



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000395612

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500892-97.2024.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que é apelante MAÍLTON DOS SANTOS SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

MENS DE MELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Processo nº 1500892-97.2024.8.26.0548

Apelante: Mailton dos Santos Silva **Apelado:** Ministério Público

Origem: 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas

Juiz(a) Prolator(a): Dr(a). Lissandra Reis Ceccon

Data do fato: 04/03/2024

Voto nº 37823

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Mailton dos Santos Silva foi condenado por tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo, em concurso material, à pena total de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 176 dias-multa. O réu apelou alegando nulidade da busca domiciliar, atipicidade do delito de posse de arma, aplicação do princípio da consunção, e pleiteou a redução da pena e a isenção de multa e custas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) se a busca domiciliar foi ilícita; (ii) se a posse de arma de fogo é atípica; (iii) se há aplicação do princípio da consunção entre os crimes; e (iv) se a pena e as multas foram corretamente aplicadas.

III. Razões de Decidir

3. A busca domiciliar foi autorizada pela genitora do réu, não havendo nulidade.

4. A posse de arma de fogo é crime de perigo abstrato, sendo irrelevante se a arma estava desmuniada.

5. Não se aplica o princípio da consunção, pois não ficou demonstrado que a arma era usada para assegurar o tráfico.

6. A pena foi corretamente dosada, considerando a quantidade e natureza das drogas, e a multa foi fixada no mínimo legal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A busca domiciliar foi válida. 2. A posse de arma de fogo é crime de perigo abstrato. 3. Não se aplica a consunção entre tráfico e posse de arma. 4. A pena e a multa foram corretamente aplicadas.

Legislação Citada:

Lei nº 10.826/03, art. 16, §1º, inciso IV.

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput.

Código de Processo Penal, art. 202, 206, 207, 156.

Constituição Federal, art. 37.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Jurisprudência Citada:

STJ, HC nº 104206/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/8/2010.

STF, HC nº 96072/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Dje de 8/4/2010.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado, em concurso material, como incurso no artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa; e como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, ao pagamento de 166 dias-multa.

O réu apelou² alegando, em preliminar, que a busca domiciliar consistiu em prova ilícita, pleiteando sua nulidade. No mérito requer a absolvição por atipicidade do delito previsto no Estatuto do Desarmamento ou a elaboração de laudo balístico para comprovar a eficácia da arma. Pediu a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de tráfico e posse de arma de fogo. Quanto à dosimetria pediu, no alusivo ao crime de tráfico, a aplicação do redutor no patamar máximo, com a fixação de regime inicial aberto. Por fim, pleiteia a imediata soltura ou a concessão de prisão domiciliar, além da isenção do pagamento da multa e custas processuais.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

A preliminar envolvendo violação de domicílio será analisada com o mérito.

¹ Folhas 352.

² Folhas *

³ Folhas 415.

⁴ Folhas 441.

Do tráfico de drogas.

O auto de apreensão⁵ e o laudo toxicológico⁶, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes (maconha, crack e cocaína).

A autoria também é certa e recai sobre o acusado.

O réu confessou os crimes. Disse que estava passando por dificuldades financeiras e, desesperado, com uma filha de 1 ano e 4 meses de idade, acabou aceitando vender drogas, na linha do trem, para indivíduo com vulgo Careca. Disse que, no segundo dia que iria vender a droga, passou mal e estava na sua residência, mas Careca já tinha deixado as drogas e também a arma que acabaram apreendidas na residência. Está arrependido e já está trabalhando. Recebia R\$ 50,00 por dia para guardar as drogas. É usuário somente de maconha.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE⁷, *“a confissão livre, espontânea e não posta em dívida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos”*.

Destaca-se que se mostra indiferente a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com Q. T. DE CAMARGO ARANHA⁸ *“o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas*

⁵ Folhas 21/22.

⁶ Folhas 175/177.

⁷ *Processo Penal Interpretado* – 7ª ed. – São Paulo: Atlas – 2.000 – p. 469.

⁸ *Da Prova no Processo Penal* – São Paulo: Saraiva – p. 79.

se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”.

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI⁹

que “não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”.

Acrescenta FERNANDO DA COSTA

TOURINHO FILHO¹⁰ *que: “considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que 'os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados' (In juri confessi pro judicatis habetur)”.*

Porém, há possibilidade de insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador¹¹

que “a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou discordância”.

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE

⁹ *Lições sobre o Processo Penal*. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹⁰ *Processo Penal* – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹¹ *Ob. cit.* – p. 172 e 174.

ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”¹².

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

*“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”*¹⁴.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vigem em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos,

¹² STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

¹⁴ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”¹⁵.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

E a confissão está em sintonia com o depoimento dos policiais.

O policial Bruno, em juízo, disse que na oportunidade sua unidade policial desenvolvia operação voltada a coibir o tráfico de drogas nas imediações de algumas escolas. A partir da prisão em data anterior, conseguiram informação dando conta que na casa do acusado estavam acondicionadas porções de drogas prontas para serem comercializadas próximas a algumas escolas. Foram até o local, sendo que a mãe do acusado apareceu e permitiu o acesso. Indagaram Mailton, sendo que ele indicou o local onde estavam as drogas. Além disso, ele também assumiu que mantinha um revólver, calibre 44 no local. Sendo assim, o acusado foi conduzido até a delegacia. Confirmou que foram apreendidas porções de maconha, cocaína e crack, além de pequena quantidade em dinheiro. Informou que próximo da casa do réu tinha uma escola, mas não sabe a que distância estava da casa do réu.

A policial civil Mariana, em juízo, disse que estavam em operação denominada "Escola Segura" e,

¹⁵ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

durante investigações, receberam informações de que na residência do acusado havia drogas. Foram ao local, sendo que a mãe do acusado franqueou a entrada. Questionado, o réu disse que no local havia drogas, além de uma arma de fogo. Dentro do armário indicado por ele, localizaram cerca de 300 porções de drogas diversas, além de um revólver calibre 44 com 04 munições deflagradas. Ele assumiu o crime de tráfico de drogas e, após, foi conduzido até a delegacia. Disse que não conhecia o réu antes dos fatos. Afirmou que não se recorda se a informação indicava o nome do réu, mas se lembra que apontava o endereço onde drogas estavam sendo armazenadas. Acrescentou que havia duas escolas perto da casa do réu. Indagado o que o réu teria dito sobre as drogas, respondeu que ele disse que estava comercializando droga para o sustento dele e da família.

Assim, os policiais confirmaram a apreensão de drogas na residência do réu.

Destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES¹⁶.

¹⁶ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹⁷ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁸ que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

¹⁷ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

¹⁸ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”¹⁹.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA.

ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA.

PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO.

PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME PRISIONAL E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os

¹⁹ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

- In casu, não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas sim, com habitualidade, ou seja, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois além da expressiva quantidade da droga apreendida - 2,02 kg de cocaína -, foram encontrados diversos petrechos que sustentam o juízo de fato de que ele praticava a mercancia ilícita já há algum tempo. Em verdade, a prova dos autos leva a crer que o paciente mantinha estrutura de refino de drogas em sua residência. Notadamente, foram localizados um revólver, uma balança de precisão, rolo de fita adesiva, liquidificador, duas facas de cozinha, uma máscara de filtro químico, duas prensas hidráulicas e ácida bórico, usando para a diluição do material entorpecente.

- Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

Precedentes.

- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, 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 à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

Precedentes.

- Mantida a sanção em patamar que excede quatro anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de alteração do regime para a modalidade aberta e de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

- Agravo regimental não provido”²⁰.

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente

²⁰ STJ - AgRg no HC 675.003/GO - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – j. 03/08/2021

autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”²¹.

Foram ouvidas outras testemunhas arroladas pela Defesa, que não foram suficientes para afastar a responsabilidade do réu pela prática delitiva.

A testemunha Damião, em juízo, disse que conhece o acusado há muito tempo e moram no mesmo bairro. Acrescentou que é um pequeno construtor e o acusado costuma trabalhar para o depoente. Aduziu que ele é uma pessoa boa e honesta. Informou que, no final do mês de fevereiro, precisou dispensar os serviços do réu porque os trabalhos diminuíram. Desconhece qualquer fato que desabone sua conduta. Disse que não existe escola nas imediações do local dos fatos.

A testemunha Ryan, em juízo, disse que conhece o acusado há 10 anos. Informou que ficou surpreso com a notícia da apreensão de drogas em poder do réu. Disse que o réu estava passando por dificuldades financeiras, inclusive depois do nascimento da filha dele. Aduziu que não existe escola nas imediações do local dos fatos.

A informante Maria Márcia, genitora do acusado, em juízo, disse que os policiais ingressaram na residência e apontaram uma arma de fogo na direção da declarante. Aduziu que não sabia que no quarto do réu havia drogas e arma. Mailton assumiu que estava vendendo drogas, pois passava necessidades financeiras. Disse que não acompanhou a revista no quarto do acusado e não autorizou a entrada dos policiais em sua residência. Mora no bairro Satélite III e a escola está situada no Satélite II.

A informante Tamires, em juízo, disse que é irmã do acusado. No dia dos fatos, estava em sua residência que fica ao lado do local dos fatos. Disse que ouviu sua mãe gritando e constatou que toda casa estava revirada. Os policiais disseram que iriam levar Mailton para a delegacia

²¹ STF – HC 87.662/PE – rel. Min. Carlos Ayres Britto – J. 05/09/2006.

porque havia encontrado “algumas coisas”. Mora no bairro Satélite III e a escola está situada no Satélite II.

Como se observa, as testemunhas de defesa atestaram tão somente sobre a boa conduta do réu e afirmaram não existir estabelecimentos de ensino próximo da casa do acusado.

A genitora do réu, de sua parte, alegou que não autorizou a entrada dos policiais em sua residência, contrariando a narrativa apresentada pelos policiais no sentido de que ela, mãe do acusado, teria franqueado o ingresso na casa.

O réu, perante a Autoridade policial²², disse que não tinha reclamações a fazer a respeito da sua prisão. E apresentado na Audiência de custódia, o Defensor presente registrou em sua manifestação oral a prisão em flagrante após autorização do réu para entrada em sua residência (folhas 44 – mídia juntada), o que dá amparo à versão apresentada pelos policiais no sentido de que houve ingresso após a autorização da genitora.

Desta feita, não há que se falar em nulidade da prova por violação de domicílio.

Portanto, a responsabilidade do réu pelas drogas se infere pela confissão, que foi corroborada pelo depoimento dos policiais, os quais confirmaram a apreensão das substâncias entorpecentes na residência do acusado, mais precisamente em local indicado por ele.

A quantidade²³ (93 porções individuais de cocaína pesando 77,7 gramas; 94 porções de crack pesando 21,1 gramas; 123 porções de maconha pesando 168,8 gramas), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; a declaração de que a droga se destinava ao tráfico; e, o fato de que o réu não

²² Folhas 15.

²³ Folhas 175/177 – laudo toxicológico.

teria condições econômicas²⁴ para possuir a droga para seu uso pessoal, dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, *quaestio* a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

VICENTE GREGO FILHO²⁵, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁶, *“de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”*.

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas

²⁴ Folhas 31 – desempregado.

²⁵ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

²⁶ *Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo* – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal:

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro

meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”²⁷.

Também é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁸

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que a droga se destinava ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Do crime de porte ilegal de arma de fogo.

²⁷ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²⁸ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turmna – j. 10/06/2014.

O auto de apreensão²⁹ (da arma de fogo e de munições) e o laudo pericial³⁰, que comprova a capacidade vulnerante da arma, aliado à ausência de apresentação de documentação legalmente exigida, comprovam a materialidade do crime. Comprovada ainda a supressão da numeração da arma.

O laudo pericial atestou a eficácia da arma para a realização de disparos e, inclusive, que apresentava vestígios produzidos por disparo recente, motivo pelo qual não se vê necessidade da elaboração de laudo balístico para comprovar a eficácia da arma.

Não há como se acolher a tese segundo a qual a arma desmuniada torna o fato atípico.

Cediço que os delitos estatuídos no Estatuto do Desarmamento, em especial o aqui apurado, são de perigo abstrato, assim, criou o legislador uma presunção, *juris et de iure*, ou seja, absoluta, de perigo de lesão ao bem jurídico, por razões de política criminal, não comportando referida categoria relativização, o que ocorre nos crimes de perigo concreto.

O bem jurídico tutelado nestes delitos é a segurança pública e a paz social e não a incolumidade física, assim irrelevante o fato de a arma de fogo estar ou não desmuniada, tanto é assim, que a lei em análise pune de forma autônoma o mero porte de munição.

Este é o entendimento das cortes superiores, a começar pelo Superior Tribunal de Justiça, que embora no julgado citado mencione o artigo 14 do Estatuto do Desarmamento, aplica-se, *mutatis mutandis*, para o caso em análise:

“O posicionamento do Tribunal de origem está em perfeita harmonia com a jurisprudência pacificada nesta Corte Superior,

²⁹ Folhas 21/22.

³⁰ Folhas 171/174

no sentido de que o crime descrito no art. 14 da Lei 10.826/2003 é de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social, sendo, portanto, irrelevante que a arma apreendida esteja desmuniada”³¹.

Não é diferente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“Deveras, o delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. Precedentes: HC 104206/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/8/2010; HC 96072/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Dje de 8/4/2010; RHC 91553/DF, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe de 20/8/2009”³³.

A autoria também é certa, tanto que sequer foi objeto de inconformismo.

O réu admitiu que mantinha a arma de fogo na sua posse e que havia sido deixada por indivíduo com a alcunha Careca, ao passo em que os policiais confirmaram a localização de um revólver, calibre 44, e mais munições, na residência do acusado.

De rigor a condenação do réu pelo crime de posse ilegal de arma de fogo.

A Defesa pediu a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de tráfico e posse ilegal de arma de fogo.

A prova oral revelou tão somente que, na oportunidade em que diligenciaram na residência do réu e localizaram as drogas, houve também a apreensão da arma de fogo, no entanto, não ficou demonstrado que a arma de fogo era usada para assegurar o sucesso da traficância, de modo que

³¹ STJ – HC 171829 / RJ – Rel. Min. Marilza Maynard – Sexta Turma – DJe 23/09/2014.

³³ STF – RHC 117566 / SP – Rel. Min. Luiz Fux – Julgamento: 24/09/2013.

não há que falar na aplicação do princípio da consunção.

Nesse sentido é o entendimento fixado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Tema 1.259 dos recursos repetitivos.

Passemos à dosimetria das penas.

Do crime de tráfico de drogas.

Na primeira fase, a pena base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e em 500 dias-multa, o que será mantida ante a inércia ministerial.

Observo que foi apreendida considerável quantidade de drogas e, dentre elas, porções de cocaína e crack, de alto poder viciante, o que demonstra maior reprovabilidade da conduta. Desta feita, cabível o aumento em face da quantidade e da natureza das drogas, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, que somente não será levado a efeito porque vedado a *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa.

Na segunda fase foi reconhecida a atenuante da confissão, contudo, sem reflexos na pena porque no mínimo legal, nos termos do enunciado da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, foi reconhecido o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de 2/3, resultando a pena em 01 ano e 08 meses de reclusão e no pagamento de 166 dias-multa.

A Defesa pediu a diminuição com o reconhecimento do redutor na fração máxima. O pedido defensivo restou prejudicado, uma vez que a fração já foi reconhecida na sentença.

Do crime de porte ilegal de arma de

fogo

Na primeira fase, a pena base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 03 anos de reclusão e em 10 dias-multa.

Na segunda fase foi reconhecida a atenuante da confissão, contudo, sem reflexos na pena porque no mínimo legal, nos termos do enunciado da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento e diminuição, a pena permaneceu inalterada em 03 anos de reclusão e em 10 dias-multa.

Reconhecido o concurso material, as penas devem ser somadas, resultando no montante final de 04 anos e 08 meses de reclusão e 176 dias-multa.

O regime semiaberto impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, foram apreendidas porções de cocaína e *crack*, o que indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. E, no mesmo contexto, o réu mantinha a guarda de um revólver de numeração suprimida. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime semiaberto é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Finalmente, pelo *quantum* de pena, inviável a fixação de outro regime.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA³⁴, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que *“una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti* (‘para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos’).”

O réu pediu o deferimento da prisão domiciliar sob a alegação de que é responsável pela subsistência do filho pequeno.

O pedido está prejudicado, uma vez que foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Quanto ao pedido de isenção da pena de multa, ou da redução de seu valor, observo que o pleito não procede.

Inicialmente não há previsão legal que autorize a isenção da sanção pecuniária.

Dessa forma, a pena de multa – como parte integrante do preceito secundário do tipo penal – não pode ser afastada ante a ausência de expressa autorização legal. É defeso ao juiz isentar o réu de pena, uma vez comprovada à consunção dos fatos ao tipo penal, por estar o juiz, como representante do Poder Judiciário, adstrito ao fiel cumprimento da lei penal, poder este que não lhe é discricionário, não podendo ele furtar-se ao apenamento, uma vez constatado o crime, salvo nas hipóteses em que a lei o permita, e que não estão presentes no caso em comento.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.
SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL.*

³⁴ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.

IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

TRÁFICO DE DROGAS. RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIAS DURANTE O DEPOIMENTO DE UMA DAS TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA.

PRECLUSÃO. PROCEDIMENTO DE ACORDO COM A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência deverão ser arguidas assim que ocorrerem.

2. No caso dos autos, verifica-se que a defesa do paciente não se insurgiu contra a sua retirada da sala no momento da oitiva de uma das testemunhas, o que impede o reconhecimento da mácula suscitada na impetração.

3. Ainda que assim não fosse, o artigo 217 da Lei Penal Adjetiva permite que o réu seja retirado da sala de audiências quando a sua presença causar humilhação, temor ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando o seu depoimento.

4. Embora o paciente não tenha permanecido na sala de audiências durante o depoimento de uma das testemunhas, o certo é que seu patrono esteve presente ao ato, não tendo a defesa apontado, objetivamente, quais teriam sido os prejuízos por ele suportados, e em que medida a sua participação poderia auxiliar nos questionamentos formulados, não logrando demonstrar, portanto, a ocorrência dos efetivos danos suportados, o que impõe a aplicação do artigo 563 do Código de Processo Penal.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

CULPABILIDADE, MOTIVO E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS QUE INTEGRAM O TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A NATUREZA E A QUANTIDADE DE DROGAS NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA FIXAÇÃO DA PENA. BIS IN IDEM. ILEGALIDADE CARACTERIZADA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

3. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de elementares do tipo para considerar desfavoráveis ao paciente as consequências do delito, que seriam graves à sociedade, e o motivo do crime, consistente na obtenção de lucro fácil.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

5. Como a natureza e a quantidade de entorpecentes foram consideradas para afastar a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, inviável a sua utilização na primeira etapa do cálculo da reprimenda, motivo pelo qual se impõe a redução da sanção para o mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI 11.343/2006. MAJORANTE NÃO PLEITEADA PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO.

AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO MAGISTRADO. NULIDADE INEXISTENTE.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença

condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o magistrado, autorizado pela norma contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.

3. Considerando-se a redução da pena-base imposta ao paciente, e mantido o patamar de 1/6 (um sexto) para a incidência da majorante em questão, a sua reprimenda resta definitivamente fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS.

INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza da substância apreendida levaram à conclusão de que o paciente se dedica a atividades delituosas, ou seja, não se trata de traficante ocasional.

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. ACUSADO CONDENADO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. RÉU PRIMÁRIO E COM AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DO MODO FECHADO PARA O RESGATE DA SANÇÃO.

1. Embora o magistrado singular tenha estabelecido o modo fechado para o resgate inicial da sanção mencionando apenas o caráter hediondo do ilícito, o certo é que a Corte Estadual, com base na gravidade concreta do ilícito praticado, demonstrada, especialmente, em razão da quantidade de natureza do entorpecente apreendido (846, 32 gramas de crack), o manteve, entendimento que está de acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça

PEDIDO DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. ACUSADO

QUE NÃO TERIA CONDIÇÕES DE PAGÁ-LA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO OU AMEAÇA DE VIOLÊNCIA AO DIREITO AMBULATORIO. VIA INADEQUADA.

1. A imposição de pena de multa ao paciente não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à sua liberdade de locomoção, razão pela qual não é cabível o manejo do habeas corpus, uma vez que, caso descumprida, não poderá ser convertida em reprimenda privativa de liberdade, nos termos do artigo 51 do Código Penal.

Inteligência do enunciado 693 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

*2. Ainda que assim não fosse, não seria viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que esta Corte firmou o entendimento de que tal pleito carece de autorização legal, motivo pelo qual não pode ser acolhido pelo julgador*³⁵.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa”³⁶.

Quanto à redução da pena de multa observo que o sistema bifásico de dias-multa estabelece que a quantidade de diárias é fixada tendo em vista as determinantes do tipo penal e quanto a isso não há como alterar-se o valor fixado pela hipossuficiência econômica do réu.

No valor de cada diária é que se estabelece o valor em função da possibilidade econômica do réu e foi colocada no menor valor previsto em lei. Neste o valor foi fixado no mínimo legal, motivo pelo qual não há como alterar-se o valor arbitrado.

Além disso, a questão envolvendo a hipossuficiência do acusado deve ser discutida perante o Juízo das Execuções Criminais, fase adequada para aferir a condição financeira do acusado, uma vez que até a execução a situação econômica do condenado poderá se alterar.

Quanto à condenação em custas,

³⁵ Grifo nosso.

³⁶ STJ – HC 297.447/RS – rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma – j. 06/11/2014.

observa-se existir um equívoco entre isenção de pagamento e não condenação.

O artigo 98, §1º, inciso I do Código de Processo Civil (revogou alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50, dentre eles o artigo 12) prevê que a parte beneficiada pela justiça gratuita será condenada em taxas ou custas, ficando o pagamento suspenso até que possa pagá-las sem prejuízo próprio ou da família (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil).

O Pretório Excelso assim entendia quanto ao texto da lei anterior, que foi mantido na atual.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal assentou entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado ao pagamento dos ônus da sucumbência, com a ressalva prevista no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950, que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”³⁷.

No mesmo sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos exatos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. 3. Ademais, a suspensão do pagamento apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. 4. Agravo regimental improvido”³⁸.

Também prevê o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil que passado o prazo de cinco anos, sem que tenha condições de efetuar o pagamento, o mesmo tornar-se-á prescrito.

³⁷ STF - ARE 768329 DF – rel. Min. Luiz Fux – j. 11/10/2013.

³⁸ STJ - AgRg no AREsp 282.202/MG – Rel. Ministro CAMPOS MARQUES – QUINTA TURMA DJe 26/03/2013.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Assim, a condenação em custas é de rigor, sendo o pagamento suspenso até que tenha o condenado condições de realizá-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Por tais motivos, a imposição de custas é de rigor quando da condenação, cujo pagamento poderá ficar suspenso, quando da execução, por falta de capacidade econômica.

Nota-se que ao tempo em que vigia o artigo 12 da Lei nº 1.060/50 o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o que se aplica *mutatis mutandis*, para o dispositivo atual:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 12 da Lei 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”³⁹.

Ante o exposto, **afastada a preliminar**, no mérito conheço parcialmente e na parte conhecida **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

³⁹ STF – ARE 643.601-AgR – rel. Min. Ayres Britto - Segunda Turma – Dje 5/12/11.