



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

**APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUTORIA DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MAJORANTE AFASTADA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONCURSO MATERIAL INVÍAVEL. MAJORANTE ESPECÍFICA. ABSOLVIÇÃO. RECEPÇÃO DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO.**

**Inversão da ordem dos questionamentos.** A declaração de nulidade processual em razão de violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal depende de irresignação tempestiva da parte, isto é, de registro de inconformidade na ata de audiência – o que não ocorreu. Preliminar rejeitada.

**Tráfico de drogas.** Circunstâncias da prisão em flagrante que demonstram, de forma inequívoca, o tráfico de drogas. Réu preso juntamente com adolescente (não localizado em juízo), após correr ao avistar a viatura de polícia. Apreensão de 96 pedras de crack (16,8g) e munições dentro da mochila que carregava, bem como de uma arma de fogo na cintura. Menor encontrado com outra arma, de mesmo calibre. Alegação de consumo pessoal inconsistente diante do contexto da apreensão, forma de acondicionamento da droga e posse concomitante de armas. Condenação mantida.

**Majorante do tráfico.** O mero fato *ocasional* de o crime ter sido cometido próximo à instituição de ensino não é capaz de majorar a pena. Com respeito aos entendimentos em contrário, ou seja, de que o inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas configura majorante objetiva, entendo que a função da majorante é conferir maior reprovabilidade à conduta delitiva de tráfico que se vale da existência das instituições elencadas pelo referido artigo, ou seja, que se beneficia do movimento ou da condição de vulnerabilidade de seus freqüentadores. Majorante afastada.

**Porte ilegal de arma de fogo.** O uso de arma de fogo é majorante específica do crime de tráfico de drogas, não podendo ser denunciado como conduta autônoma. Concurso material que prejudica o réu, na medida em que importa duas penas somadas, e não uma exasperada, podendo ainda embasar a manutenção da prisão preventiva e agravar o regime carcerário. Porte de arma



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

destinado à proteção pessoal em razão do comércio de entorpecentes praticado e ao guarneecimento da atividade ilícita. Corolário lógico é absolvição por atipicidade.

Receptação. A arma de fogo de calibre .38, apreendida com o réu durante a prisão em flagrante, foi furtada no ano de 2010 conforme registro de ocorrência anexo. Tendo sido denunciada a conduta de receptação na modalidade dolosa, impossível presumir-se que o réu tinha ciência de que o revólver fosse objeto de crime. Absolvição mantida.

**RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA  
PARCIALMENTE PROVIDO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE/APELADO

A.S.G.

APELANTE/APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso do Ministério Público e dar parcial provimento ao recurso defensivo, e **a)** manter a absolvição de A.S.G. pelo artigo 180, caput, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; **b)** manter a condenação do réu às sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, afastando a majorante do artigo 40, inciso III, da mesma lei; **c)** absolver o réu das imputações do artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e **d)**



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

redimensionar a pena aplicada para fixá-la em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 180 dias-multa, substituída por prestação de serviços à comunidade.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE) E DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES.**

Porto Alegre, 02 de julho de 2015.

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,**  
Relator.

## RELATÓRIO

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)**

O Ministério Público denunciou o réu nos seguintes termos:

### **Fatos Delituosos:**

#### **Fato nº 01:**

No dia 04 de dezembro de 2012, por volta das 22 horas, na Rua Claudioor de Moraes, próximo ao nº 70, Bairro Cascata, nesta Capital, nas proximidades da Escola Estadual de Ensino Fundamental Espírito Santo (informações anexas), o denunciado, trazia consigo, para fins de comércio, **96** (noventa e seis) “pedras” de cocaína processada na forma de *crack*, pesando cerca de 16,80g (auto de apreensão da fl. 18), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (laudo de constatação da substância das fls. 21/23).

#### **Fato nº 02:**

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado portava **01** (um) revólver da marca Taurus, calibre 38, de **uso permitido**, numeração NL161232, n.º infratambor 6635, municiado com **06** (seis) projéteis, e **12** (doze) cartuchos, intactos, do mesmo calibre (auto de apreensão da fl. 18), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

#### **Fato nº 03:**



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

No período compreendido entre 17 de outubro de 2012, a partir das 20 horas, e 04 de dezembro de 2012, por volta das 22 horas, em local ignorado, nesta Capital e o denunciado recebeu, em proveito próprio, **01** (um) revólver da marca Taurus, calibre 38, de **uso permitido**, numeração NL161232, infratambor 6635, sabendo que se tratava de produto de crime, uma vez que não possuía legalmente a arma, a qual subtraída de Paulo Ricardo Lucas, seu proprietário (ocorrência policial nº 6715/2010 – 1ª DP de Cachoeirinha – fl.26).

Na oportunidade, o denunciado estava na companhia do adolescente K.F.C. em via pública, proximidades da Escola Estadual de Ensino Fundamental Espírito Santo, quando, ao avistarem uma viatura da Brigada Militar, empreenderam fuga, sendo logo abordados; na revista, o acusado foi flagrado portando, na cintura, a arma de fogo supra, municiada com seis cartuchos, e trazendo consigo, dentro de uma mochila de cor preta, marca Adidas, carregada nas costas, a droga referida e os 12 cartuchos calibre 38, intactos, além da quantia de R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais). O adolescente infrator K.F.C. portava, na cintura um revólver da marca Taurus, calibre 38, municiado com seis cartuchos, sem numeração.

**Assim agindo**, o denunciado incorreu nas penas do artigo 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006, art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e art. 180. *caput*, do CP, na forma do art. 69, *caput*, do CP (...)

Assim constou do relatório da sentença proferida pelo Juiz de Direito, Dr. José Ricardo Coutinho da Silva (fls. 180-194):

Autuado em flagrante delito, o auto foi homologado, sendo convertida em preventiva a prisão do indiciado.

Notificado, apresentou defesa preliminar o denunciado através de defensora pública, sendo recebida a denúncia.

Na instrução, foram ouvidas duas testemunhas de acusação e três de defesa, sendo o réu, já citado, qualificado e interrogado. Foi concedida a liberdade provisória.

Substituído o debate oral por razões escritas, nessas, o Ministério Público, entendendo comprovadas a autoria e a materialidade dos crimes, pediu a procedência da denúncia.

A defesa levantou, preliminarmente, a nulidade procedural decorrente da violação do disposto pelo artigo 400 do Código de Processo Penal, que estabelece o interrogatório do réu como último ato da audiência de instrução e julgamento, devendo ser o entendimento aplicado às leis especiais, posto



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

que superveniente. Alegou, ainda em preliminar, a nulidade do processo em virtude da inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, que estabelece que a iniciativa dos questionamentos às testemunhas compete às partes, cabendo ao juiz o papel de fiscalizador da inquirição, podendo formular questões complementares. No mérito, sustentou a insuficiência de provas para um juízo condenatório. O réu, em seu interrogatório, admitiu a posse da droga, afirmado que era para consumo e que pegou a arma no momento em que os policiais começaram a atirar, apenas, para se defender. De outro lado, as testemunhas de defesa abonaram a conduta do réu, negando seu envolvimento no tráfico, relatando, ainda, que, mesmo sendo os policiais avisados de que havia crianças no local, continuaram atirando. Os policiais não viram o réu traficando. Não foi apreendido nenhum material indicativo de tráfico, tampouco identificado qualquer comprador ou relatório de investigações prévias que apontasse o réu como traficante. Logo, não foi testemunhada a mercancia inerente à configuração do tipo, havendo tão somente a apreensão de droga e uma presunção de tráfico. Aduziu que, para caracterizar o crime de tráfico, é necessário, além da apreensão da droga, a presença de atos inequívocos que caracterizem o comércio, o que não se verificou na hipótese dos autos. Ademais, a prova acusatória se cinge no depoimento de policiais militares que atuaram na prisão do réu, restando insuficiente ao convencimento do juízo. Pediu a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Em caso de entendimento diverso, postulou o afastamento da causa de aumento de pena previsto no inciso III, do artigo 40, da Lei n.º 11.343/06, já que ausente levantamento apontando que efetivamente houve favorecimento em face do local onde se encontrava ou mesmo prova de sua ocorrência. Não sendo acolhidas as teses absolutórias e desclassificatórias, requereu o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. Por fim, pediu o afastamento da pena pecuniária, uma vez que seus efeitos criminógenos são rechaçados dentro de um processo penal democrático constitucional.

O réu não registra antecedentes (fls. 51 e 166).

Acrescento ter havido absolvição de A.S.G. quanto ao artigo 180, caput, do Código Penal, e condenação pelo artigo 33, caput, combinado com seu parágrafo 4º, e combinado também com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, e pelo artigo 14, caput, da Lei 10.826/03,



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

à pena total de 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e 244,44 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

O Ministério Público, pelo Promotor de Justiça Gerlado Jung Messa, interpôs recurso de apelação requerendo a condenação do réu também pelo artigo 180, caput, do Código Penal (fls. 197-199).

Pelo réu, o Defensor Público Cristiano Vieira Heerdt apelou argüindo violação do artigo 212 do Código de Processo Penal, e, no mérito, postulou a absolvição por insuficiência probatória (fls. 214-219).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 205-207 e 220-226).

Em segundo grau, o Procurador de Justiça Ivan Melgaré manifestou-se pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial (fls. 230-234).

É o relatório.

## **VOTOS**

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)**

### **I. Materialidade**

A materialidade restou consubstanciada na apreensão de 96 pedras de crack pesando 16,8g, embalada individualmente em papel alumínio, R\$ 65,00 em espécie, 01 revólver Taurus calibre .38 e 18 cartuchos compatíveis (fl. 24). Ainda, foram apreendidos outro revólver Taurus de mesmo calibre, bem com 06 cartuchos compatíveis (fl. 41).

A natureza entorpecente da substância foi atestada por laudo pericial definitivo, oriundo do Instituto Geral de Perícias – positivo para cocaína (fl. 98). O revólver apreendido foi submetido à perícia balística, que comprovou a eficácia da arma e dos cartuchos (fl. 147).



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

## **II. Preliminar de violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal**

Na sessão de audiência realizada no dia 08 de julho de 2013, mesmo presente representante do Ministério Público, nota-se que o magistrado formulou questionamentos diretamente às testemunhas acusatórias, para só depois, de forma complementar, passar a palavra às partes. É certo que o artigo 212 do Código de Processo Penal prevê o exato oposto, a bem do sistema acusatório.

No entanto, a inversão da ordem dos questionamentos, em afronta ao artigo 212 do Código de Processo Penal, configura nulidade relativa. Desta forma, é necessária a insurgência tempestiva, em audiência, sob pena de preclusão. No caso dos autos, contudo, nada foi consignado no termo de audiência.

Nesse sentido colaciono:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ARGUIÇÕES PRELIMINARES DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO E POR DESOBEDIÊNCIA AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO, DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006, RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA, ALTERAÇÃO DE REGIME CARCERÁRIO, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E ISENÇÃO DA MULTA. PRELIMINARES 1.1 AUSÊNCIA DE REABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO A Lei nº 11.343/2006 estabelece rito processual próprio, não havendo previsão para apresentação de resposta escrita após o recebimento da denúncia. Prevalência da lei especial. De qualquer modo, a ausência do prazo não trouxe prejuízos e não se declara nulidade quando é possível decidir em favor de quem a nulidade aproveita. 1.2 NULIDADE POR OFENSA AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL As nulidades sanáveis devem ser arguidas na primeira oportunidade que surgem, sob pena de sanação. No caso de suposta violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal, considerando o disposto no artigo 571 do mesmo diploma e sua



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

adaptação possível ao novo rito, essa oportunidade é a própria audiência de instrução, debates e julgamento. Não arguida, fica preclusa a matéria. 2. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA Apreensão com o réu de vinte e seis (26) pedras de crack, pesando aproximadamente 4,3g, após abordagem policial decorrente de patrulhamento ostensivo. Quantidade não significativa de drogas. Inexistência de investigações anteriores. Ausência de prova inequívoca acerca da destinação das substâncias. Dúvida que se resolve em favor do acusado. Absolvição que se impõe. APELO PROVIDO. PRELIMINARES PREJUDICADAS. (Apelação Crime Nº 70052982832, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 15/07/2013)

Logo, não é acolhida a preliminar defensiva.

### III. Autoria

O policial militar **M.A.L.V.** relatou que o réu, acompanhado de um segundo indivíduo, fugiu ao ver a guarnição. Os suspeitos foram alcançados dentro de uma casa, onde o menor estava no banheiro e o réu numa dependência. Efetuou a revista pessoal no acusado, ocasião em que encontrou um revólver municiado em sua cintura, havendo mais munições na mochila, onde havia também cerca de noventa porções de crack e dinheiro somando cerca de seiscentos e setenta reais (fls. 137-141).

O policial **M.G.F.** afirmou que a guarnição se encontrava em patrulhamento de rotina e avistou o réu sentado numa escadaria junto a um menor. A dupla, ao perceber a polícia, teria corrido, tendo o menor colocado a mão na cintura, provavelmente para segurar uma arma. Em razão disso perseguiram os suspeitos, vendo que o menor entrou em uma casa, onde foi alcançado no banheiro portando um revólver. O réu foi encontrado agachado na área de serviço, com uma mochila nas costas e um revólver na cintura. Dentro da mochila estavam as drogas apreendidas (fls. 157-159).

**A.S.G.**, irmão do acusado, disse estar na casa de sua avó, onde A. mora nos fundos, e ter visto quando um policial efetuou um disparo



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

durante a perseguição. Não presenciou o momento da prisão nem da apreensão (fls. 160-161).

Foram ouvidas testemunhas abonatórias (fls. 161v-163).

Por fim, o réu **A.S.G.** negou parcialmente os fatos, explicando que possuía a droga apreendida, porém a substância se destinava ao seu consumo pessoal. Quanto à arma, efetivamente possuía uma, porém guardada dentro da casa da avó, tendo-a pego no momento do flagrante pelo medo da polícia. Quanto a K., não sabia que estava armado e o conhecia apenas há alguns dias (fls. 163-165).

Consigno que o menor **K.F.C.**, que permaneceu em silêncio na Delegacia de Polícia (fl. 45), não foi encontrado para prestar declarações na fase processual. Sabe-se, no entanto, que respondeu ao ato infracional nº 001/51200118804 (fl. 179), e as cópias do feito não foram requeridas pela acusação.

#### Tráfico de drogas

Apesar da versão defensiva de posse para consumo pessoal, **não há dúvida de que a substância apreendida destinava-se à circulação**. O montante de 96 pedras de crack, individualmente embaladas, é incompatível com o usuário. A natureza da droga apreendida, crack, não é tipicamente comprada em quantidade pelo consumidor, e, mesmo que esse fosse o caso, a soma da substância não admite a hipótese - até mesmo pelo expressivo valor de mercado da droga.

Note-se, ademais, que os policiais relataram **as circunstâncias da prisão em flagrante que são, tipicamente, indicadoras de tráfico de drogas**, narrando que o réu estava parado em uma escadaria apontada como ponto de tráfico pelos policiais, junto a um adolescente, correndo ao ver a viatura. Não se olvide que **ambos portavam revólveres do mesmo calibre**, sendo que na mochila carregada por A.,



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

além das drogas, havia também outras munições (que ao total chegaram a dezoito). Aliás, porque havia munições na mochila é que se mostra ainda mais inconsistente a versão pessoal do réu, no sentido de que pegou a arma apenas dentro de casa, para se proteger da polícia.

Diante do contexto dos autos, portanto, não há dúvida de que “*o denunciado trazia consigo, para fins de comércio, 96 (noventa e seis) ‘pedras’ de cocaína processada na forma de crack, pesando cerca de 16,8g*”, conforme narrado na peça inaugural (fl. 02).

No entanto, quanto à majorante do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, entendo não mereça ser mantida. Embora o local do fato seja próximo à Escola Estadual de Ensino Fundamental Espírito Santo, nada nos autos indicou que a prática do tráfico naquela área mantivesse alguma espécie de vinculação com a atividade educacional desenrolada no mesmo ambiente. Isto é, em que pese não se ignore os entendimentos no sentido de que se trata de majorante objetiva, não parece adequado majorar uma pena pela circunstância meramente ocasional de a prisão em flagrante ter ocorrido próxima a instituições de ensino.

A legislação penal elenca uma série de estabelecimentos que configuram a majorante, assim prevendo:

*Lei 11.343/06*

*Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:*

*III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou benéficas, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;*



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

Contudo, entendo que, se de um lado a redação da majorante é, sim, composta por diversas circunstâncias configurativas, de outro é necessário que do texto jurídico se proceda à interpretação. Objetivamente, 15 hipóteses diferentes, de modalidade “aberta” (ou seja, de interpretação ampla), são enquadradas só no inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas. Entretanto, uma apreciação acrítica da letra da lei, que não busque entender a sua finalidade, a vontade do legislador, resta completamente divorciada do ato jurisdicional comprometido com a concepção hermenêutica conformada à constitucionalidade.

Parece certo que, nesses casos, o legislador procurava conferir maior reprovação ao tráfico de drogas realizado nas dependências e imediações dos locais acima descritos porque o comércio ilícito se valeria desses ambientes para a consecução da prática delitiva, isto é, de alguma forma se veria beneficiado pela existência dessas instituições – movimento de frequentadores, condição de vulnerabilidade destes, etc.

Desse modo, não havendo qualquer demonstração de vinculação entre a EEEF Espírito Santo e o comércio ilícito praticado pelo réu, deve ser afastada a majorante descrita na denúncia.

#### Porte de arma de fogo

Embora evidenciado que o réu portava a arma de fogo, as circunstâncias da apreensão não permitem a manutenção da condenação. Isso porque, conforme ficou claro no curso do processo, a arma destinava-se ao guarnecimento da atividade de traficância.

Em se tratando de o Ministério Público formar *opinio delicti* no sentido de que a droga encontrada com o réu se destinava a entrega para terceiros, configurando o crime de tráfico, não deveria tê-lo denunciado, separadamente, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, quando a Lei nº 11.343/2006 prevê que



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

a pena do tráfico será majorada no caso de o crime ter sido cometido com emprego de arma de fogo.

É o teor do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou benficiantes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financeirar ou custear a prática do crime. (grifei)

Note-se que o policial M. esclareceu que o menor havia colocado a mão na cintura no momento da fuga, o que indica que os réus estavam armados desde o início, quando ainda sentados na escadaria da vila em posse de entorpecentes. Não há dúvida, portanto, que no caso concreto o armamento constituía ferramenta destinada à prática do tráfico, tratando-se de mero instrumento de proteção e guarneecimento da atividade ilícita. O uso da arma de fogo é, contudo, situação que deverá ser avaliada sempre no caso concreto.

Nesse sentido:



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO ARGUINDO, PRELIMINARMENTE, A INÉPCIA DA DENÚNCIA. NO MÉRITO, PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU, COM BASE NAS TESES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E DE PRECARIEDADE DA PROVA. PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL, DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DE CONCESSÃO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRÉVIA INCONSISTENTE. PRELIMINAR QUE SE REJEITA. PRETENSÃO MERITÓRIA INFUNDADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Tendo a denúncia descrito, de forma suficientemente clara, conduta que se amolda, integralmente, ao tipo penal previsto no artigo 33, caput, c.c. artigo 40, IV, ambos da Lei 11.343/06, não se verificando, portanto, qualquer omissão que prejudique o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo réu, não há que se falar em inépcia da exordial, à alegação de descumprimento dos requisitos contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal. 2. Preliminar rejeitada. 3. De acordo com o seguro conjunto probatório, policiais militares, ao participarem de uma operação no Complexo da Mangueirinha, em Duque de Caxias, receberam a informação de um popular de que um indivíduo estaria portando uma pistola e grande quantidade de drogas, o qual poderia ser encontrado transitando em sua motocicleta ou em sua residência. 4. Ainda consoante a prova dos autos, depois de localizarem a motocicleta e o indivíduo, no endereço indicado, os policiais verificaram que o acusado tinha em depósito, para fins de tráfico, farta quantidade de substância entorpecente, conhecida como crack, e, nas mesmas condições de tempo e lugar, mantinha sob sua guarda uma pistola calibre .40 e munições para pistola e fuzil, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 5. Diante dessa realidade, impossível se mostra a solução absolutória, com base na tese de precariedade da prova acusatória, a pretexto de se tratar exclusivamente de depoimentos de policiais, porquanto tal alegação, a toda evidência, não pode ser acolhida, pois, como assente na doutrina e na jurisprudência, a mera qualidade funcional da testemunha não constitui, por si só, qualquer impedimento ou suspeição. 6. Tendo sido a pistola apreendida no mesmo contexto fático em que foram arrecadadas as substâncias entorpecentes, restando comprovado que a referida arma era portada pelo acusado para assegurar a prática do crime de tráfico de drogas, configurada se encontra a causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06, sendo incabível, pois, o seu afastamento. 7. Sendo extremamente significativa a quantidade de substância entorpecente apreendida – 83,56g de cloridrato de cocaína, em forma de crack, acondicionados em 506 sacolés –, correta se



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

apresenta a fixação da pena-base acima do mínimo legal, como estabelecido na sentença. 8. Havendo nos autos prova de que o acusado se dedicava às atividades criminosas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, descabida se apresenta a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem assim a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 9. Sendo o tráfico de drogas delito constitucionalmente considerado hediondo, inviável se revela o abrandamento do regime prisional para o sistema aberto, uma vez que tal benefício, de natureza geral, não se afigura compatível com a regra especial da Lei n.º 8.072/90, que determina seja a sanção privativa de liberdade, independentemente do seu quantum, cumprida inicialmente em regime fechado (ART. 2º, § 1º), o que não é constitucional nem afronta o princípio da individualização da pena. 10. Tendo o magistrado de primeiro grau, ao prolatar o decreto condenatório, negado ao réu o direito de apelar solto, porquanto respondeu ele à ação penal preso, e persistindo os requisitos da custódia cautelar, descabido se afigura o pleito de recorrer em liberdade. 11. Recurso desprovido.

(TJ-RJ - APL: 21971085220118190021 RJ 2197108-52.2011.8.19.0021, Relator: DES. JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO, Data de Julgamento: 04/12/2012, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/04/2014 16:41) (grifei)

A imputação das condutas desvinculadas é prejudicial ao acusado, porque, em caso de condenação, ser-lhe-ia imposta pena maior em razão do concurso material, quando a Lei n.º 11.343/2006 prevê majorante específica a ser aplicada na hipótese. A questão transcende um simples equívoco na imputação, pois é possível que, eventualmente, réu primário permaneça encarcerado há mais de um ano em razão do desate operado na imputação, já que, inexistentes elementos probatórios relativamente à traficância, a pena atinente ao injusto previsto no Estatuto do Desarmamento não autorizaria a prisão preventiva.

De outro lado, para melhor exemplificar, caso houvesse entendido o representante do Ministério Público estar diante do delito de posse de drogas para consumo pessoal, conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, poderia ter formalizado a acusação também pelo crime descrito no artigo 14, caput, da Lei nº 10.826/2003. Nesse caso, por não se



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

poder presumir o envolvimento do artefato bélico com a prática do tráfico, a individualização das condutas é a melhor medida a ser tomada.

**O Estado deve assumir postura ética não só quando a jurisdição é exercida, mas também quando investido na função de acusar.** A consequência que decorre de a denúncia estar em desacordo com a previsão do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, é a absolvição do acusado pelo segundo fato delituoso descrito na denúncia, a saber, posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

#### Recepção dolosa

Em suas razões recursais, insurgiu-se o Ministério Público contra a absolvição operada quanto à conduta de recepção dolosa imputada ao réu. O fato foi analisado pela sentença no seguinte argumento:

Entretanto, quanto ao delito de recepção, insuficiente tão-só a apreensão da arma com o acusado para demonstrar que soubesse esse de sua origem criminosa, devendo a dúvida operar em favor do réu.

De fato, o registro de ocorrência de fl. 32 indica que o revólver foi furtado da vítima Paulo Ricardo Lucas em 18 de outubro de 2010, sendo suspeita de praticar a conduta a pessoa chamada Nelson Porto. Não há dúvida de que os sinais identificadores descritos na ocorrência nº 6715/2010 conferem com aqueles da arma apreendida em poder do réu, cerca de dois anos depois (fl. 24).

No entanto, não há como atribuir ao réu a conduta de receber objeto que sabe ser produto de crime. O revólver não possuía numeração raspada. Em juízo, o réu disse não saber da procedência do objeto, tendo-o comprado havia cerca de dois meses antes da prisão. Em direito penal não há responsabilidade objetiva. Em assim sendo, tratando-se de conduta que



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

foi denunciada na modalidade dolosa, impõe-se a manutenção da absolvição.

#### IV. Pena

A pena relativa ao delito descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, foi assim calculada:

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão. Outrossim, aumento a pena, pela causa de aumento reconhecida (art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06), em um sexto, ficando em 05 anos e 10 meses de reclusão, que reduzo, considerando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em dois terços, passando a **01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras. A pena pecuniária vai fixada inicialmente, em 500 dias-multa, que majoro, pela causa de aumento reconhecida, em um sexto, para 583,33 dias-multa e reduzo de dois terços pela causa de diminuição acima mencionada, passando a **194,44 (cento e noventa e quatro inteiros e quarenta e quatro centésimos) dias-multa**, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigida quando do pagamento.

Afastada a majorante, mantendo a pena no mínimo legal, cinco anos de reclusão, e mantenho a minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 em sua fração máxima, do que resulta a pena definitiva de **01 ano e 08 meses de reclusão**, e proporcionais **180 dias-multa**, à razão legal mínima.

O réu é primário e a pena inferior a quatro anos, de modo que o regime de cumprimento deve ser fixado em **aberto**, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Possível ainda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, em local e condições a serem determinados pelo juízo de execução, considerada a detração da pena.



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

## **V. Dispositivo**

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público e dou parcial provimento ao recurso defensivo, e **a)** mantendo a absolvição de A.S.G. pelo artigo 180, caput, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; **b)** mantendo a condenação do réu às sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, afastando a majorante do artigo 40, inciso III, da mesma lei; **c)** absolvo o réu das imputações do artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e **d)** redimensiono a pena aplicada para fixá-la em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 180 dias-multa, substituída por prestação de serviços à comunidade.

**DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO** - Presidente - Apelação Crime nº 70057362683, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, E A) MANTIVERAM A ABSOLVIÇÃO DE A.S.G. PELO ARTIGO 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; B) MANTIVERAM A CONDENAÇÃO DO RÉU ÀS SANÇÕES DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, AFASTANDO A MAJORANTE DO ARTIGO 40, INCISO III, DA MESMA LEI; C)



DVHR

Nº 70057362683 (Nº CNJ: 0460895-95.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

ABSOLVERAM O RÉU DAS IMPUTAÇÕES DO ARTIGO 14, CAPUT, DA LEI 10.826/03, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E D) REDIMENSIONARAM A PENA APLICADA PARA FIXÁ-LA EM 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E 180 DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE."

Julgador(a) de 1º Grau: JOSE RICARDO COUTINHO SILVA