



1ª TURMA DE DIREITO PENAL
APELAÇÃO PENAL – 00516587720158140097
COMARCA: Benevides.

APELANTE: Márcio da Conceição Henriques (Rodrigo Teixeira Sales – OAB/PA 11.68).

APELADO: Justiça Pública

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA: Francisco Barbosa de Oliveira.

RELATORA: MARIA EDWIGES DE MIRANDA LOBATO.

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE DE ATOS. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA. REJEITADA. Não se justifica a anulação de atos processuais sob fundamento de que houve cerceamento de defesa, quando a diligência requerida seria irrelevante para o deslinde da questão. Preliminar não acolhida. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA INCABÍVEL. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Embora não tenha sido flagrado comercializando a substância apreendida verifica-se que as provas contidas nos autos convergem no sentido de ter o mesmo cometido o crime previsto no artigo 33 da lei 11.343/2006. TESE DE DESCLASSIFICAÇÃO INSUBSISTENTE. Incabível alegação de que os apelantes eram somente usuários, eis que contrária às provas dos autos. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CRIME DE TRÁFICO NA MODALIDADE PRIVILEGIADA. NÃO CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO INCABÍVEL. Apelante é reincidente e com vários registros de antecedentes criminais, não fazendo jus ao benefício da diminuição da pena do artigo 33, §4º da Lei de drogas. Incabível a substituição da pena, eis que não preenche os requisitos do artigo 44, I do Código Penal. Improvimento.

Vistos e etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, realizada aos vinte e oito dias do mês de março do ano de dois mil e dezessete.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Carvalho da Silveira.

Desa. MARIA EDWIGES DE MIRANDA LOBATO
Relatora

RELATÓRIO

Versam os presentes autos de Apelação Penal, interposta pelo advogado supramencionado, impugnando a r. sentença prolatada às fls. 42/49, pelo MM. Juízo da Vara Criminal de Benevides, que condenou Márcio da conceição Henriques, pela prática delitiva tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06 e artigo 12 da Lei 10.826/03, a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime inicial fechado, 01 (um) ano de detenção e 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa.

De acordo com a denúncia no dia 28/07/2015, por volta das 15hs, o apelante foi preso em flagrante delito na residência localizada na Avenida Nações Unidas, em Benevides, por ter sido encontrado no local com 01 (uma) arma de fogo tipo rifle, calibre 22, munição 4.0 além de 26 (vinte e sei) petecas de pasta base, substância popularmente conhecida como cocaína e 01 (uma) pedra da mesma droga. A denúncia foi recebida em 18/09/2015 (fls. 16), o feito foi instruído regularmente com a prolação da sentença às fls. 42/49, condenando o apelante nos termos apontados acima.



Inconformados com o decisum condenatórios, o apelante apresentou recurso de apelação onde aponta nulidade da instrução processual por cerceamento de defesa em razão de não ter sido acolhido o pedido referente a realização de exame datiloscópico e de material genético na droga apreendida.

No mérito objetiva a absolvição por insuficiência de provas, atipicidade da conduta baseado nos princípios do in dubio pro reo e presunção de inocência. Alternativamente requer a desclassificação para o delito imputado no artigo 28 da Lei 11.343/06 e supletivamente a revisão da dosimetria da pena e a aplicação do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06.

Em contrarrazões o representante do Órgão Ministerial manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação (fls. 69/75). O Órgão Ministerial do 2º grau ofereceu parecer de lavra do eminente Procurador de Justiça Francisco Barbosa de Oliveira, que se manifestou pelo conhecimento e improvimento total do recurso de apelação.

É o relatório.

A Revisão cumprida pela Desª Rosi Maria Gomes de Farias.

V O T O

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a apreciação do mérito. Preliminarmente a defesa objetiva a nulidade de instrução processual em razão do cerceamento de defesa diante da rejeição da realização de exame datiloscópico e de material genético na droga apreendida.

Todavia, não assiste razão a defesa. Primeiro porque a questão suscitada está preclusa já que o apelante deixou de arguir a suposta nulidade no momento oportuno, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, quando poderia contraditá-las, mas não o fez.

Por outro lado, a realização da diligência não se mostra obrigatória, ainda mais no presente caso em que restou devidamente provada a materialidade delitiva, eis que as provas presentes nos autos mostraram-se suficientes para embasar o convencimento do magistrado sentenciante, que se norteou por outras provas contidas nos autos para justificar a condenação do apelante.

Assim, a anulação dos atos processuais sob fundamento de que houve cerceamento de defesa do apelante não se justifica, pois a diligência requerida seria irrelevante para o deslinde da questão. Neste sentido são os julgados de E. TJ/PA:

APELAÇÕES PENAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRIMEIRA APELANTE: AUSÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA O DECRETO CONDENATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. 1. Quanto a primeira apelante, resta preclusa a alegada nulidade relativa por ausência da oitiva das testemunhas defensivas, pois evidente o desinteresse na produção da referida prova, cujo questionamento se deu apenas após a sentença condenatória. Recursos conhecidos e improvidos. Decisão unânime. Apelação nº 2011.3.025887-0, Rel. Des. Milton Nobre, julgado em 19/06/2012.

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

No mérito, reclama o apelante sua absolvição por ausência de provas de autoria e materialidade delitiva.



De início verifico que a materialidade delitativa resta comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de Objeto (fl. 15 - IPL), pelo Laudo Toxicológico Provisório (fl. 16 - IPL), Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 76 – IPL) e pelos depoimentos das testemunhas ocorridas durante a instrução processual, na forma abaixo.

De igual modo, a autoria delitiva, resto configurada nos autos, conforme depoimentos abaixo transcritos.

A testemunha Ana Cristina Neves da Rosa relatou em audiência de instrução e julgamento, em síntese, que participou da diligência que culminou com a prisão do acusado; que no dia do fato foi determinada uma diligência pela autoridade policial e, em companhia de outros policiais civis e militares foram até a residência do acusado; que chegando ao local o acusado estava na frente da casa; que os policiais o detiveram e iniciaram revista no imóvel; que os policiais comentaram que foi encontrada droga e uma arma de fogo grande; que a droga apreendida estava com o delegado; que o acusado é conhecido por TABACO; que não conhecia o acusado de outros procedimentos; que houve informações de que o acusado estava envolvido em um assalto no Município de Santo Antônio do Tauá.

A testemunha José Edilson Moreira da Costa relatou em juízo, em síntese, que é policial militar e participou da prisão do réu; que foi uma ação conjunta da polícia militar e polícia civil com o delegado a frente; que ao chegarem à residência do acusado foram impedidos pelo acusado de proceder a revista no imóvel; que o imóvel foi cercado, que o acusado resistiu muito a prisão, pois foi encontrado no imóvel uma arma de fogo, tipo rifle, munição .40 de uso restrito, uma moto roubada, que possivelmente foi utilizada no roubo em Santo Antônio do Tauá, assim como substâncias entorpecentes; que viu a vasilha onde constava a droga; que o acusado perante os policiais confessou que a droga era sua; que houve comentários da participação do acusado no crime de roubo em um balneário; que as investigações iniciaram em decorrência de um assalto em Santo Antônio do Tauá.

A testemunha Antônio Lira Ribeiro Brasil relatou em audiência de instrução e julgamento, em síntese, que é policial militar e participou da prisão do réu; que foi determinada diligência na residência do réu e ao chegarem no local o portão da casa estava aberto, momento em que entraram, porém o acusado tentou evadir-se, mas foi detido e, após realizarem revista no imóvel encontraram uma arma de fogo, tipo rifle, calibre 22, sendo esta encontrada pelo declarante, e na cozinha do imóvel foi encontrada a droga por outro policial; que o acusado é conhecido por TABACO, sendo conhecido da polícia pelo crime de roubo; que a namorada do acusado levou os policiais onde estava a moto de marca Honda, a qual possivelmente foi utilizada em um assalto; que a arma foi roubada de um policial, sendo o fato apurado em outro processo; que a droga foi apresentada pelo policial militar ao comandante da polícia militar e ao delegado.

No que concerne as testemunhas de defesa, foram todas informantes, namorada e parentes do apelante, em que pese afirmarem que o acusado é inocente, tal depoimento resta divorciado das demais provas do processo. O acusado admitiu perante o Juízo que estava portando a arma rifle calibre 22, negando que tenha sido encontrado na posse de droga.

Todavia, em que pese a negativa de autoria por parte de apelante, verifica-se que sua versão encontra-se isolada no contexto probatório, não havendo nos autos provas que venham a corroborar suas alegações, as testemunhas policiais civis e militares foram uníssonas em confirmar a ocorrência delitiva no sentido de que foi



realizada a revista no imóvel e encontrado um Rifle calibre 22, 04 (quatro) munições, 01 (uma) embalagem, confeccionada em saco plástico, de substância petrificada amarelada (pedra de oxi), pesando no total 0,4g e 26 (vinte e seis) embalagens, confeccionadas em sacos plásticos transparentes, contendo substância entorpecente conhecida vulgarmente por cocaína, pesando no total 42,0g (quarenta e duas gramas). Afirmaram ainda, que o acusado já era conhecido pela prática de crime de roubo, motivo pelo qual tentou fugir e resistiu à prisão.

Por fim, deve-se ressaltar que o artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 descreve crime de ação múltipla, sendo que o fato de guardar substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, por si só, configura o crime, pela execução de um dos verbos nucleares previstos no referido dispositivo legal. Destarte, não é exigível a efetiva venda de entorpecente a terceiro. Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. IDONEIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Incabível, no caso em apreço, o deferimento do pleito de desclassificação, visto que o contexto probatório é elucidativo em apontar ao réu a conduta de guardar substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, devendo a condenação do recorrente ser mantida, nos termos em que foi prolatada. 2. O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão não descaracteriza ou desqualifica a prova produzida no feito, porquanto a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a condenação obtida nessas circunstâncias, desde que, durante o processo, nenhuma irregularidade tenha sido apontada, no tocante à oitiva das testemunhas, conforme se verifica, in casu, visto que o apelante em nenhum momento se insurgiu em face da credibilidade dos policiais que efetuaram o flagrante, não havendo nenhuma manifestação processual adequada nesse sentido, como, por exemplo, a alegação de suspeição ou impedimento, não havendo, portanto, argumento hábil no bojo dos autos, capaz de desconstituir referida prova. 3. Recurso Conhecido e Desprovido. Unânime. TJPA – Apel. 0000724-79.2015.8.14.0012, Rel. Vânia Silveira, 1ª CCI - Julgado 29/11/2016.

Diante de tudo quanto exposto não merece acolhimento à tese defensiva que pretende a absolvição do delito imputado em relação apelantes, nem mesmo sua desclassificação para o delito de consumo (artigo 28) pois as evidências retratadas na prova coligida indicam, com segurança, que a substância entorpecente destinava-se ao tráfico de entorpecentes, conforme bem delineado na sentença, restando mantida a condenação do apelante, como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06.

A defesa objetiva, ainda, a aplicação do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, todavia, não deve prosperar o pedido eis que o apelante é reincidente e possui vários registros de antecedente criminais, conforme consta na Certidão de Antecedentes as fls. 37/38, inclusive com sentença condenatória transitada em julgado.

O §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, é específico ao determina que as penas definidas no caput e §1º do artigo 33 da referida lei, podem ser reduzidas, desde que o agente seja: primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização.

Assim, não faz jus o apelante ao benefício da diminuição da pena, pois para obtenção é necessário que preencha a todos os requisitos legais constantes no supramencionado parágrafo e neste caso o agente responde a outro delito, conforme faz prova a Certidão Positiva de antecedentes criminais (fls. 64), de onde se extrai que o paciente está sendo julgado além do delito de tráfico, pelo crime de roubo qualificado. Neste sentido colaciono julgado:

APELAÇÃO PENAL - CRIME DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11. 343/06 - DA ABSOLVIÇÃO -



IMPROCÊDÊNCIA - PROVAS ROBUSTAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO - DA REDUÇÃO DA PENA-BASE - PROCEDÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANALISADAS EQUIVOCADAMENTE - DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º - IMPOSSIBILIDADE - NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS - ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. I. [...] II. In casu, a pena-base merece reparo, pois o julgador utilizou-se de fundamentação inidônea para valorar negativamente a culpabilidade, os antecedentes, os motivos e as consequências do crime. Com efeito, sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, reduzo a pena-base para o mínimo legal, fixando-a em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, não há atenuantes e nem agravantes. Na fase derradeira, andou bem o magistrado quando afastou a aplicação do benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei nº. 11.343, uma vez que as provas contidas nos autos evidenciam que o recorrente não se trata de criminoso ocasional, ao contrário, demonstram o seu envolvimento com atividades criminosas, mormente considerando a natureza e a quantidade de drogas apreendidas (aproximadamente 30 gramas de cocaína, acondicionadas em 30 petecas), bem como os seus antecedentes criminais, conforme a certidão juntada aos autos. Dessa forma, fixo a pena definitiva em 5 anos e 500 dias-multa, à razão de 1/30 salários mínimos vigentes à época dos fatos delituosos. III. Recurso conhecido e parcialmente provido, para redimensionar a pena aplicada, mantendo nos seus demais termos a decisão combatida.

TJPA – AP 0000684-25.2014.8.14.0015 – Rel. Des. Milton Nobre – 2ª Câmara Criminal Isolada – Julgado em 23/08/2016.

Por fim, requer o apelante a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Todavia, não faz jus o apelante à substituição, eis que não preenche os requisitos do artigo 44, I do Código Penal, só cabendo a aplicação da benesse a pena não superior a 04 (quatro) anos e conforme delineado na sentença o quantum final da pena aplicada ao mesmo foi 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 01 (um) ano de detenção. Neste sentido são os julgados desta Egrégia Corte, in verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPROVIMENTO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. DOLO GENÉRICO. PENA. ALEGAÇÃO DE EXACERBAÇÃO INDEVIDA E REQUERIDA APLICAÇÃO DE ATENUANTES E DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. [...] 5. Permanecendo intocado o quantum final da reprimenda estabelecido pelo julgador a quo, impossível a pleiteada substituição por penas restritivas de direitos, em obediência ao art. 44, inciso I do CPB, eis que a pena restou superior a 04 (quatro) anos. 6. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO à unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Isto posto, conheço e nego provimento integral ao recurso de Márcio da Conceição Henriques, mantidas todas as disposições da sentença apelada.

É o voto.