



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000325992

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500854-96.2024.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante REINALDO SOARES SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Afastada a preliminar, deram parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas do acusado a 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, de conformidade com o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 e, quanto ao delito tipificado no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento, substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, mantendo-se, no mais, a r.sentença. V.U."**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), MOREIRA DA SILVA E MARCELO GORDO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

AUGUSTO DE SIQUEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação n. 1500854-96.2024.8.26.0318

Comarca de Leme - Vara Criminal

Apelante: Reinaldo Soares Santos

Apelado: Ministério Público

Sentença: MM. Juiz Tiago Henrique Grigorini

Voto n. **54618**

EMENTA: Direito Penal. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas e Posse Ilegal de Munição. Parcial provimento.

I. Caso em Exame

Condenação a 07 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 700 dias-multa, por tráfico de drogas (art. 33, “caput”, da Lei n. 11.343/06), e a 01 ano de detenção, em regime aberto, e 10 dias-multa, por posse ilegal de munição (art. 12 da Lei n. 10.826/2003). O réu guardava 161 porções de cocaína e 02 munições de calibre 380.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) nulidade do feito por ingresso sem mandado judicial; (ii) absolvição por insuficiência de provas; (iii) desclassificação do tráfico para uso pessoal; (iv) aplicação do princípio da insignificância para a posse de munição; (v) fixação das penas no mínimo legal; (vi) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; (vii) concessão do regime aberto.

III. Razões de Decidir

3. O ingresso na residência foi autorizado e, tratando-se de crime permanente, não há nulidade por falta de mandado judicial.

4. A confissão do réu e depoimentos dos policiais são suficientes para a condenação, não havendo insuficiência de provas.

5. A desclassificação para uso pessoal é inviável, dada a

quantidade de droga apreendida.

6. O princípio da insignificância não se aplica à posse de munição, por se tratar de crime de perigo abstrato.

7. As penas foram fixadas no mínimo legal para o tráfico privilegiado, mas a substituição por restritivas de direitos não é cabível devido às circunstâncias do caso.

8. O regime semiaberto é mantido para o tráfico, mas a pena de detenção é substituída por prestação de serviços à comunidade.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido, para reduzir as penas do acusado a 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, conforme o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, e substituir a pena de detenção por prestação de serviços à comunidade, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

Tese de julgamento:

O ingresso em domicílio sem mandado é lícito em flagrante de crime permanente.

A confissão e depoimentos de policiais são suficientes para a condenação.

O tráfico de drogas não se desclassifica para uso pessoal sem provas robustas.

A posse de munição não é insignificante, sendo crime de perigo abstrato.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível em casos de tráfico com circunstâncias agravantes.

Legislação Citada:

Lei n. 11.343/06, art. 33, “caput”; Lei n. 10.826/2003, art. 12; Código Penal, art. 44.

Jurisprudência Citada:

STJ, RHC 150558, Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 13.08.2021; STF, ARE 1.131.415/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 05.09.2018.

Vistos.

Reinaldo Soares Santos foi condenado a 07 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 700 dias-multa, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei n. 11.343/06, e a 01 ano de detenção, em regime aberto, e 10 dias-multa, por infringência ao artigo 12 da Lei n. 10.826/2003.

Inconformado, apela. Alega, em preliminar, nulidade do feito, tendo em vista o ingresso na residência sem mandado judicial. Quanto ao tráfico de drogas, postula absolvição, por insuficiência de provas, ou a desclassificação do delito para o tipificado no artigo 28 da Lei de Tóxicos. Com relação ao porte ilegal de munição, requer absolvição, aplicando-se o princípio da insignificância. Subsidiariamente, postula a fixação das penas no mínimo cominado, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão do regime aberto.

Recurso bem processado.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo.

É, em síntese, o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 02 de maio de 2024, na Rua Antônio Padovan, n. 273, na cidade e Comarca de Leme, Reinaldo Soares Santos guardava e trazia consigo, para fins de tráfico, 161 porções de cocaína, pesando aproximadamente 106 gramas, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, ademais, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o acusado possuía 02 munições de calibre 380, marca “CBC”, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua

residência ou dependência desta.

Analisa-se a preliminar arguida.

As buscas pessoal e domiciliar efetuadas pelos policiais não configuram nulidade alguma.

Os policiais militares Claudinei e Jesder relataram que haviam recebido informações de que o acusado Reinaldo, vulgo “Pio”, estaria praticando o tráfico de drogas, além de possuir diversas armas de fogo. Foram até o local, pois o acusado era suspeito de disparar arma de fogo que vitimou um senhor no bairro Alto da Glória. A irmã do acusado informou que ele estava residindo em outra rua e para lá se deslocaram. Chegando ao local, solicitaram autorização para entrarem na casa. Nesse meio tempo, visualizaram Reinaldo correndo em direção aos fundos da residência com uma sacola nas mãos. Ingressaram na casa e conseguiram localizá-lo no quintal do imóvel e, em busca pessoal, apreenderam um aparelho celular e R\$ 15,00. Ao lado dele, encontraram a sacola branca que continha diversos “ependorfs” de cocaína. Então, com autorização de Jacilara (esposa do réu) e do pai dela, realizaram buscas na residência e localizaram, no quarto de Reinaldo, 02 munições intactas e 03 deflagadas. Questionado, Reinaldo confessou que as drogas eram de sua propriedade e afirmou que teria achado as munições na rua.

A testemunha Jacilara, esposa do réu, disse que os policiais chegaram no imóvel, abriram o portão e perguntaram sobre seu marido, tendo ela respondido que ele estava nos fundos da casa. Em seguida, os policiais algemaram o acusado e informaram que ele estava sendo preso por portar substâncias entorpecentes. Não visualizou as drogas apreendidas. Os policiais também encontraram alguns projéteis, os quais tinham sido achados na rua. Questionada, disse que os policiais não solicitaram autorização para entrarem na residência e só assinou o termo após a realização das buscas.

A testemunha Márcio, sogro do réu, afirmou que, no dia da ocorrência, estava dormindo e foi acordado apenas para assinar um documento. Questionado, disse que não sabia o que estava assinando, reiterando que não presenciou o ocorrido, pois estava adormecido durante todo o episódio. Afirmou, ainda, que não poderia ter consentido a entrada dos policiais, uma vez que estava repousando.

De início, verifica-se que o ingresso na residência foi autorizado pela esposa do acusado e pelo seu sogro (fl. 28). A versão apresentada, em juízo, por este, de que “assinou sem saber do que se tratava, pois estava dormindo”, “data venia” chega a ser risível.

De qualquer forma, como já ressaltado na r. Sentença, tem-se que, em se tratando-se de crime permanente, a busca e apreensão pessoal, bem como a domiciliar independem de mandado judicial.

Com efeito. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XI, ao assegurar a inviolabilidade do domicílio, exigindo para o ingresso em residência a existência de mandado judicial, excepciona as hipóteses de consentimento do morador e os casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro.

Sendo o tráfico de entorpecente, na modalidade de guardar e manter em depósito substância entorpecente, para fins de comércio, delito permanente, caracterizado estava o denominado “estado de flagrância” que permite o ingresso em residência e consequente busca e apreensão sem necessidade de mandado judicial.

A respeito da inviolabilidade do domicílio e da necessidade de mandado judicial para busca e apreensão, Guilherme de Souza Nucci tece judiciosas considerações, “in verbis”:

*“INGRESSO ABUSIVO E CONSTATAÇÃO POSTERIOR DE
CRIME PERMANENTE: questão controversa, tanto na doutrina*

*quanto na jurisprudência, é saber se a invasão injustificada, a **princípio**, pois sem mandado e sem qualquer denúncia de flagrante, poderia consolidar e legitimar a descoberta da prática de um crime no seu interior, como é o caso, justamente, da guarda de substância entorpecente. Cremos que o caso concreto é o melhor fator de discernimento para a solução do aparente impasse. Se a polícia tem algum tipo de denúncia, **suspeita fundada** ou razão para ingressar no domicílio, preferindo fazê-lo por sua conta e risco, sem mandado – porque às vezes a situação requer urgência – pode ingressar no domicílio, mas a legitimidade de sua ação depende da efetiva descoberta do crime. Do contrário, pode-se caracterizar o crime de abuso de autoridade ou mesmo infração funcional. (...) A **prova colhida no interior da casa, no entanto, segundo nos parece, é lícita, pois a infração penal estava em andamento, justificando a prisão e a punição do delinquente**. Difere esta situação da obtenção da prova por meios ilícitos, quando não se está impedindo a ocorrência de um delito em franco desenvolvimento. (...) **No segundo caso (crime permanente descoberto por acaso) havia o desenrolar de uma atividade criminosa, que cessou graças à interferência da polícia**”. (“Código de Processo Penal Comentado”, 12ª. ed. pag. 569).*

Farto é o entendimento jurisprudencial sobre a desnecessidade de mandado judicial nas hipóteses de flagrantes de crimes permanentes.

Além do v.Acórdão citado na r. sentença a fls. 279/280 e pela i. Procuradora de Justiça a fl. 388, veja-se:

“É cediço que em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que policiais adentrem o domicílio de quem esteja em situação de flagrante delito, não havendo que se falar em eventuais

ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Vale dizer, em outras palavras, que o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º., da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade na entrada dos policiais na residência do recorrente, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses” (STJ, RHC 150558, Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 13.08.2021).

“Por ocasião do exame do RE no. 603.616/RO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, nos casos de flagrante em crimes permanentes, há a possibilidade de busca e apreensão domiciliar sem o mandado judicial” (STF, ARE 1.131.415/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 05.09.2018).

*“É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protai no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar a busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito. 2. **Consoante julgamento do RE 603.616/RO, não é necessária a certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito.** 3. *Extrai-se, do contexto fático delineado pelas instâncias ordinárias, a existência de elementos concretos que evidenciaram o flagrante delito, não baseado em denúncia anônima, mas em prévia investigação policial, o que afasta o pleito de declaração de nulidade das provas e absolvição do recorrente.* 4. *Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no HC 622.879, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09.02.2021).**

No mesmo sentido, entre outros: STJ: HC 556.419/RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 18.03.2020; HC 452.760/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 28.06.2018 e HC 588.445/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.08.2020; TJSP: Apl. Crim. 1500006-24.2020.8.26.0424, Rel. Des. Freitas Filho, j. 26.03.2021, Apl. Crim. HC 2209282-78.2022.8.26.0000, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, j. 15.10.2022 e Apl. Crim. 1501346-55.2020.8.26.0536, de minha relatoria, j. 24.06.2021.

Não é demais ressaltar que se aplica aqui o disposto no R.E. n. 603.616/RO, do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.11.2015, com repercussão geral, que discorre sobre a inviolabilidade do domicílio, onde o Plenário assentou a seguinte tese, referente ao Tema 280: ***“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.***

É de se observar que o Tema 280 acima citado foi mencionado no AgRg no H.C. n. 878086/BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, publicado 11.4.2024, pela Ministra Daniela Teixeira, em 04.6.2024, quando julgou o *Habeas Corpus* impetrado pelo recorrente (fls. 216/22).

A defesa também citou o Tema 280 de Repercussão Geral, porém deixando de mencionar o trecho retro citado.

No mérito, procede apenas em parte o inconformismo.

A materialidade do delito restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 29/30, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 201/203 e pelo laudo de constatação da eficácia das

munições de fls. 249/251.

O acusado disse que trabalha na colheita de laranja e é dependente químico. Com a quantia recebida em seu emprego, adquiriu a droga (cocaína), a qual consumia, em média, de cinco a dez porções por dia, acabando em aproximadamente uma semana. Sobre as munições, afirmou que houve um tiroteio no bairro e, ao passar pelo local, encontrou os projéteis, levando-os para sua residência. No momento da abordagem, policial estava em sua residência consertando a bicicleta de seu filho e não tentou fugir. Os policiais invadiram outras residências, antes de abordá-lo.

Os depoimentos das testemunhas ouvidas já foram detalhados acima, quando da análise da preliminar arguida.

Diante do quadro probatório coligido, ora resumido, não há que se cogitar de insuficiência de provas.

De início, tem-se que os policiais militares prestaram depoimentos seguros e coerentes, não se vislumbrando motivos para deles duvidar.

Farto é o entendimento jurisprudencial no sentido de que depoimentos de policiais têm o mesmo valor que o de qualquer cidadão, a menos que se demonstre que eles teriam alguma razão espúria para incriminarem, falsamente, o agente.

Além dos v.Acórdãos citados na r. sentença a fls. 288/289 e pela i. Procuradora de Justiça a fls. 391/392, confira-se:

“(...) É que os guardas ouvidos em juízo, em depoimentos seguros e coerentes, reafirmaram a realidade da abordagem e da apreensão de drogas que o acusado guardava e tinha em depósito em local conhecido pela ocorrência do tráfico. (...) Essas declarações, produzidas por pessoas isentas, são mais que suficientes para justificar a condenação imposta. Afinal, a

lei não trata o agente de segurança como pessoa impedida ou suspeita de prestar depoimento, ao contrário, ele está sujeito ao compromisso de dizer a verdade e às penas do falso testemunho, caso omita ou distorça os fatos. Bem por isso, repita-se, se nada contribui para viciar o depoimento do policial, cumpre dar a ele igual valor ao de qualquer outra testemunha". (TJSP, Apl. Crim. 0001702-77.2018.8.26.0542, rel. Des. Alexandre Almeida, j. 04.08.2020).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO COMETIDO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE AGENTES E COM RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. ABSOLVIÇÃO EM 1º. GRAU. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA DA AUTORIA COLHIDA EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) IV – O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo a defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. (...)” (STJ, HC 471.082/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJe 30.10.2018).

No mesmo sentido, entre outros: STJ: RHC 49343/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.11.2014 e AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.03.2014 e TJSP, Apl. Crim. 0009973-69.2012.8.26.0224, desta Câmara, Rel. Des. França Carvalho, j. 07.11.2013.

No tocante ao delito de posse de munição, o que não

merece credibilidade é a alegação do réu de que encontrou as munições na rua, após um tiroteio ocorrido no bairro. Ora, para que ele iria querer levar para casa munições achadas na rua?

O Estatuto do Desarmamento, visando à tutela de importantes bens jurídicos, quais sejam, a incolumidade pública e a segurança pública, implicando, ainda, em mais efetivo controle e restrição da circulação de armas de fogo no território nacional, procurando retirar de circulação armas e munições utilizadas ilegalmente, prevê, expressamente, em seu artigo 12, o delito de posse ilegal de munição (ou arma de fogo ou acessório) de uso permitido, sem autorização.

Inquestionável que se trata de delitos de mera conduta e de perigo abstrato, não se exigindo como elemento do tipo a potencialidade lesiva da munição ou da arma. Assim, **presume-se o perigo à segurança pública** no simples fato de possuir ilegalmente a munição ou a arma, levando-se em conta a possibilidade latente de eventual dano à paz social.

O mero fato de alguém possuir tais instrumentos expõe a incolumidade pública a riscos, **que sequer a ausência de intenção ofensiva do possuidor da munição ou da arma elimina.**

Pacífico é o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o delito previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento, em momento algum, menciona, como necessário à sua caracterização, a prova da efetiva exposição de outrem a perigo. Basta a realização da conduta, sendo despicienda a avaliação sobre a ocorrência de perigo efetivo à coletividade, tanto que há diversos entendimentos jurisprudenciais no sentido de que sequer é necessário o laudo pericial para se configurar o delito, pois que, como mencionado, se trata de crime de mera conduta e de perigo abstrato.

Além do v.Acórdão citado na r. sentença a fls. 290/291, confira-se, a propósito:

“(…) Imperioso salientar que a caracterização do delito do artigo 12, “caput”, do Estatuto do Desarmamento não exige a presença de perigo real, efetivo ou concreto. Aquele que possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessórios ou munições, atua com dolo necessário para a configuração do delito, porque, sem sombra de dúvida, tem consciência de seu comportamento ilícito e age com vontade de praticar a conduta ilegal.” (TJSP, Apl. 0000421-94.2014.8.26.0132, Rel. Des. Álvaro Castelo, j. 08.02.2017).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. APREENSÃO DA MUNIÇÃO EM CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTES QUE AFASTA A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE. 1. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte Superior, é típica a conduta de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, pois se trata de crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a incolumidade pública, situação bastante a afastar a exigência de resultado naturalístico. (...) 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no REsp 1.893.303/SE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 23.11.2021).

Despiciendas maiores considerações para se concluir pela não aplicação do princípio da insignificância em hipótese como a dos autos.

A defesa pleiteia o reconhecimento do princípio da insignificância porque o apelante tinha sob sua guarda “apenas 2 munições de calibre 38”.

“Data venia” dos entendimentos em sentido contrário, não é

caso de ser considerado crime de bagatela, pelo fato de se tratar apenas de dois cartuchos, porquanto é irrelevante a quantidade de munição em poder do agente.

Além do v.Acórdão citado na r. sentença a fls. 290/291 e pelo Promotor de Justiça em suas contrarrazões a fls. 372/373, veja-se:

“(...) 3. Não incide à espécie, o princípio da insignificância, pois a conduta do paciente constitui crime de perigo abstrato, sendo irrelevante a quantidade de munição ou armas em poder do agente. 4. O legislador, ao criminalizar o porte de armas e munições, seja de uso permitido ou restrito, preocupou-se, essencialmente, com o risco que a posse ou porte de armas de fogo e munições representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio e a integridade física. 5. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 282670/RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 03.06.2014).

“(...) Risível a afirmação de que a posse isolada de munições acarrete ausência de ofensividade. Fosse assim, até mesmo o agente despido de elevado grau de inteligência perceberia que a impunidade quanto à posse ou propriedade de armas e munições poderia facilmente ser obtida mediante a separação dessas, até mesmo mediante solicitação a algum conhecido ou vizinho que guardasse uma ou outras e as devolvessem sempre que houvesse solicitação para pronto uso. (...) Como se vê, a conduta é típica, pois o dispositivo infringido pune expressamente a conduta daquele que possuir não só a arma, mas também munição isoladamente, tornando indubitável sua condenação, com fulcro na Lei n. 10.826/03, art. 12, caput.” (TJSP, Apl. 3001011-81.2013.8.26.0511, Rel. Des. Eduardo Abdalla, j. 13.03.2019).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI

N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A teor dos precedentes desta Corte, **o porte ilegal de munição, ainda que não associado a arma de fogo de calibre compatível, é lesivo à segurança pública e compromete a paz social.** Por tal razão, em princípio, é incabível a aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003. (...) 3. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp 1.621.389, Rel. Rogerio Schietti Cruz, DJe 01.08.2017).

“PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO, ACÓRDAO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DOMINANTE DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que **é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo e ou munições ante a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade de munição ou armas apreendidas. Súmula 568/STJ.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”(STJ, AgRg no AREsp 1.098.040/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.08.2017).

No que se refere ao tráfico de drogas, igualmente, inexistem dúvidas de que as porções encontradas com o réu se destinavam ao comércio ilícito.

Inviável a pretendida desclassificação do delito para o tipificado no artigo 28 da Lei de Tóxicos.

A alegação do apelante de que seria mero usuário de

drogas não se sustenta. Disse ele que usaria entre cinco a dez porções por dia, esgotando a droga em aproximadamente uma semana, o que se afigura assaz inverossímil.

No caso de ser verdadeira a alegação do réu de que era usuário de drogas (o que não foi comprovado, nos termos do artigo 156 do CPP), não significa que não estivesse praticando o tráfico. É de conhecimento geral que, não raras vezes, o usuário se torna traficante para sustentar o próprio vício.

Confira-se, a propósito:

“A condição de dependente do tóxico não exclui, por si só, a condição de traficante do acusado.” (RT 527/381).

“A simples alegação de o agente ser viciado em drogas não tem o condão de desclassificar a conduta, mormente se surpreendido na posse de grande quantidade de entorpecente, de molde a evidenciar a finalidade de venda.” (RT 796/688).

É irrelevante que o réu não tenha sido visto “realizando nenhum ato típico de mercancia”.

O delito em análise é de ação múltipla, ostentando dezoito verbos alternativos, de forma que, para sua configuração, não se exige qualquer ato de comércio, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente para tal fim.

Veja-se, a propósito:

“1. O tipo penal previsto no art. 33 “caput”, da Lei n. 11.343/2006 é de ação múltipla ou de conteúdo variado, visto que apresenta diversas maneiras de violação da mesma

proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações descritas, dentre elas a de “adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. (TJDFT, Acórdão 07168510620208070001, Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo, j. 04.03.2021).

“O crime de tráfico é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda”. (TJSP, Ap. 316.892.3/0, Rel. Des. Hélio de Freitas, j. 12.06.2001, RT 793/576).

“Para a configuração do crime de tráfico não é necessário que o agente seja flagrado em pleno ato de mercancia, bastando que a sua conduta se encaixe em qualquer dos verbos descritos no art. 33, da Lei n. 11.343/06, por se tratar de tipo penal de ação múltipla”. (TJ/MG, APR 10116190023287001, Rel. Des. Catta Preta, j. 05.11.2020).

“Data venia” do entendimento esposado na r. sentença, possível o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado.

É de se lembrar que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do H.C. n. 118.533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.6.2016, decidiu que tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

Malgrado a citada decisão tenha sido proferida em controle difuso de constitucionalidade, portanto, sem efeito vinculante, inexistente dúvida acerca do entendimento daquela Corte Superior, tomada em decisão

plenária. Nada impede, aliás, recomenda-se, em observância à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões que o entendimento seja observado, principalmente porque mais favorável aos réus.

Ressalte-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula 512, que considerava o tráfico privilegiado crime hediondo e tem seguido o mencionado entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ainda a respeito, o v.Acórdão citado pela defesa a fls. 341/342 (STJ, AgRg no REsp 1866691/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 29.05.2020).

Analisa-se a dosimetria das penas.

Delito tipificado no artigo 33 da Lei de Tóxicos.

A quantidade de drogas em poder do acusado não era tão expressiva a ponto de implicar em aumento das penas (106 gramas de cocaína).

No que se refere à natureza da droga, além dos v.Acórdãos citados pela defesa a fls. 351/352, tem-se que, embora sejam notórios os efeitos nocivos da cocaína, toda substância tóxica é nociva, seja em função do componente, seja pela quantidade ingerida ou disposta à venda. Seria necessária a presença de outros fatores que ligassem a conduta a, por exemplo, uma intensa mercancia, investigada e verificada e não é o que ocorre no caso “sub judice”. Assim já foi decidido nesta Câmara, como, por exemplo, nas apelações criminais, de minha relatoria, números 010125-73.2010.8.26.0050, j. 20.03.2014 e 0065290-84.2015.8.26.0050, j. 23.02.2017.

Fixam-se, portanto, as penas-base no mínimo cominado, ou seja, 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, valor unitário mínimo.

Considerando que o acusado é primário e presentes os demais requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, reduzem-se as penas na fração de 2/3, importando em 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.

Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por julgar que essa substituição não é suficiente devido aos motivos e as circunstâncias do caso em análise (existência de outras denúncias no sentido de que o réu estaria praticando o comércio ilícito no bairro), nos termos do artigo 44, inciso III, “in fine”, do Código Penal.

Pelo mesmo motivo acima, mantém-se o regime semiaberto imposto.

Delito tipificado no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento.

Possível aqui a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tendo em vista a pena imposta (01 ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa), substitui-se a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo.

Não merece acolhimento o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por multa, eis que o preceito secundário do tipo já comina essa espécie de pena de forma cumulativa.

Pacífico é o entendimento jurisprudencial de que não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por multa, considerada insuficiente para a prevenção e repressão do delito, nas hipóteses em que o dispositivo legal prevê, de forma cumulativa, a imposição de pena privativa de liberdade e multa.

A insuficiência da sanção pecuniária para reprovação da conduta é evidente pelo fato de o próprio legislador ter estabelecido que as sanções (privativa de liberdade e multa) são cumulativas.

Tal entendimento foi explicitado na Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça: *“cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”*.

Confira-se, a propósito:

“(...) 1. Nos casos em que há previsão cumulativa de pena privativa de liberdade e pecuniária, é vedada a substituição da reprimenda corporal pela de multa, sob pena de alteração da própria cominação legal. Incidência da Súmula 171/STJ. (STJ, REsp 713.758/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).” (TJPR, Apl. 14255719, Rel. Des. Luís Carlos Xavier, j. 18.02.2016).

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, ART. 306, CAPUT, DA LEI 9.503/1997. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 171/STJ. INCIDÊNCIA. PREVISÃO EXPRESSA DO ART. 312-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO” (STJ, AgRg no HC 622.369/SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 18.12.2020).

Ante o exposto, afastada a preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas do acusado a 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, de conformidade com o § 4º do artigo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

33 da Lei n. 11.343/06 e, quanto ao delito tipificado no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento, substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, mantendo-se, no mais, a r.sentença.

Augusto de Siqueira
relator