISOR) E DES.^a ROSAURA MARQUES BORBA.**

Porto Alegre, 20 de outubro de 2016.

DR. SANDRO LUZ PORTAL,
Relator.

RELATÓRIO

DR. SANDRO LUZ PORTAL (RELATOR)

Na Comarca de Porto Alegre, o Ministério Público ofereceu denúncia contra **Fabio da Costa Nunes**, maior de 21 anos de idade ao tempo do fato; **Jean Carlos da Silva Almeida**, de alcunha “Índio”, menor de



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

21 anos de idade ao tempo do fato; e contra **Marco Antônio da Silva**, de alcunha “Bebeto”, maior de 21 anos de idade ao tempo do fato; dando-os como incurso:

a) o réu **Fabio**, nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em combinação com o artigo 61, inciso I, do Código Penal;

b) o réu **Jean Carlos** nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal; e

c) o réu **Marco Antônio** nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, em combinação com o artigo 61, inciso I, do Código Penal, na forma do artigo 69, *caput*, de mesmo Diploma Legal, porque, conforme a denúncia:

1º FATO:

No dia 29 de julho de 2011, por volta das 16h50min, em via pública, na Rua Souza Lobo, próximo ao número 1060, bairro Vila Jardim, nesta Capital, o denunciado FÁBIO DA COSTA NUNES trazia consigo, para entregar a consumo ou fornecer a terceiros, ainda que gratuitamente, 50 (cinquenta) pedrinhas de cocaína, processada na forma de crack, pesando, aproximadamente, 18g (dezoito gramas) embaladas separadamente, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, conforme laudo de constatação da natureza de substâncias das fls. 34/39 do APF, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2º FATO:

Logo após o fato acima narrado, em via pública, no Beco da Ernesto Pellanda, em frente a um barraco, bairro Vila Jardim, nesta Capital, o denunciado JEAN CARLOS DA SILVA ALMEIDA, em conjunção de esforços e comunhão de vontades com o denunciado MARCO ANTÔNIO DA SILVA, portou uma espingarda, marca Boito, calibre 12mm, municada com 05 (cinco) cartuchos de igual calibre, com numeração raspada, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3º FATO:

Nas mesmas circunstâncias de tempo, no interior do barraco, localizado no Beco Ernesto Pellanda, os denunciados JEAN CARLOS DA SILVA ALMEIDA e MARCO ANTÔNIO DA SILVA, em conjunção de esforços e comunhão de vontades, tinham em depósito para entregar a consumo ou fornecer a terceiros, ainda que



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

gratuitamente, 100 (cem) pedras de cocaína, processada na forma de crack, pesando, aproximadamente, 29g (vinte e nove gramas), embaladas separadamente, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, conforme laudo de constatação da natureza de substâncias das fls. 34/39 do APF, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

4º FATO:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local dos fatos 02 e 03 os denunciados JEAN CARLOS DA SILVA ALMEIDA e MARCO ANTÔNIO DA SILVA associaram-se para o fim de praticarem o crime de tráfico de drogas.

Na ocasião, o denunciado FÁBIO DA COSTA NUNES que se encontrava na Rua Souza Lobo, próximo ao número 1060 e foi abordado por policiais militares que efetuavam patrulhamento de rotina. Na revista pessoal foi encontrado no bolso da jaqueta do denunciado um pote plástico contendo os narcóticos já mencionados, quais sejam, 50 (cinquenta) pedrinhas de cocaína, processada na forma de crack, pesando aproximadamente 18g (dezoito gramas), embaladas individualmente em papel alumínio, além da quantia de R\$ 71,00 (setenta e um reais) em notas trocadas e um aparelho celular, conforme Auto de Apreensão da fl. 29.

Questionado sobre a possibilidade de haver mais pessoas realizando o comércio de entorpecentes nas proximidades, o denunciado FÁBIO DA COSTA NUNES apontou ao milicianos o Beco Ernesto Pellanda.

Diante da informação os policiais militares se deslocaram para o local e avistaram o denunciado JEAN CARLOS DA SILVA ALMEIDA, em via pública, em frente a um barraco, fazendo a vigilância do local, portando a arma de fogo descrita no 2º fato da denúncia. JEAN foi abordado e revistado, sendo desarmado pelos policiais militares e detido, conforme Auto de Apreensão da fl. 30.

Na sequência, os policiais militares visualizaram, no interior do barraco, o denunciado MARCO ANTÔNIO DA SILVA embalando pedrinhas de crack, as quais estavam sendo divididas em duas porções de 50 (cinquenta) pedrinhas, totalizando 29g (vinte e nove gramas). Em revista pessoal, ainda, foi encontrado com o denunciado a quantia de R\$ 58,00 (cinquenta e oito reais) em notas trocadas, conforme Auto de Apreensão da fl. 31.

Ato contínuo, os denunciados receberam voz de prisão e foram conduzidos à 3ª DPPA.

Os denunciados MARCO ANTÔNIO DA SILVA e FÁBIO DA COSTA NUNES são reincidentes, conforme certidão de antecedentes judiciais das fls. 74/81.

Os réus foram presos em flagrante delito, não sendo homologado o respectivo auto de prisão. Todavia, na sequência, foi convertida a segregação cautelar dos flagrados em prisão preventiva, em 30/07/2011 (fls. 73/74).



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Notificados (fl. 117), os réus apresentaram defesas preliminares (fls. 122/141 e 160/166).

Posteriormente, foi concedido aos réus o benefício da liberdade provisória, em 11/10/2011 (fls. 185/186).

A denúncia foi recebida em 21/11/2011 (fl. 199).

Durante a instrução do feito, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa, interrogando-se os réus ao final (fls. 233/237 e 245/267). Encerrada a instrução processual, o debate oral foi substituído por alegações finais escritas, tendo as partes apresentado os respectivos memoriais.

Sobreveio, em 25/04/2013, sentença de procedência da pretensão acusatória, para o fim de:

- a) condenar o réu **Fábio da Costa Nunes** nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária mínima;
- b) condenar o réu **Jean Carlos da Silva Almeida** nas sanções dos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, à pena privativa de liberdade de 11 (onze) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias e reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.210 (um mil duzentos e dez) dias-multa, à razão unitária mínima; e
- c) condenar o réu **Marco Antônio da Silva** nas sanções dos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, à pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias e reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.210 (um mil duzentos e dez) dias-multa, à razão unitária mínima.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Os réus interpuseram Recursos de Apelação.

Em seu arrazoado, a defesa pública dos réus Fábio e Marco Antônio suscita, em sede prefacial, a nulidade do laudo preliminar de constatação da natureza da droga; e a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. No mérito, postula a absolvição dos réus do delito de tráfico de drogas, sob o argumento de insuficiência de provas a alicerçar o decreto condenatório; ou, alternativamente, a desclassificação da conduta imputada para o tipo penal de posse de drogas para consumo próprio. Quanto ao crime de posse ilegal de arma de fogo, requer a absolvição dos réus, ou, também, a desclassificação para o delito previsto no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o redimensionamento da pena e o afastamento da agravante da reincidência, com a consequente fixação de regime mais brando ao cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Por fim, pugna pela isenção da pena de multa e concessão da assistência judiciária gratuita (fls. 376/402).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça, operando-se a sua distribuição ao Des. Jaime Piterman, em 29/07/2013 (fl. 408).

Intimada para o oferecimento das razões recursais, a defesa técnica do réu Jean Carlos postula a absolvição deste dos delitos imputados, sustentando a insuficiência de elementos a ensejar a condenação. Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, requer a absolvição do réu, sob o argumento de ausência de perigo abstrato ao bem jurídico tutelado, ou, ainda, a incidência do princípio da insignificância pela conduta praticada. Alternativamente, pugna o reconhecimento da causa minorante do tráfico de drogas à fração máxima prevista em lei (fls. 411/436).



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 441/451).

Em parecer, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 453/466).

A defesa do réu Jean Carlos apresentou novas razões recursais, em 26/08/2014 (fls. 468/494).

Em 06/07/2015, por força do Ato 04/2015, vieram os autos conclusos a este Relator, em Regime de Exceção.

É o relatório.

VOTOS

DR. SANDRO LUZ PORTAL (RELATOR)

Trata-se de apreciar Recurso de Apelação interposto pelos réus **Fábio, Marco Antônio e Jean Carlos**, contra a decisão proferida pelo juízo da Comarca de Porto Alegre, que condenou o apelante Fábio como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006; e os réus Marco Antônio e Jean Carlos nas sanções dos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006 e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003.

Primeiramente, deixo de conhecer as novas razões recursais oferecidas pelo procurador constituído do réu Jean Carlos, juntadas às fls. 468/494, porquanto intempestivas. De efeito, a sentença foi publicada em 25/04/2013, e intimado o réu do seu teor em 02/05/2013 (fl. 407), tendo a defesa técnica de Jean Carlos apresentado as referidas razões tão somente em 26/08/2014, isto é, mais de um ano após a prolação da sentença condenatória.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Passo, portanto, a apreciar as demais razões recursais, adiantando, desde logo, que encaminho voto pelo improvimento dos apelos.

I – DAS PREFACIAIS

I.I – Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato

Preliminarmente, não assiste razão a defesa no que pertine à alegação de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, o que, aliás, representa entendimento sedimentando jurisprudencialmente pela Corte Suprema, à exemplo da ADI 3.112/DF, ocasião em que se firmou a constitucionalidade dos crimes previstos na Lei 10.826/2003.

Com efeito, na espécie em alusão, a proteção do bem jurídico decorre do perigo real ou potencial que representa o comércio de substâncias ilícitas, bastando o risco à saúde pública para configurar ofensa ao bem jurídico tutelado. Prescindível, por isso, a comprovação da lesividade, que é presumida.

No mesmo sentido são, também, as recentes decisões deste Egrégio Tribunal de Justiça, do que é exemplo:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. PRELIMINARES. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. REJEIÇÃO. PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS REDIMENSIONADAS. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, mostrando-se prescindível a demonstração de perigo concreto. Precedentes. **Na esteira do entendimento dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, não são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, a exemplo daqueles previstos na Lei 10.826/03, que teve sua constitucionalidade assentada na ADI 3.112/DF.** 2. Não houve dúvida que a arma de fogo apreendida estava sendo portada pelo acusado, levando-se em conta o relato fidedigno apresentado pelo policial que participou da prisão. Não há por que duvidar da versão apresentada por ele, que, em todas as oportunidades em que foi ouvido, narrou com verossimilhança a ocorrência dos fatos, não deixando dúvida a respeito da prática do crime. Condenação mantida. [...] PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70069447779, Quarta Câmara Criminal,



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em
28/07/2016) (grifos apostos).

Rejeito, assim, a prefacial ventilada.

I.II – Nulidade do Laudo Preambular

De mesma forma, não assiste razão a defesa dos réus Fábio e Marco Antônio no tocante à prefacial de nulidade do laudo preliminar de constatação da natureza e quantidade da droga, porquanto firmado unicamente por uma pessoa, sem informações quanto à qualificação ou profissão.

Com efeito, a norma do artigo 50, §1º, da Lei nº 11.343/06, ao descrever os procedimentos investigativos, estabelece que “*Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.*”

Logo, ausente o mínimo indício de inidoneidade do subscritor, nomeado durante a lavratura da ação flagrancial, não se verifica a pretendida irregularidade no laudo provisório.

De qualquer modo, convém lembrar que tal laudo provisório constitui peça de natureza informativa, servindo apenas para atestar a materialidade do delito para fins de lavratura do flagrante e de oferecimento da denúncia, não possuindo o condão, portanto, de contaminar a ação penal.

A alegação, ademais, está superada, pois se trata de exame provisório que foi sucedido pelo definitivo, que, de resto, o confirmou. No caso, aportou aos autos os Laudos Periciais Definitivos (fls. 172 e 174), lavrado pelo Instituto-Geral de Perícias, firmado por peritos químico-forenses, restando incontroversa a capacidade toxicológica da substância



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

apreendida. Ainda que se houvesse de reconhecer o vício, portanto, ele não poderia contaminar o processo nem a prisão, não se fazendo presente qualquer razoabilidade na arguição.

Semelhante entendimento vem encontrando eco na jurisprudência:

HABEAS CORPUS. TRAFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO LAUDO PROVISÓRIO DE CONSTATAÇÃO DA NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS. AUSÊNCIA DE ÔBICE À CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. Paciente preso em flagrante pela prática, em tese, dos delitos [...]. 2. **Não há falar em nulidade do laudo de constatação da natureza da substância, pois na falta de perito oficial, o laudo pode ser firmado por pessoa idônea, a teor do art. 50, § 1º da Lei 11.343/06. Além disso, o referido laudo é de natureza preliminar, servindo apenas para atestar a materialidade do delito para fins da lavratura do flagrante e eventual denúncia. Portanto, eventual irregularidade poderá ser sanada pelo laudo toxicológico definido.** 3. Decisão fundamentada na garantia da ordem pública. Elementos que evidenciam periculum libertatis. Materialidade e indícios de autoria demonstrados. 4. A existência de condições pessoais favoráveis não se constitui em óbice para a decretação da prisão preventiva. 5. O excesso de prazo só é considerado abusivo quando injustificado. Inocorrência. 6. Os prazos, no processo penal, devem ser considerados de forma globalizada e comportam, diante das peculiaridades de cada caso, flexibilização razoável. 7. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70064594369, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 27/05/2015). (grifos apostos).

Assim, rejeito a prefacial por ausente interesse e devido à convalidação operada pelo laudo definitivo posteriormente juntado.

Passo, pois, à análise meritorial dos recursos.

II – DO MÉRITO

A materialidade do crime de tráfico de drogas imputado aos réus se encontra demonstrada nos documentos encartados, uma vez que a substância apreendida, identificada como *crack* (autos de apreensão das fls.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

36 e 38), foram devidamente encaminhadas à perícia, concluindo os Laudos Periciais Toxicológicos definitivos (fls. 172 e 174), respectivamente, que: “*No material analisado foi constatada a presença do alcaloide cocaína*”, classificada como substância entorpecente de uso proscrito no Brasil (item nº 08 da Lista F2 da Portaria nº 344/98, da ANVISA).

A autoria, igualmente, é certa.

Não obstante, interrogados em juízo, os réus negaram as condutas delitivas.

O réu Fábio afirmou que estava caminhando pela rua pública, após sair do serviço, ocasião em que foi abordado e capturado pelos policiais militares, os quais levaram-no a uma garagem próximo, onde o réu foi novamente agredido. Negou a apreensão da droga em seu poder, mas asseverou que os policiais questionaram-no de quem era a substância ilícita e passaram a circular com o depoente pelos pontos de venda, coagindo-lhe a delatar os padrões. Salientou que foi falsamente incriminado em razão de seus irmãos estarem envolvidos com o tráfico de drogas, e que os policiais se “encarnaram” nele para que desse informações sobre o tráfico.

De mesma sorte, o acusado Jean sustentou que estava chegando do serviço juntamente com seu primo quando foi abordado pelos policiais, sendo levado para dentro da casa da sua tia, onde foi agredido e torturado. Logo após, os policiais levaram o corréu Marco Antônio para o local, com quem haviam apreendido drogas; e, após, apareceu a espingarda. Negou portar a arma de fogo.

Por sua vez, o denunciado Marco Antônio afirmou que estava em sua casa em companhia de sua mãe e companheira, ocasião em que os policiais adentraram no local e o capturaram. Afirmou que estava em poder de 70 pedras de *crack*, as quais se destinavam ao seu consumo próprio, visto que é dependente químico, dizendo que costumava fumar 70 a 100



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

pedras da droga em uma noite. Respondeu que havia usuários de droga em torno de sua casa, porém não soube explicar o motivo.

De início, vislumbram-se flagrantes contradições entre os depoimentos dos acusados. A um, os réus Jean e Fábio, embora tenham asseverado que retornavam do serviço quando foram abordados, não apresentaram, em momento algum, documento probatório da atividade lícita exercida. Ainda, Marco Antônio sequer arrolou sua mãe e esposa como testemunhas, as quais refere que estavam em sua companhia no momento do fato.

Na mesma toada, em sentido inverso ao depoimento do réu Jean, Marco Antônio não fez qualquer menção ao fato de ter sido levado pelos policiais à casa da tia de Jean, ou mesmo que fora agredido. Tampouco é crível a tese de perseguição policial contra os três acusados, por razões tão distintas, não sendo lógico que os policiais fossem abordar, aleatoriamente, qualquer transeunte em via pública e imputar-lhe a propriedade de drogas.

E, muito embora Marco Antônio tenha admitido a propriedade de parte da droga, não há como proceder a versão do réu de que costuma consumir uma média de 70 pedras de *crack* por noite, situação que acarretaria um nível de dependência tal no acusado que seria impossível a este permanecer em sua casa com mãe e esposa e sequer demonstrá-la em juízo, podendo, inclusive, levá-lo a óbito.

Não bastassem os contrastes narrados, o restante do contexto probatório colhido aponta, sem sombra de dúvidas, para a prática criminosa dos apelantes.

Nesse sentido, o policial militar Ezequiel da Silva Brito declarou que, anteriormente ao fato, foi feita a prisão da companheira do réu Marco Antônio, de alcunha “Alemão”, ocasião em que foi apreendido em poder



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

desta uma pedra de *crack*, suspeitando-se que o responsável por fornecer a droga no local era o réu Marco Antônio, e que quem efetuava a segurança do local era o acusado “Índio”. Após, a guarnição recebeu a denúncia de que os referidos investigados haviam formado o ponto de tráfico em um barranco. Diante disso, realizada a incursão a pé no local, na entrada do beco, a guarnição deparou-se com o réu Jean, o qual portava uma espingarda de calibre 12, provavelmente efetuando a segurança do ponto de tráfico. Ato contínuo, o acusado foi abordado, algemado e apreendida a arma de fogo, e, em seguida, a guarnição adentrou no barranco onde se encontravam Marco Antônio e Fábio, sendo encontrado em poder destes porções de crack, já embaladas e prontas para a venda. Questionado se a forma como o réu Jean portava a arma de fogo indicava tráfico de drogas, afirmou o depoente que transparecia que o acusado estava exercendo a segurança da “boca”, principalmente por se tratar de local de intenso tráfico de drogas. Salientou que a abordagem ocorreu em razão do recebimento de denúncia, não se tratando de mero patrulhamento de rotina.

Nos mesmos termos, o policial militar Maurício Kruger Bittencourt (fls. 245/248) narrou que a guarnição estava em patrulhamento na Vila Souza Lobo, local conhecido como ponto de tráfico de drogas, oportunidade que avistou o réu Fábio parado em uma esquina, em atitude suspeita. Realizada a abordagem, foi apreendido em seu poder um tubinho contendo 50 pedras de *crack*, prontas para a venda, bem como valores em dinheiro; e, questionado sobre onde era o ponto de tráfico, o réu apontou para um barranco. Verificada a situação, a guarnição logo se deparou com o acusado Jean, que empunhava uma espingarda de calibre 12 em frente ao barranco, provavelmente sendo ele responsável por exercer a segurança da “boca”. Em seguida, dentro da residência foi encontrado o réu Marco Antônio, que estava separando e preparando a droga para a venda, sendo



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

apreendido em seu poder as substâncias ilícitas. Respondeu que não conhecia os réus previamente.

E, em que pese tenha o policial Maurício afirmado que foi Fábio o primeiro réu a ser preso, na entrada do beco, ao passo que respondeu Ezequiel que a guarnição primeiramente encontrou Jean, tratam-se de pequenas divergências, limitadas tão somente aos atos sequenciais da abordagem, não sendo suficiente a retirar a validade da palavra policial.

É de salientar, nesse aspecto, que entre a data do fato e a oitiva dos policiais transcorreu mais de um ano, sendo plenamente crível que os milicianos não se recordassem integralmente das circunstâncias secundárias que permearam a ação policial.

Além do mais, indubitável que o réu Jean portava a arma de fogo, exercendo a segurança da boca de fumo; que o acusado Fábio tinha em seu poder certa quantia de pedras de crack; e que o réu Marco Antônio estava no interior da residência, embalando as drogas destinadas à venda, circunstâncias estas relatadas de forma unânime pelas testemunhas acusatórias.

Feitas as presentes ressalvas, com efeito, a negativa de autoria sustentada pelos réus não merece prosperar diante da segurança emanada do conjunto probatório, que demonstra, estreme de dúvidas, a prática da traficância pelos acusados.

Neste ponto, discorre a defesa quanto à valoração atribuída à palavra dos agentes de segurança, sinalando a divergência observada entre o depoimento dos funcionários públicos responsáveis pela prisão e pela apreensão e a versão da defesa, de que o réu não estava envolvido na prática do delito de tráfico de drogas.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Dito conflito não é novo e não raro deriva de um pressuposto equivocados, que divide, a um lado, os que entendem esse elemento como suficiente e, de outro, os que trilham senda contrária.

Os depoimentos aludidos, todavia, não podem ser interpretados apenas a partir de uma premissa jurídica abstrata, devendo derivar, pelo contrário, da análise do conjunto da prova. Não fosse assim, a dúvida sobre a abrangência desse elemento acusatório se daria apenas e por conta da só e isolada condição de policial, criando uma suspeição *ipso jure*, data vêniam insustentável.

Tenho que as declarações dos policiais responsáveis pelo flagrante, pelo contrário, representam um elemento probatório lícito, que devem receber o valor que possam merecer dentro do contexto da prova do processo e a partir do cotejo decorrente do livre convencimento e da persuasão racional conferida ao Juiz, só sendo lícito sobrestar seu valor se existirem elementos concretos da vinculação dos agentes com uma tese acusatória espúria.

Não é o que se observa, uma vez que a narrativa dos agentes públicos, em linhas gerais, não apresenta distorção de conteúdo, tendo sido reproduzida em juízo de forma uníssona e inequívoca, confirmando os dizeres inquisitoriais, ainda inexistindo evidência que aponte para uma deliberada e espúria intenção incriminatória contra o acusado. Divergências periféricas, sobre detalhes secundários, como as apontadas no discurso defensivo, não autorizam a quebra desse paradigma.

Além do mais, transparece inaceitável que o Estado fosse executar o serviço de persecução por meio de seus servidores e, durante este, retire a credibilidade de suas palavras. A jurisprudência tem sido firme nesse sentido, do que é exemplo:



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

TRÁFICO DE DROGAS. PROVA. DECLARAÇÕES POLICIAIS. PROPÓSITO DE COMÉRCIO OU FORNECIMENTO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL. **Observado o sistema do livre convencimento, o testemunho de agente policial constitui elemento apto à valoração pelo juiz, afigurando-se inaceitável que, valendo-se o Estado de servidores públicos para prevenção, repressão e investigação das atividades delituosas, seja negada credibilidade a tais agentes, na oportunidade em que vêm a juízo informar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades.** A infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não é caracterizada pela venda ou entrega, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como a de simplesmente ter em depósito a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia ou fornecimento, desimportando tenha o agente efetivado - ou não - o comércio ou fornecimento, mostrando-se suficiente, para tanto, que a prova produzida evidencie tal intento (...). APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70070308705, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 10/08/2016). (grifos apostos).

A realçar, ainda que se argumente que os policiais não presenciaram diretamente o ato da mercancia, para a confirmação de que a droga se destina ao tráfico dispensa-se a reprodução probatória da prática de atos de comercialização. E isso porque se trata de tipo múltiplo que, em sua maioria, envolve ação permanente, na qual a simples conduta prevista pelo legislador é capaz de configurar o tipo penal. Não se exige, ainda, que a droga esteja fracionada ou pronta para a venda, bastando, como já dito, que a substância se destine à traficância, o que se permite afirmar pelo contexto do fato.

E, muito embora as testemunhas defensivas tenham corroborado a inocência dos acusados, incabível conceder credibilidade aos seus depores. Veja-se que a testemunha Jessica, arrolada pela defesa, afirmou que, anteriormente à abordagem policial, avistou Fábio e Marco Antônio conversando em frente à casa, contradizendo, portanto, a versão de Fábio de que estava chegando do serviço e também a de Marco Antônio. Já Douglas Henrique Leite, primo de Jean, não soube esclarecer se a arma de



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

fogo estava ou não em poder do réu, inexistindo razoabilidade nas teses defensivas.

Sinalo, ademais, que houve a apreensão de considerável volumetria de drogas – 50 pedras de *crack*, pesando 18g, em poder de Fábio; e 100 pedras de *crack*, pesando 29g, em poder de Marco Antônio –, de tal sorte que a quantidade e a forma como o entorpecente estava disposta, isto é, fracionado e individualmente acondicionado em diversas porções, evidenciada que as drogas se destinavam à venda.

Na mesma toada, irrelevante o fato de se tratarem os acusados de consumidores de entorpecente, circunstância que não inviabiliza a condenação destes pelo delito de tráfico de drogas, até porque, como é sabido, nada impede que o agente usuário se transforme em pequeno traficante justamente para sustentar o vício. E esta circunstância, por corolário, não afasta a responsabilidade penal do usuário que recorre ao exercício da traficância.

Ademais, embora o réu Marco Antônio tenha admitido a propriedade de parte da droga apreendido, sequer houve a apreensão em seu poder de instrumentos ou artefatos destinados ao consumo de *crack*, o que seria necessário caso de fato o entorpecente se destinasse ao seu consumo, nos termos por ele aduzidos. Ao revés, o acusado foi flagrado enquanto embalava e preparava à venda as pedras de *crack*, não sendo crível que Marco Antônio fosse fazer o uso de tal volumetria de droga.

Não há dúvidas, portanto, da prática da narcotraficância pelos apelantes.

Por igual, no que diz respeito do delito associativo imputado aos apelantes, a sentença guerreada conferiu ao caso *sub examine* a melhor solução.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Destaca-se que, para que o delito de associação ao tráfico se perfectibilize, exige-se a demonstração de uma associação estável e permanente, cometida pelo menos por duas pessoas, as quais se reúnem, mediante ajuste prévio, para a consecução de um fim comum, no caso, a traficância¹.

Assim, para a caracterização do delito de associação é indispensável a comprovação do *animus associativo* prévio ou da estabilidade do grupo, caso contrário impõe-se a absolvição por insuficiência de provas.

Nesse aspecto, embora a legislação não exija a prática reiterada do delito, é imperiosa a existência de uma mínima organização entre os agentes, de tal modo que haja a demonstração do planejamento de ações, a partir de divisão de tarefas entre os associados, pretendendo, com isso, facilitar a prática dos atos da traficância, minimizando os riscos de eventual flagrante e, ao final, compartilhando os lucros obtidos com a empreitada criminosa.

No caso dos autos, evidenciou-se que, no momento do fato, o réu Jean empunhava uma arma de fogo em frente à residência, atuando na segurança da “boca de fumo”, enquanto que o corréu Marco Antônio foi localizado no interior da casa, embalando e preparando os entorpecentes à venda.

O vínculo associativo entre os réus, aliás, foi descrita pelo policial militar Ezequiel, que salientou que havia informações no sentido de que o ponto de tráfico de drogas era chefiada pelo corréu Marco Antônio, quem liderava o negócio ilícito que se desenvolvida na residência abordada,

¹ Roberto Delmanto, ao fazer alusão à doutrina de Hungria, expõe: “Como doutrina Hungria quanto ao delito de quadrilha ou bando, que tem o mesmo núcleo ‘associarem-se’, este exprime a idéia de estabilidade ou permanência ‘para a consecução de um fim comum’, sendo que a ‘nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial’”. (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. – 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 961/962.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

sendo este auxiliado por Jean, conhecido por “Índio”, responsável por garantir a segurança da empreitada criminosa, de modo que a divisão de tarefas revela a *societas sceleris*.

Segundo os mesmos fundamentos, a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo está suficientemente demonstrada pelo auto de apreensão da fl. 37 e pelos Laudos Periciais das fls. 175/176, em cujos termos atestou que a arma de fogo e munições apreendidas, quais sejam, uma espingarda de calibre 12 e cinco cartuchos de mesmo calibre estavam em condições normais de uso e funcionamento.

Quanto à autoria, igualmente, esta é certa e recai sobre os réus Jean e Marco Antônio, porquanto restou incontroverso, pelas palavras dos policiais, a apreensão da referida espingarda em poder de Jean, o qual se encontrava em frente à residência, efetuando a segurança do ponto de tráfico.

E, muito embora portada a arma apenas pelo réu Jean, certo é que o acusado estava a serviço da atividade de traficância desenvolvida em conluio com o codenunciado Marco, em prol do tráfico que ambos desenvolviam, o que evidencia a unidade de desígnios.

Não há impropriedade qualquer, portanto, na condenação de ambos os acusados pelo crime em destaque, uma vez que a infração contida no artigo 16 da Lei 10.826/03 não exige qualquer qualidade especial para o sujeito ativo.

Neste sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE USO COMPARTILHADO DA ARMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. Não há demandar, para a condenação do agente em concurso de pessoas pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, o manuseio compartilhado e concomitante com o outro agente. 2. A conduta do paciente, penalmente relevante e dirigida para o fim que se propunha



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

atingir, consubstancia-se no delito do art. 14 da Lei 10.826/03, de forma que não se vislumbra constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. NECESSIDADE DE REEVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. A pretensão de desconstituição do édito condenatório por meio de writ demanda o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível na via eleita, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente. 2. Ordem denegada. (STJ - HC: 141168 SP 2009/0131098-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/08/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2011)

É do próprio fracionamento das condutas desenvolvidas pelos acusados, além do mais, que se situa a viabilidade da condenação de Jean e de Marco Antônio pelo segundo fato descrito na peça vestibular, uma vez que o armamento apreendido em poder de Jean era portado em proveito de ambos os acusados, porquanto Marco Antônio valia-se da segurança proporcionada pelo correu para o desempenho das tarefas que lhe cabiam do exercício criminoso da traficância.

Em continuidade, é de se ressaltar que o porte ilegal de arma de fogo caracteriza-se como delito de mera conduta, sendo totalmente dispensável a efetiva intenção do acusado em causar lesão ao bem jurídico, pois, como sabido, tipos penais desta espécie se consomem com a simples conduta, isto é, com o simples ato de possuir o artefato.

Ainda, constitui crime de perigo abstrato, ou seja, é prescindível que a conduta do agente resulte na produção de um perigo real para o bem jurídico tutelado. De modo que o simples fato de possuir ou portar ilegalmente arma de fogo, munição ou acessório, seja qual for o objetivo, justificativa ou interesse do agente, constitui ilícito penal.

Não há, assim, que se falar em atipicidade da conduta por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado ou aplicação do princípio da insignificância.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Sobre o tema, é pacífica a jurisprudência das Cortes Superiores no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao porte ilegal de arma de fogo, por se tratar de crime de perigo abstrato, independentemente da quantidade de armas e ou munições apreendidas.

Nesses termos:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDUTA TÍPICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. [...]. 1. O simples porte de arma de fogo, acessório ou munição, por si só, coloca em risco a paz social, porquanto o instrumento, independentemente de sua potencialidade lesiva, intimida e constrange as pessoas, o que caracteriza um delito de perigo abstrato. O tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal. [...]. 3. **"Esta Casa já pacificou, há muito, ser inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo, por reconhecer-lhes a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade de munição apreendida.** Entendimento que atrai o óbice da Súmula 83 deste Superior Tribunal" (AgRg no AREsp n. 575.750/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 17/4/2015). [...]. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1434940/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016). (grifos apostos).

No mesmo sentido, entende este Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ART. 16, § ÚNICO, INC. IV, DA LEI Nº 10.826/03. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. TESTEMUNHO POLICIAL. VALIDADE COMO MEIO DE PROVA. CONDUTA TÍPICA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CARCERÁRIA. [...]. II - **Não há que se falar em atipicidade da conduta por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado ou aplicação do princípio da insignificância, considerando que o mero cometimento do porte ilegal é suficiente a caracterizar a conduta criminosa e, especialmente, por ter sido elaborado laudo pericial, atestando que a arma e as munições estavam em condições normais de uso e funcionamento, concretiza-se no plano concreto o tipo penal de perigo abstrato, não havendo falar em atipicidade.** III - A pena alternativa de prestação de serviços à comunidade é a medida mais recomendada para a ressocialização do apenado. Nada impede, contudo, que o réu busque junto ao juízo das execuções penais a adequação do cumprimento das penas restritivas de direitos, consoante dispõe o artigo 178 da Lei de Execução Penal. APELO



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

DEFENSIVO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.
(Apelação Crime Nº 70070181227, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 18/08/2016). (grifos apostos).

Bem evidenciada, ainda, a configuração do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, pois o exame pericial das fls. 208/209 constatou que o número de série e de montagem da arma de fogo foram “*eliminados pela ação de agente abrasivo*”, restando impossibilitada a revelação da gravação identificadora do armamento. Desta sorte, inviável a desclassificação da conduta para o tipo penal do artigo 14 do Estatuto do Desarmamento.

A propósito, o Estatuto do Desarmamento tem por finalidade a punição com maior rigor daqueles que portarem arma de fogo com qualquer sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, ante a possibilidade de maior dano social que a conduta traz. Isto porque uma arma sem identificação possibilita sua utilização para fins criminosos, dificultando ainda mais que os que se utilizam do armamento sejam identificados, favorecendo a prática e dificultando a apuração de inúmeros ilícitos.

Veja-se, assim, que os réus foram denunciados porque portavam, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, arma de fogo com numeração removida. Deste modo, todo aquele que “*possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder*” arma de fogo nessas condições, incide sobre o tipo do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, como ocorre no caso dos autos.

Nesse sentido:

CRIME DE ARMAS (ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03). A prova contida nos autos autoriza a manutenção do decreto condenatório lavrado contra o réu, sendo inviável a acolhida do pleito de absolvição. Na espécie, trata-se de



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

crime formal, de mera conduta, sendo prescindível a produção de qualquer resultado para a configuração do delito, bastando apenas que o agente porte a arma de fogo, com numeração raspada e suprimida, sem autorização ou em desacordo com determinação legal. O bem tutelado pelo Estatuto do Desarmamento é a incolumidade pública. Precedentes jurisprudenciais. **Inviabilidade de desclassificação da conduta praticada pelo agente para o delito previsto no art. 14, da Lei 10.826/03, notadamente porque o Estatuto do Desarmamento visou punir com maior rigor àqueles que possuem ou portarem arma de fogo com marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, justamente pelo maior danosidade social que a conduta encerra, pois a alteração dos dados individualizadores da arma, possibilita sua utilização para os mais diversos fins criminosos, sem que os envolvidos sejam identificados.** (...)APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70022410989, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 28/02/2008). (grifos apostos).

Portanto, o mero fato dos réus possuírem arma de fogo com identificação removida, por si só, é já autoriza o enquadramento no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003.

Bem posto, assim, o decreto condenatório.

Com relação às pretensões relativas à revisão das reprimendas, todavia, entendo que as penas estabelecidas na origem não se encontram adequadas à situação telada.

Primeiramente, no tocante ao pleito de reconhecimento da causa redutora que trata o §4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, não há que se falar em sentença *citra petita*, porquanto foi suficientemente analisado e rechaçado pelo juízo sentenciante a não incidência da referida minorante no caso.

A benesse em comento, que autoriza ao julgador reduzir a pena na terceira fase da dosimetria, destina-se a hipóteses em que se



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

constate ser o réu primário e de bons antecedentes, sem dedicação às atividades criminosas e sem envolvimento com organização criminosa².

Com base no dispositivo supracitado, assim, pretende a lei, por motivos de política criminal, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, buscando punir mais levemente o primeiro³. Para tanto, faz-se necessário que o agente integre, em conjunto, os quatro requisitos especificados.

Ocorre que, em relação aos apelantes Marco Antônio e Jean Carlos, como visto, restou estreme de dúvidas que o tráfico de entorpecentes ocorreu de forma associada, situação que não se coaduna com o deferimento do beneplácito, pois evidente a caracterização de uma organização criminosa para fins de traficância.

De mesma forma, no tocante ao recorrente Fábio, embora não tenha sido lhe imputado o crime de associação ao tráfico de drogas, observo que ostenta o réu uma sentença condenatória transitada em julgado anteriormente ao presente fato, hábil a ser valorada como agravante da reincidência, não preenchendo o acusado, assim, os requisitos necessários à benesse.

Por outro lado, na dosimetria da pena, a magistrada *a quo* estabeleceu a basilar do delito de tráfico de drogas, para todos os réus, em 07 (sete) anos de reclusão, considerando, para tanto, as circunstâncias negativas do crime, diante da natureza da droga apreendida.

² Prevê a Lei nº 11.343/2006, em seu art. 33, §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”.

³ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANDO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 955.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Já, para os crimes de porte ilegal de arma de fogo e associação ao tráfico, manteve as penas-bases nos patamares mínimos legais, isto é, em 03 (três) anos de reclusão para cada um dos fatos.

Com efeito, em se tratando do delito de tráfico de drogas, impõe a legislação especial, em seu artigo 42⁴, que, na fixação da pena, o julgador deverá considerar os vetores tangentes à natureza e quantidade do entorpecente, os quais incidirão de forma preponderante às demais circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal.

Nesse sentido, é a posição firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA.

PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. (...).

3. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

4. No caso em exame, o Juiz sentenciante exasperou a pena-base em 1 ano, em virtude da natureza da droga apreendida (10Kg de crack), o que não se mostra desproporcional ou desarrazoado. Portanto, a reprimenda encontra-se fundamentada de forma escorreita, com base em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 306.299/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015). (grifos apostos).

⁴ Art. 42. 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.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

E, no caso em apreço, haja vista que houve a apreensão de considerável volumetria de *crack*, entendo como adequada a elevação da basilar com fundamento na natureza da droga em questão.

A erronia se observa, contudo, no *quantum* de aumento da pena, que se mostra muito superior ao devido ao caso, não havendo justificativa para o afastamento da pena-base em mais de um ano do mínimo legal. Assim, a partir da presença de uma única vetorial negativa, redimensiono as basilares relativas ao tráfico de drogas para **06 (seis) anos de reclusão**.

Em continuidade, na segunda fase da dosimetria penal, presente a atenuante da menoridade em favor de Jean, mantenho a redução da reprimenda do tráfico de drogas em mesmo 01 (um) ano, tornando como provisória a pena de 05 (cinco) anos de reclusão.

Vão mantidas, todavia, as penas dos crimes de associação ao tráfico e porte ilegal de arma de fogo nos patamares mínimo legais, isto é, em 03 (três) anos de reclusão, tendo em vista a vedação constante na Súmula 231 do STJ.

Já, no tocante a Fábio, observo que registra o réu uma sentença condenatória transitada em julgado anteriormente ao fato em apreço, pela prática de outro delito, sendo acertada a incidência da agravante da reincidência.

Sobre o tema, destaco que a consideração da agravante da reincidência no cálculo penal constitui matéria obrigatória, conforme prevê o artigo 61, inciso I, da Carta Penal, não sendo possível o seu afastamento, matéria esta, inclusive, suficientemente debatida perante os Tribunais Superiores.



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Nesse sentido, é de se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 453.000⁵, já se manifestou acerca da constitucionalidade do instituto, no sentido de que a majoração da pena pela agravante constitui apenas uma censura maior ao agente que possui condenação anterior, diante de sua resistência à reinserção social.

Por conseguinte, em face dos princípios da proporcionalidade e individualidade, permite-se que o réu que cometera ato ilícito anteriormente tenha a sua pena majorada, não sendo justo que o Estado puna de igual maneira indivíduo que já se encontra inserido no sistema penal em relação àquele primário, que cometera o ilícito em única ocasião.

Assim, quanto ao réu Fábio, mantenho a exasperação da pena relativa ao tráfico de drogas em mesmos 06 (seis) meses, tornando-a como definitiva, na ausência de outras causas alterativas, em **06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão**.

Por fim, presente o concurso material entre os delitos imputados aos réus Jean Carlos e Marco Antônio, as penas vão somadas, totalizando a reprimenda de **11 (onze) anos de reclusão** para o primeiro réu, e de **12 (doze) anos de reclusão** para o segundo.

Seguindo os mesmos pressupostos, mantenho as penas de multa estabelecidas aos crimes de tráfico de drogas, associação e porte ilegal de arma de fogo em 500 (quinhentos), 700 (setecentos), e 10 (dez) dias-multa, respectivamente, uma vez que observados os parâmetros mínimos previstos em lei.

Trata-se a pena de multa de pena acessória, decorrente do reconhecimento da violação à norma incriminatória, não estando a

⁵ AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

autoridade judiciária autorizada a modular sua incidência conforme a condição econômica do condenado. Inconfundíveis, nesse caso, os conceitos de multa e de encargos sucumbenciais, que possuem natureza totalmente diversa. A primeira é pena em sentido estrito, ato vinculado que não se orienta por discricionariedade; a segunda é ônus decorrente da imposição da censura pelo sucumbente, que deve, por força disso, arcar com as despesas da movimentação do aparelho estatal, salvo se, como no caso, não puder fazer frente a tais despesas sem o prejuízo de sua própria subsistência, como expressamente autoriza o legislador (Lei nº 1.060/50).

Rejeito, assim, o pedido de isenção da pena de multa, manejado pelas defesas dos apelantes, e mantenho as sanções pecuniária impostas, em **500 (quinhentos) dias-multa** ao réu Fábio e **1.210 (hum mil e duzentos e dez) dias-multa** aos réus Marco Antônio e Jean Carlos.

Oportuno consignar, ainda, quanto ao pleito de concessão da assistência judiciária gratuita, que já foi suspensa em favor dos réus a exigibilidade do pagamento de custas processuais, razão pela qual não conheço os recursos no ponto.

Por conseguinte, em decorrência das penas corporais aplicadas, não se mostra possível a concessão dos benefícios previstos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

Em derradeiro, tendo em vista as reprimendas fixadas aos réus Marco Antônio e Jean Carlos, em *quantum* superior a 08 (oito) anos de reclusão, mantenho o regime inicial fechado, em obediência ao artigo 33, §2º, alínea "a", do CP.

Por sua vez, em relação ao réu Fábio, muito embora a pena cominada ao acusado autorizasse, se examinada isoladamente, a aplicação de modalidade mais branda para o cumprimento inicial da reprimenda, entendo que a situação telada, aliada à condição de reincidente do acusado,



SLP

Nº 70055764872 (Nº CNJ: 0301114-37.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

que, afora registrar uma sentença definitiva anterior ao fato em apreço, está cumprindo pena por condenação posterior, também transitada em julgado, enseja maior rigor na execução penal, pelo que estabeleço o inicial fechado, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “b”, a contrario sensu, do Código Penal.

Voto, por dar parcial provimento aos recursos, para o fim de redimensionar as penas aplicadas, nos patamares acima especificados, mantendo, no restante, os fundamentos da sentença impugnada.

DES. LUIZ MELLO GUIMARÃES (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUIZ MELLO GUIMARÃES - Presidente - Apelação Crime nº 70055764872, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR."

Julgador(a) de 1º Grau: BETINA MEINHARDT RONCHETTI