

ACÓRDÃO Nº 95.740

2ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA

APELAÇÃO PENAL DA COMARCA DE ALTAMIRA

APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E ANDRÉ MOTA TEIXEIRA

APELADOS: OS MESMOS

RELATORA: DESEMBARGADORA ALBANIRA LOBATO BEMERGUY

**APELAÇÃO PENAL. SENTENÇA QUE CONDENOU PELA PRÁTICA DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO E ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76 (PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO) E ABSOLVEU DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. ACOLHIMENTO APENAS DA PRELIMINAR REFERENTE AO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO, ART. 10 DA LEI Nº 9.437/97. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA MODALIDADE RETROATIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. UTILIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO DA LEI EM VIGOR NA ÉPOCA DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL. OPORTUNIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE LAUDO TOXICOLÓGICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MÉRITO. DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A DEFESA. NA DENÚNCIA FOI CAPITULADA A PRÁTICA DE RECEPÇÃO CULPOSA APENADA COM DETENÇÃO. IMPUTAÇÃO DA QUAL O RÉU SE DEFENDEU. EQUÍVOCO DA IDENTIFICAÇÃO DO TIPO. ANULAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO PREVISTO NO ART. 180, § 3º DO CP. CONDENAÇÃO. CONTUDO, PELO 'QUANTUM' DA PENA, VERIFICA-SE A OCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA**

**PRESCRIÇÃO RETROATIVA. JÁ QUANTO À PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, REFORMA DA DECISÃO QUE RECONHECEU O PORTE PARA CONSUMO, APENADO À ÉPOCA DO FATO COM PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONDENAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 06 (SEIS) PETECAS CONTENDO 3,87 GRAMAS DE COCAÍNA. RETROATIVIDADE DA NOVA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PENA DEFINITIVA EM 01 (UM) ANO DE RECLUSÃO E MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. PELA NOVA PENA APLICADA OCORREU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE RETROATIVA.**

### **ACÓRDÃO**

ACORDAM os Excelentíssimos Desembargadores componentes da Egrégia 2ª Câmara Criminal Isolada, na Apelação Penal da Comarca de Altamira/PA na 8ª Sessão Ordinária realizada em 22 de março de 2011, à unanimidade de votos, seguindo o voto da Desembargadora Relatora, em conhecer de ambos os recursos e acolhendo apenas a preliminar argüida pela defesa, declaro extinta a punibilidade pela prescrição nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, quanto ao crime de porte de arma de fogo, art. 10 da Lei nº 9.437/97. No mérito, acolhendo parcialmente a apelação da acusação, e julgando improvida a da defesa, condeno André Mota Teixeira pela prática dos crimes de interceptação culposa e tráfico ilícito de entorpecentes, entretanto, pelas penas aplicadas, declaro extintas as punibilidades em decorrência da prescrição retroativa, nos termos apresentados.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelações Penais ajuizadas pelo r. do Ministério Público e por André Mota Teixeira, por intermédio de Defensor Público, inconformados com a r. Sentença prolatada pelo MM. Juízo da Comarca de Altamira/PA, que absolvendo o réu André Mota Teixeira quanto à imputação referente ao crime de receptação (art. 180, § 1º, do Código Penal), condenou-o a pena de 02 (dois) anos de detenção e 30 (trinta) dias-multa pelos crimes de porte de arma de fogo (art. 10 da Lei nº 9.437/97) e pelo delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Drogas), a ser cumprida em regime aberto, após tecer considerações referentes à detração e a progressão do regime.

Segundo os termos da acusação que foi recebida no dia 19/01/2000 às fls. 33, policiais civis lotados na delegacia regional de Altamira, no dia 24/08/1999, após receberem denúncia “anônima”, empreenderam diligência no local indicado e encontraram o recorrente na posse de um aparelho de vídeo cassete, o qual havia sido furtado pelo elemento de alcunha “Niel” da residência da Sra. conhecida por Elizabeth, e também de um revólver calibre 32 com quatro projéteis intactos, além de seis “petecas” de substância entorpecente do tipo “cloridrato de cocaína”, vulgarmente conhecida como “merla”.

Citado, o recorrente foi qualificado e interrogado, às fls. 43/44, e a Defesa Prévia apresentada às fls. 45. Testemunhas de acusação foram ouvidas às fls. 56/57 e fls. 78/79 e de Defesa, às fls. 83/84, constando, às fls. 91/97 e 99/101, as alegações finais.

Conclusos os autos o MM. Juízo prolatou a decisão ora impugnada no dia 17/07/2006 julgando parcialmente procedente a denúncia condenou André Mota Teixeira a pena de 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa pela prática do crime de porte de arma de fogo (art. 10 da Lei nº 9.437/97), e desclassificando o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 (tráfico ilícito de drogas) para o previsto no art. 16 do mesmo diploma (porte para uso próprio), aplicou a este a pena de 01 (um) anos de detenção e 20 (vinte) dias-multa, absolvendo-o por fim da imputação do crime de receptação (art. 180, § 1º do Código Penal).

Na Apelação Penal interposta às fls. 114 pelo r. do Ministério Público, em suas razões recursais, às fls. 119/128, pleiteia a reforma da sentença que absolveu o réu das sanções punitivas do crime de receptação já que contraria frontalmente as provas produzidas na instrução criminal subsidiadas pelas provas coletadas na fase inquisitiva, bem como da parte que desclassificou o crime de tráfico ilícito de drogas para o crime de porte ilegal capitulado no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

Nas contra-razões apresentadas pelo réu recorrente às fls. 134/141, por intermédio da Defensoria Pública foi requerida a aplicação de uma das medidas colacionadas nos incisos I, II e III, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, eis que mesmo sendo a nova lei de drogas posterior aos fatos narrados, deveria ser aplicada ao caso em virtude a retroatividade da lei mais benéfica, já que a conduta do recorrente foi amoldada a de usuário e não a de comerciante de drogas.

E, quanto ao crime de receptação qualificada, deveria ser mantida a absolvição pela ausência de provas da conduta, já que o recorrente confessou ter adquirido de boa-fé o objeto descrito na denúncia e também por que somente a habitualidade da atividade comercial teria o condão de qualificar a receptação, entretanto não estaria configurada a atividade econômica exigida pelo tipo penal.

Já na apelação interposta pela Defesa, em suas razões às fls. 144/155, pretende o recorrente preliminarmente a extinção da punibilidade por conta da Prescrição da Pretensão Punitiva Estatal. Também pleiteia anulação processual pela violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório por conta da utilização de procedimento impróprio em quase totalidade da tramitação e pela ausência da oportunidade de se manifestar acerca do laudo toxicológico acostado aos autos.

No mérito, sustenta a retroatividade da nova Lei de Drogas ao caso em tela, pois reconhecida a condição de usuário, devem ser aplicadas as medidas colacionadas nos incisos I, II e III do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Por fim, requer a extinção da punibilidade no tocante ao crime de porte de arma em virtude da abolição criminis, ex vi o art. 107, inciso III, do Código Penal, pela prorrogação do prazo até o dia 31/12/2008 para regularização de arma de fogo de uso permitido, estando a conduta amparada legalmente. Debatendo toda tese da defesa, o Ministério Público apresentou as contra-razões às fls. 158/169 pugnando pelo improvimento do recurso.

Foi oferecido o Parecer às fls. 176/187, da lavra do Dr. Francisco Barbosa de Oliveira, que, após análise das peças dos autos, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos interpostos. Já no mérito posicionou-se pelo provimento parcial da apelação de André Mota Teixeira, para que a reprimenda imposta ao uso de drogas seja modificada, passando a ser uma das medidas dos incisos do art. 28 da atual lei de entorpecentes, aplicando ao caso concreto a retroatio in melius. E quanto ao recurso interposto pelo Ministério Público, que seja improvido haja vista a improcedência dos seus argumentos recursais.

É o Relatório.

Sem revisão no termos do art. 610 do Código de Processo Penal.

### **VOTO**

Ordenando as duas interposições recursais, analiso inicialmente as preliminares apresentadas.

**DA PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PREJUDICIAL AO EXAME DE MÉRITO - CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO, ART. 10 DA LEI Nº 9.437/97**

A Defesa ventila inicialmente em suas razões recursais que se operou a prescrição retroativa, pois pela pena em concreto aplicada, o interregno previsto para o jus puniendi restou fulminado. Isto é, já que a soma total das penas aplicadas foi de 02 (dois) anos de detenção, ultrapassados estão os 04 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia, 19/01/2000, e a publicação da sentença condenatória, 17/07/2006, ex vi do art. 109, inciso V, do Código Penal e art. 110, § 1º, também do Código Penal. Nestes termos, requer que seja reconhecida a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Conforme preleciona o art. 119 do Código Penal, apesar de se unificarem as penas para efeito de cumprimento, quando se tratar do cálculo da prescrição no caso de concurso de crimes, deve-se tomar, isoladamente, cada delito.

Verifica-se da análise dos autos, que o Ministério Público interpôs recurso de apelação impugnando os capítulos da sentença referente à absolvição quanto ao crime de receptação bem como da desclassificação do crime de tráfico para porte de drogas. Contudo, quanto ao crime de porte de arma, art. 10 da Lei nº 9.437/97, não houve contestação, nesse ponto cabendo reconhecer o transitado em julgado para a acusação.

Importante ressaltar que não há falar em abolitio criminis para as pessoas condenadas por posse de arma durante a vigência da Lei nº 9.437/97, mesmo porque o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/2003, não deixou de considerar o fato como crime, já que a conduta típica foi repetida no novo texto legal. Sendo assim, na época do fato, quando ainda vigorava a Lei nº 9.437/97, o crime de porte ilegal de arma assim estava previsto:

“Artigo 10 - Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.”

Nesse sentido trago decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. É tranquilo o entendimento desta Corte de Justiça de que a “abolitio criminis” prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03 não alcança a conduta de porte ilegal de arma de fogo.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. [STJ. AgRg no REsp 1192070/MG. Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE). 6ª TURMA. J. 19/08/2010. DJe 20/09/2010]

Contudo, na decisão proferida às fls. 104/111, publicada no dia 19/07/2006, às fls. 111, o MM. Magistrado a quo condenou o réu em 01 (um) ano de detenção e a 10 (dez) dias-multa pela prática do crime de porte de arma. Acontece que a denúncia foi recebida em 19/01/2000, às fls. 33, sucedendo portanto mais de 04 (quatro) anos entre as duas causas interruptivas, havendo a incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa, nos termos do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, vigente à época do fato, do Código Penal.

Diante do exposto, acolhendo parcialmente a preliminar argüida pela defesa, declaro EXTINTA A PUNIBILIDADE com relação ao crime de porte de arma de fogo, art. 10 da lei 9437/97, em decorrência da prescrição, nos termos do art. 107, inciso IV, conforme apresentado.

**DA ANULAÇÃO PROCESSUAL PELA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA:**

a) Da utilização de procedimento impróprio

Alega a Defesa, nas razões recursais, às fls. 148/149, que houve supressão de fase prevista na legislação especial de tóxico, qual seja, a defesa preliminar, que deveria ter sido apresentada antes do recebimento da denúncia. Diante disso, aduz que restou evidenciada a mácula aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Data máxima venia laborou em equívoco o nobre patrono eis que não se ateuve à data em que ocorreu o fato criminoso, ou seja, em 24/08/1999, período em que a Lei nº 6.368/1976 estava em pleno vigor com a sua redação original, verbis:

“Art. 22. Recebidos os autos em juízo, será aberta vista ao Ministério Público para, no prazo de 3 (três) dias, oferecer denúncia, arrolar

testemunhas até o máximo de 5 (cinco) e requerer as diligências que entender necessárias.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e do oferecimento da denúncia, no que tange à materialidade do delito, bastará laudo de constatação da natureza da substância firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea escolhida de preferência entre as que tiverem habilitação técnica.

§ 2º Quando o laudo a que se refere o parágrafo anterior for subscrito por perito oficial, não ficará este impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

§ 3º Recebida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação ou requisição do réu e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 5 (cinco) dias seguintes.

§ 4º Se o réu não for encontrado nos endereços constantes dos autos, o juiz ordenará sua citação por edital, com prazo de 5 (cinco) dias, após o qual decretará sua revelia. Neste caso, os prazos correrão independentemente de intimação.

§ 5º No interrogatório, o juiz indagará do réu sobre eventual dependência, advertindo-o das consequências de suas declarações.

§ 6º Interrogado o réu, será aberta vista à defesa para, no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações preliminares, arrolar testemunhas até o máximo de 5 (cinco) e requerer as diligências que entender necessárias. Havendo mais de um réu, o prazo será comum e correrá em cartório”.

Art. 23. Findo o prazo do § 6º do artigo anterior, o juiz proferirá despacho saneador, em 48 (quarenta e oito) horas, no qual ordenará as diligências indispensáveis ao julgamento do feito e designará, para um dos 8 (oito) dias seguintes, audiência de instrução e julgamento, notificando-se o réu e as testemunhas que nela devam prestar depoimento, intimando-se o defensor e o Ministério Público, bem como cientificando-se a autoridade policial e os órgãos dos quais dependa a remessa de peças ainda não constantes dos autos.

§ 1º Na hipótese de ter sido determinado exame de dependência, o prazo para a realização da audiência será de 30 (trinta) dias.

§ 2º Na audiência, após a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao órgão do Ministério Público e ao defensor do réu, pelo tempo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz que, em seguida, proferirá sentença.

§ 3º Se o juiz não se sentir habilitado a julgar de imediato a causa, ordenará que os autos lhe sejam conclusos para, no prazo de 5 (cinco) dias, proferir sentença.

Caber ressaltar que somente em 2002, com a Lei nº 10.409, é que houve a alteração do procedimento criminal da Lei nº 6.368/76, com a previsão da apresentação da defesa preliminar anterior à decisão de recebimento da denúncia. E, por ser regra processual, os atos praticados na vigência de lei anterior são perfeitamente válidos, devendo a nova lei ser aplicada a partir da fase em que se encontrar o processo.

Ou seja, foi observado perfeitamente o rito previsto na legislação especial em vigor à data do fato, com o recebimento dos autos em juízo, às fls. 31, em

08/11/99, momento em que foi aberta vista ao Ministério Público, que ofereceu a denúncia em 03/12/99, às fls. 02/06.

A denúncia foi recebida às fls. 33 em 19/01/2000, momento em que foi determinada a citação do réu e designada audiência para o interrogatório, que ocorreu, às fls. 43/44, no dia 21/03/2000, ficando cientificado o réu para a apresentação da defesa prévia no prazo legal.

A Defesa foi apresentada às fls. 45, em 18/05/2000 e o despacho saneador foi proferido, às fls. 47, no dia 03/09/2002. Ocorrendo a audiência de inquirição de testemunhas arroladas pela acusação, às fls. 56/57, dia 20/03/2003; fls. 78/79, no dia 18/06/2003, e da testemunha de defesa, às fls. 83/84, dia 20/11/2003. Por fim, as alegações finais foram apresentadas às fls. 91/97; 99/101, e a sentença proferida, às fls. 104/112, dia 17/06/2006.

Diante do exposto, nulidade alguma deve ser declarada, já que nenhum prejuízo para defesa foi demonstrado no processo em tramitação, tendo sim sido respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa. Portanto, rejeito a preliminar apresentada pela defesa.

b) Da ausência da oportunidade de se manifestar sobre laudo toxicológico

Requer preliminarmente a Defesa a anulação do feito desde a produção da prova pericial já que não teria sido dada a oportunidade para se manifestar sobre o laudo toxicológico.

Pelo que se verifica nos autos, o laudo toxicológico definitivo foi juntado aos autos às fls. 35, momento anterior à realização da audiência de instrução e julgamento, conforme previsto no art. 25 à época, da lei 6368/1976.

Portanto, já com o laudo definitivo nos autos, às fls. 35, o réu foi ouvido posteriormente no seu interrogatório, às fls. 43/44, recebeu vista apresentando a defesa às fls. 45, e as alegações finais às fls. 99/101. Ou seja, o réu teve diversos momentos para se manifestar sobre a prova pericial anexada aos autos, mas em nenhum momento alegou qualquer irregularidade, pelo contrário, confirmou em sua confissão nas duas searas que realmente estava portando substância entorpecente, apenas mudando a finalidade.

Diante do exposto, pela ausência de demonstração de qualquer prejuízo e ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, rejeito a preliminar alegada.

## II. DO MÉRITO

a) DO CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA, ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL

Inconformado com a absolvição, pugna o r. do Ministério Público pela procedência do recurso de apelação para que André Mota Teixeira seja condenado nas sanções punitivas do art. 180, § 1º (Recepção Qualificada) do Código Penal.

Para tanto aduz que a autoria do crime de recepção está vazada nas circunstâncias e nas provas indiciárias examinadas no conjunto probatório dos autos, já que o réu tinha conhecimento da origem ilícita do vídeo-cassete, pois o adquiriu do preso provisório "Niel" pela quantia módica de apenas R\$ 80,00 (oitenta) reais.

Inicialmente, importante é fazer algumas ponderações que se seguem:

À época do fato, 24/08/99, já se encontrava em vigor a redação do art. 180 e parágrafos do Código Penal dada pela Lei nº 9.426/1996, publicada pelo DOU de 15.01.1997.

Verifica-se na peça acusatória, às fls. 03/04, que apesar da transcrição do tipo previsto no § 3º, do art. 180 do Código Penal, conhecido como a modalidade culposa da receptação, com pena de detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas: “§ 3º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso.” o membro do parquet o denominou de § 1º, conforme a redação originária do Código Penal.

Seguindo a tramitação processual, observa-se que nas alegações finais o Ministério Público pugnou pela procedência da denúncia, condenando o réu dentre outros nas sanções punitivas do art. 180, § 3º (receptação culposa) do Código Penal.

Contudo, verifica-se que na sentença o MM. Magistrado foi levado à equívoco já que entendeu que o recorrente foi denunciado pela prática do crime de receptação qualificada, com redação atual do 180, § 1º, cuja pena é bem mais gravosa de reclusão de três a oito anos, e multa, sendo que na verdade o foi pelo §3º, na modalidade culposa.

Importante ressaltar que não houve aditamento da denúncia e o réu baseou sua defesa na imputação inicial da acusação prevista no art. 180, § 3º (Receptação Culposa), conforme fica evidente às fls. 99/101, nas alegações finais apresentadas por intermédio da Defensoria Pública.

Entretanto, o MM. Magistrado por entender que a acusação de receptação não possui lastro probatório suficiente, absolveu o réu da prática do crime de receptação qualificada, como se vê às fls. 105/109.

Consta na Denúncia que policiais civis lotados na delegacia regional de Altamira, no dia 24/08/1999, após receberem denúncia “anônima”, empreenderam diligência no local indicado e encontraram com André Mota Teixeira um aparelho de vídeo cassete, o qual havia sido furtado pelo elemento de alcunha “Niel” da residência da Sra. conhecida por Elizabeth, e também um revólver calibre 32 com quatro projéteis intactos, além de seis “petecas” de substância entorpecente do tipo “cloridrato de cocaína”, vulgarmente conhecida como “merla”.

Perante a autoridade policial André Mota Teixeira, às fls. 11, informou que adquiriu vídeo cassete no valor de R\$ 80,00 (oitenta reais) de “Niel”, pessoa que conheceu em sua residência no momento da compra, in verbis:

“ (...) Que, perguntando ao depoente de quem era o vídeo de marca Philipis que fora encontrado em sua casa? Este respondeu que comprou do elemento “Niel” pelo preço de R\$ 80,00 (oitenta reais); Que, perguntando ao depoente de onde conhece o elemento “Niel”? Este respondeu que o viu pela primeira vez quando este fora até sua casa lhe vender o vídeo”. Que perguntado ao depoente se tem o costume de trocar produtos eletrônicos por drogas? Este respondeu que sempre vende a droga em dinheiro vivo e nunca trocou por qualquer produto (...).”

No interrogatório diante do MM. Magistrado, às fls. 43/44, foi confirmada a versão dada na seara policial de que não conhecia a natureza ilícita do objeto adquirido de “Niel”:

“Que comprou o aparelho descrito na denúncia mas não sabia que era roubado; que comprou de boa-fé. (...) que comprou o aparelho de Niel. Que Niel está preso. Que foi preso dentro de sua casa. (...) Que Niel vendeu o aparelho dentro da casa do declarante. Que o declarante não furtou nada. Que entregou o próprio aparelho ao dono quando este foi buscar. Que descaracterizou a má fé que lhe é imputada. (...) que está falando a verdade para merecer uma chance. (...) Que José Niel está preso (...)”.

E, pela análise dos depoimentos dos policiais ouvidos às fls. 09/10, e fls. 78/79, Nelson do Nascimento Barbosa, Cleber Pascoal Silveira de Oliveira e Arlem Marcelo Maciel dos Santos, observa-se que no dia do flagrante os citados policiais foram acionados em decorrência de uma denúncia anônima que indicou a residência do acusado, que tinha recebido um vídeo cassete repassado por “Niel” em troca de substância entorpecente. E que “Niel” tinha furtado objeto em questão de uma residência da cidade de Altamira.

André Mota Teixeira foi absolvido da prática do crime de receptação prevista no art. 108, §1º do Código Penal, com redação atual dada pela Lei nº 9.426/96:

#### “Receptação Qualificada

§ 1º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime.

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.”

Todavia, no presente caso, realmente inexistente prova do dolo eventual do agente (“deve saber ser produto de crime”) tão pouco se é o agente comerciante ou industrial (“no exercício de atividade comercial ou industrial”), como aponta o tipo previsto no § 1º, do art. 180 do Código Penal.

O conjunto probatório é idôneo a caracterizar a aquisição do vídeo cassete, até por conta do interrogatório de André Mota Teixeira que confessou ter adquirido a res pelo preço de R\$ 80,00 do indivíduo de nome “Niel”, que conheceu no momento da transação em sua residência. E que em juízo o acusado afirmou que “não sabia que era roubado; que comprou de boa-fé”.

E, conforme a nota fiscal, às fls. 18, o vídeo cassete da marca PHILIPS foi comprado na loja pelo valor de R\$ 625,00. Contudo, comprá-lo após quase quatro anos, época do flagrante, apesar da desvalorização pelo tempo, por apenas 13% do seu valor original, ou seja, R\$80,00, é certo ponto desproporcional, caracterizando o crime de receptação.

Diante do apurado, a figura que mais se amolda ao fato é a prevista no § 3º, do art. 180 do Código Penal, que trata do delito de receptação culposa. Isso:

Vejamos:

Art. 180, “§ 3º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano ou multa, ou ambas as penas.

Com efeito, embora o acusado tenha alegado que não tinha prévio conhecimento da origem ilícita do vídeo cassete apreendido em seu poder, todavia, tendo em vista a natureza do mesmo sem nota fiscal, portanto sem conhecimento de sua procedência, bem como tendo em vista as circunstâncias em que foi adquirido através de pessoa desconhecida, e pelo valor desproporcional é evidente a presunção da origem ilícita do aludido bem, configurando-se, portanto, a hipótese de receptação culposa, prevista no art. 180, § 3º, do CP.

In casu, a culpa consiste na omissão de cautelas devidas na verificação da procedência do bem adquirido ou recebido. E é a própria lei penal que estabelece os três indícios a serem considerados como sinais de origem duvidosa ou suspeita, quais sejam, a própria natureza da coisa ou a desproporção entre o seu valor e o seu preço, ou a condição de quem a oferece.

Sobre a questão em foco, Julio Fabbrini Mirabete assim se pronuncia, verbis:

"Há culpa quando o sujeito ativo, por certos indícios, tem dúvida quanto à origem ilícita da coisa, mas, ainda assim, a adquire ou recebe. Indica a lei três elementos que podem conduzir o agente a essa situação; a natureza da coisa; a desproporção entre o valor e o preço; e a condição de quem oferece a res. Pela natureza da coisa é possível presumir-se sua origem ilícita (reliquias conhecidas, objetos que levam gravado o nome do proprietário etc.). A mais importante circunstância é a desproporção entre o valor da coisa e o preço pelo qual é ela alienada. Ocorre o crime também quando se deve suspeitar da origem da coisa diante da condição de quem a oferece (crianças, mendigos etc.). Os pressupostos não são cumulativos; basta estar presente um dos requisitos previstos na lei para que possa ser reconhecida a culpa em sentido estrito. [Código Penal Interpretado", Atlas, São Paulo, 6.ª ed., 2006, p. 1.707].

Nesse sentido também são os seguintes arestos, verbis:

TACRSP: Para a caracterização da receptação culposa, não se faz necessário o preenchimento de todos os requisitos do art. 180, § 1º (lei anterior), pois esses pressupostos não são cumulativos, ou seja, o preenchimento de qualquer deles enseja o reconhecimento do ilícito penal (RJDTACRIM 21/278).

"A aquisição de objeto de pessoa que não é comerciante e por preço bem abaixo do real, sem exigir notas fiscais, tipifica o crime de receptação" (TJMT - AC - Rel. Mauro José Pereira - RT 610/412).

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - RECEPÇÃO CULPOSA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DESPROPORÇÃO ENTRE O VALOR E O PREÇO DA COISA ADQUIRIDA - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA ESTABELECIDO CORRETAMENTE. FURTO QUALIFICADO - AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NOVA DOSIMETRIA - REINCIDÊNCIA COMO BIS IN IDEM - MAJORANTE DA CONTINUIDADE DELITIVA ACIMA DO MÍNIMO - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA - REDUÇÃO - NECESSIDADE. A aquisição de objeto de pessoa que não é comerciante e por preço bem abaixo do real, sem exigir notas fiscais, tipifica o crime de receptação. (...) (TJMG. Processo nº 2.0000.00.346968-9/000(1), Relator: Maria Celeste Porto, Jul: 04/06/2002).

E nossa Colenda Câmara já se posicionou nesse sentido, na Apelação Criminal de nº 2008.3.005961-1, em acórdão lavrado pela Excelentíssima Desa. Vânia Fortes Bitar:

Apelação Penal. Receptação culposa. Caracterização Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitiva sobejamente demonstradas

Ausência de comparação entre o valor real dos bens e o que teria sido pago pelos mesmos. Desnecessidade. O valor de aquisição dos bens, in casu, se apresenta, primo icto oculi, desproporcional ao valor real dos mesmos, sendo dado a qualquer pessoa suspeitar da origem ilícita deles - A natureza de tais produtos, as circunstâncias de aquisição e a condição da pessoa que os ofereceu, somados ao valor pelo qual eles foram adquiridos, de plano evidenciam a conduta criminoso da receptação culposa - Sistema da persuasão racional – O sistema da livre apreciação da prova propicia ao Magistrado valer-se também de sua experiência comum, chegando ao seu convencimento em virtude da adequada análise de elementos de prova contidos nos autos, impondo-se tão somente ao Juiz a explicitação das razões pelas quais formou o seu posicionamento Sentença embasada em elementos de provas aptos a sustentar a condenação do réu/apelante Recurso conhecido e improvido. Decisão Unânime.[TJPA. AP. 2008.3.005961-1. 2ª CCI. Relatora: Desa. Vânia Fortes Bitar, 03/02/2009. DJ. 06/02/2009]

Como se vê, a natureza do objeto, as circunstâncias de aquisição, a condição da pessoa que os ofereceu, e ainda, a desproporção entre o valor de mercado do citado objeto e o preço pelo qual ele foi adquirido, deixa evidente a procedência ilícita do mesmo.

Por outro lado, o princípio da correlação entre a acusação e a sentença constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação.

Em síntese, o juiz não pode condenar o acusado ou absolvê-lo mudando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais de execução do delito, sem dar-lhe a oportunidade de se defender da prática de um delito diverso daquele imputado inicialmente, toda vez que tal mudança seja relevante em face da tese defensiva, causando surpresa ao imputado.

Situação ocorrida no presente caso, já que inicialmente o recorrente se defendia da imputação de “receptação culposa”, art. 180, § 3º (redação atual do Código Penal) constante na peça acusatória, e foi surpreendido com a absolvição do crime de receptação qualificada, art. 180, § 1º (redação atual do Código Penal), conforme transcrito na decisão, às fls. 105 e ss.

Diante do exposto, com fundamento no princípio da correlação entre a acusação e a sentença ANULO a parte da decisão que absolveu o recorrido da imputação referente ao crime previsto no art. 180, § 1º, (receptação qualificada) do Código Penal.

E, desta feita, comprovadas a autoria, a materialidade e tipicidade do delito previsto no § 3º do art. 180 do Código Penal, inexistindo causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, a condenação se impõe.

Passo, então, à fixação da pena.

No tocante à culpabilidade, tem-se que a conduta do acusado é reprovável, mas normal à espécie, pois inserida no próprio tipo, não podendo ser considerada desfavorável.

Quanto aos antecedentes, não maculados, conforme fls. 203.

A boa conduta social atestada pela testemunha Jandira Maria Teixeira, às fls. 83, e a personalidade desconhecida, não havendo que considerá-la prejudicial.

As circunstâncias são normais à espécie delitiva.

Os motivos e conseqüências não foram auferidos.

O comportamento da vítima em nada influenciou para a ação do réu.

Aplico, assim, em sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) mês de detenção.

Inexistem atenuantes e agravantes, bem como causas de aumento e de diminuição de pena a serem consideradas.

Concretizo a pena em 1 (um) mês de detenção, a ser cumprida no regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Em face do novo quantum da pena, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa.

Bem porque, entre a data do recebimento da denúncia (19/01/2000, fls. 33) e a da publicação da sentença condenatória (19/07/2006, fls. 112), transcorreu prazo superior a 2 (dois) anos, previsto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, ausentes causas suspensivas ou interruptivas desse lapso temporal.

Ante o exposto, reconheço a PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA e declarar EXTINTA A SUA PUNIBILIDADE quanto à RECEPÇÃO CULPOSA, nos exatos termos do art. 107, inciso IV, c/c 109, inciso VI, todos do Código Penal.

#### b) DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE

O r. do Ministério Público, em sua apelação penal, às fls. 119/128 pugna pela condenação de André Mota Teixeira nas sanções punitivas do art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76 (tráfico ilícito de entorpecente).

O MM. Magistrado a quo na decisão guerreada desclassificou o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/1976 para o cominado no art. 16 do mesmo diploma (porte de entorpecente), condenando-o a pena de 01 (um) ano de detenção e a 20 (vinte) dias-multa.

A decisão de desclassificação foi fundamentada principalmente na confissão em juízo do ora recorrido, às fls. 43/44, que afirmou se tratar de viciado e não comerciante de drogas:

“(...) Que realmente estava com uma substância tóxica. Que o declarante se considera viciado mas deseja se recuperar (...) Que confessa que em sua casa estava seis cabeças de Merla. (...) que comprava drogas de terceiros. Que não consume mas drogas. Que está falando a verdade para merecer uma chance (...) Que confirma a quantidade de droga encontrada. (...) Que não foi preso vendendo tóxico. Que nunca teve a intenção de vender tóxico. Que comprou essa quantidade para não ter que voltar ao vendedor com brevidade. Que comprou a substância de um rapaz chamado Dário mas este já não se encontra em Altamira”.

E continua o MM. Magistrado em sua decisão fundamentando nesse ponto a sentença nos seguintes termos, às fls. 108/109:

“Atente-se, no entanto, que em qualquer momento ficou demonstrado que o réu traficava drogas. O só fato de possuir entorpecentes em seu poder não demonstra que este o comercialize. A pequena quantidade de droga apreendida consigo (06 petecas), só aumenta a dúvida se a mesma se destinaria ao tráfico ou ao consumo próprio. Tendo em vista o “princípio in dubio pro réu” outra não pode ser a resposta para a dúvida de se considerar que a droga era para consumo próprio, desclassificando o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, para o crime cominado no art. 16 do mesmo diploma legislativo.”.

Entretanto, na esfera policial, às fls. 10/11, o recorrido admitiu expressamente a comercialização de substância entorpecente condicionando a venda da droga ao pagamento em dinheiro, citando até os nomes das pessoas de quem a adquiriu, in verbis:

“Que, perguntado ao depoente se é viciado em droga do tipo entorpecente? Este respondeu negativamente; Que perguntado ao depoente o porquê de ter guardado em sua casa alguns pacotes de drogas do tipo entorpecente “MERLA”? Este respondeu que comercializava as mesmas. Que, perguntado ao depoente de quem recebia tais substâncias entorpecentes? Este respondeu que recebia do elemento conhecido por “Dário”, que por sua vez recebe do elemento conhecido por “Paquinha”; Que perguntado ao depoente há quanto recebe a substância entorpecente para ser revendida? Este respondeu que recebe de “Dário” pelo preço de R\$ 40,00 (quarenta reais) a quantidade de 10 (dez) gramas; Que, perguntado ao depoente há quanto tempo começou a vender tal substância entorpecente? Este respondeu que está aproximadamente com um mês que começou a comercializar tais substância entorpecente; (...) Que perguntado ao depoente se tem o costume de trocar produtos eletrônicos por droga? Este respondeu que sempre vende a droga em dinheiro vivo e nunca trocou por qualquer produto; Que perguntado ao depoente se tem conhecimento de onde vem tais substâncias entorpecentes? Este respondeu negativamente”.

E, pela análise dos depoimentos dos policiais ouvidos na seara policial às fls. 09/10, Nelson do Nascimento Barbosa, Cleber Pascoal Silveira de Oliveira e Arlem Marcelo Maciel dos Santos, confirmada está a diligência que resultou na apreensão de “cerca de seis cabeças de substância entorpecente do tipo “Merla” da residência do recorrido, bem como da arma de fogo e do vídeo-cassete objeto de conduta delituosa com a descrição detalhada e com riquezas de detalhes de como ocorreu a prisão.

A materialidade delitiva se encontra portanto evidenciada além dos depoimentos prestados no auto de prisão em flagrante, especificamente no auto de apresentação e apreensão, às fls. 17, e no laudo pericial definitivo, às fls. 35, que atesta: “Tratar-se de 06 (seis) petecas contendo 3,87 gramas de substância pulverulenta acondicionados em pedaços de plásticos transparentes, que após serem submetidas aos exames químicos e toxicológicos obtivemos resultado positivo para BENZOILMETILECGONINA , princípio ativo da ‘COCAÍNA”.

Importante ressaltar que os depoimentos em juízo, às fls. 56 e 78/79 dos policiais civis que participaram do flagrante foram prejudicados por conta do grande lapso temporal entre o fato delituoso, ocorrido em 24/08/1999, e as audiências de oitiva das testemunhas de acusação que ocorreram respectivamente em 20/03/2003 e 18/06/2003, já que afirmaram que não se recordavam da apreensão da substância entorpecente.

Contudo, a perda da memória dos policiais não compromete a apreensão dos papérols da substância entorpecente como já exposto no auto de apresentação e apreensão, às fls. 17, laudo definitivo, às fls. 35, bem como a confissão do recorrido que afirmou portar a substância entorpecente tanto na fase policial como na judicial, apenas divergindo com relação a sua finalidade.

A acusação nas suas razões recursais aduz que é patente que o recorrido estimula a criminalidade com a receptação de objetos furtados e roubados ramificada na exploração do tráfico de entorpecentes. E ainda, a falta de provas do exercício de atividade laboral do recorrido, bem como a quantidade razoável da

droga apreendida e a forma de seu acondicionamento em papé debates caracterizam o crime de tráfico de entorpecente.

O delito que era ao tempo do fato previsto no art. 12 da antiga Lei de drogas, e que hoje está previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é considerado de ação múltipla, bastando para sua tipificação que o agente pratique uma das diversas condutas ali descritas. E, apesar do delito ser conhecido como tráfico de drogas, para sua configuração não é, necessariamente, exigível a ocorrência de atos onerosos ou de comercialização, bastando que seja praticado algum dos elementos do tipo.

Nesse sentido:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTO POLICIAL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE CONTEÚDO MÚLTIPLO. PENA BEM DOSADA. O depoimento prestado por testemunha policial, quando em harmonia com as provas dos autos, não contraditado ou desqualificado, é merecedor de fé na medida em que provém de agente público no exercício de sua função. Para a configuração do crime descrito pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, tipo penal de conteúdo múltiplo, bastante a plena subsunção da conduta a um dos verbos ali presentes ("trazer consigo" e "transportar", no caso). Como do acervo probatório extrai-se com absoluta segurança a autoria da apelante, cuja conduta amolda-se ao tipo do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, inviável o pleito pela desclassificação do crime. Pena bem dosada, que atende aos requisitos dos artigos 59 e 68 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas. Apelação desprovida. (TJDFT. Proc. nº. 20100110657167APR, Relatora: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Criminal, julgado em 10/02/2011, DJ 16/02/2011 p. 198)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. I – O tipo previsto no art. 12 da Lei nº 6.383/76, é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes). II – O tipo previsto no art. 16 da Lei nº 6.383/76, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes). III - Na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da Lei nº 6.368/76. Recurso provido. {STJ. REsp 1134610/MG. Relator: Ministro FELIX FISCHER. 5ª TURMA. J. 19/08/2010. DJe 20/09/2010}.

Aliás, inviável é a desclassificação do delito de tráfico para o de porte de entorpecente para uso próprio se resta provado que o recorrido portava determinada quantidade de cocaína acondicionada em diversos pacotinhos que sugere o propósito da venda. Já que possuir a substância sem autorização legal é o bastante para caracterizar o delito de tráfico, que é de mera conduta. Além do que a pequena quantidade de droga não descaracteriza o delito de tráfico de entorpecente como quer sustentar a Defesa, se existentes outros elementos capazes de orientar a convicção.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...) 3. 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. 4. Precedentes dos Tribunais Superiores. 5. Ordem denegada. [STJ. HC 132464/MG. Relator: Ministra LAURITA VAZ. 5ª TURMA. J. 02/06/2009. DJe 13/10/2009]

Conclui-se por todo cotejo fático-probatório apresentado a ausência de provas de que a droga apreendida era apenas para o consumo do recorrente, levando-se portanto ao reconhecimento da conduta descrita no art. 12 da Lei nº 6.368/76, hoje prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, descabendo a desclassificação auferida na sentença.

E, desta feita, comprovadas a autoria, a materialidade e tipicidade do delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 (tráfico ilícito de drogas), inexistindo causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, a condenação se impõe.

Passo, então, à fixação da pena.

No tocante à culpabilidade, tem-se que a conduta do acusado é reprovável, mas normal à espécie, pois inserida no próprio tipo, não podendo ser considerada desfavorável.

Quanto aos antecedentes, não maculados, conforme fls. 203.

A boa conduta social atestada pela testemunha Jandira Maria Teixeira, às fls. 83, e a personalidade desconhecida, não havendo que considerá-la prejudicial.

As circunstâncias são normais à espécie delitiva.

Os motivos e conseqüências não foram auferidos.

O comportamento da vítima em nada influenciou para a ação do réu.

Aplico, assim, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a pena-base no mínimo legal previsto na lei da época do fato, em 03 (três) anos de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa.

Deixo de considerar a circunstância atenuante da confissão espontânea por ter fixado a pena no mínimo legal. E na segunda fase da fixação da pena, inexistem agravantes e atenuantes e a serem consideradas.

Contudo, a nova lei de drogas, Lei nº 11.343/2006, trouxe no seu art. 33, §4º uma nova causa de diminuição de pena que, por conta da retroatividade da norma mais benéfica o referido redutor deve ser aplicado aos casos que ocorreram sob a égide da Lei nº 6.368/76.

Nesse sentido vem se posicionando a boa doutrina e a jurisprudência:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO A TRÊS ANOS DE RECLUSÃO PELA LEI Nº 6.368/76 - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 - RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA - APLICAÇÃO DO REDUTOR SOBRE A PENA DA ANTIGA LEI DE DROGAS - COMBINAÇÃO DE LEIS. I. Aplica-se a redução do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 sobre a pena a que condenado o paciente, mesmo pela Lei nº 6.368/76. Os princípios da irretroatividade da lei mais grave e da retroatividade da lei mais benigna autorizam a combinação de normas, sempre que a norma sucessiva beneficiar o réu. II. Ordem concedida. (TJDFT. Proc. 20100020180705HBC. Relatora SANDRA DE SANTIS. 1ª Turma Criminal. J. 16/12/2010, DJ 28/02/2011 p. 114)

Assim, pela incidência da causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ou seja, por ser o agente primário, de bons antecedentes, não havendo provas nos autos de que se dedique às atividades criminosas nem

integre organização criminosa, e levando-se em conta a natureza e a pequena quantidade de droga apreendida, ou seja, conforme às fls. 35, laudo pericial definitivo, “Tratar-se de 06 (seis) petecas contendo 3,87 gramas de substância pulverulenta acondicionados em pedaços de plásticos transparentes, que após serem submetidas aos exames químicos e toxicológicos obtivemos resultado positivo para BENZOILMETILECGONINA , princípio ativo da ‘COCAÍNA”, reduzido em 2/3 (dois terços), tornando a pena definitiva em 01 (um) anos de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, tudo observando a proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU COMO INCURSO NO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICABILIDADE.

1. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, é de rigor a aplicação da causa de diminuição, quando favorável ao réu. 2. Todavia, não sendo módica, no caso, a quantidade da droga apreendida (500 gramas de cocaína), o Paciente faz jus apenas ao grau mínimo de redução da pena. O patamar máximo de minoração deve ser reservado aos casos em que a porção de entorpecentes é mínima e inapta a ensejar maior lesão à ordem pública. (...) 3. Ordem concedida para reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, a fim de fixar a reprimenda em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão. [STJ. HC 143792 / SP. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. J. 5ª TURMA. J. 01/10/2009. DJe 03/11/2009]

Faço ressaltar entretanto que, em face do novo quantum da pena, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa.

Isto porque, entre a data do recebimento da denúncia (19/01/2000, fls. 33) e a da publicação da sentença condenatória (19/07/2006, fls. 112), transcorreu prazo superior a 4 (quatro) anos, previsto no art. 109, inciso V, do Código Penal, ausentes causas suspensivas ou interruptivas desse lapso temporal.

Ante o exposto, reconheço a PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA e declaro EXTINTA A PUNIBILIDADE quanto ao TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE, nos exatos termos do art. 107, inciso IV, c/c 109, inciso V, todos do Código Penal.

Diante do exposto, conheço de ambos os recursos e acolhendo apenas a preliminar argüida pela defesa, declaro a extinção da punibilidade pela prescrição nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, referente ao crime de porte de arma de fogo, art. 10 da Lei nº 9.437/97.

No mérito, julgando parcialmente procedente o apelo da acusação e improcedente o da defesa, condeno André Mota Teixeira pela prática dos crimes de interceptação culposa e tráfico ilícito de entorpecentes, entretanto, pelas penas aplicadas, declaro extintas as punibilidades em decorrência da prescrição retroativa, nos termos apresentados.

É o voto.

Belém, 22 de março de 2011.

Desembargadora Albanira Lobato Bemerguy

Relatora