



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA



151

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0198071-0

APELANTE: Lúcio de Barros Franco

APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PROCURADORA DE JUSTIÇA: Dr^a. NORMA MENDONÇA GALVÃO DE CARVALHO

RELATOR: Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

REVISOR: Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

5709
EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CONCURSO FORMAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO RECHAÇADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA REDIMENSIONAR A PENA.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0198071-0, oriunda do 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaboatão dos Guararapes-PE, em que são partes às acima mencionadas. Acordam, por unanimidade, os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, em sessão realizada no dia ____/____/____, tudo de acordo com o voto em anexo, que passa a integrar o presente acórdão.

Recife, 06 de maio de 2010.

Des. Antonio de Melo e Lima
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

152

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0198071-0

APELANTE: Lúcio de Barros Franco

APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PROCURADORA DE JUSTIÇA: Dr^a. NORMA MENDONÇA GALVÃO DE CARVALHO

RELATOR: Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

REVISOR: Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

RELATÓRIO

Apela Lúcio de Barros Franco da sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaboatão dos Guararapes-PE, que o condenou à pena 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, pelo cometimento dos crimes tipificados no art. 33 caput, em concurso formal com o art. 33, § 1º, inciso II, ambos da Lei n.º 11.343/06 (tráfico e cultivo de drogas) (fls. 159/163).

O apelante em suas razões levantou duas preliminares de nulidade do processo e, no mérito, buscou a desclassificação do crime de tráfico alegando, em síntese, que ele seria um mero usuário de drogas. Subsidiariamente, pugnou pela redução da pena (fls. 178/191).

Nas contra-razões de fls. 194/195, o Ministério Público pugnou pela manutenção da sentença.

A Douta Procuradora de Justiça, em parecer exarado às fls. 205/209, opinou pela rejeição das preliminares e, quanto ao mérito, posicionou-se pelo não provimento do recurso.

É o relatório. À Revisão.

Recife, 01 de Março de 2009.

Des. Antonio de Melo e Lima
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA



153

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0198071-0

APELANTE: Lúcio de Barros Franco

APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PROCURADORA DE JUSTIÇA: Drª. NORMA MENDONÇA GALVÃO DE CARVALHO

RELATOR: Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

REVISOR: Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

VOTO DO RELATOR

1ª Preliminar de Nulidade

Senhores Desembargadores,

Ante a pluralidade de teses, analisarei, em separado, as duas preliminares e por fim, enfrentarei o mérito do presente apelo defensivo.

A defesa guindou a presente preliminar de nulidade do processo por entender que houve ilegalidade cometida pelos policiais, os quais violaram a residência do apelante, sem mandado judicial e que foi justamente em sua casa que foram encontradas as provas que o incriminaram.

Vejamos o seguinte trecho retirado das razões recursais (fls. 179/180):

“(...) o Apelante jamais deixaria que as autoridades policiais ingressassem em sua residência (...) E muito menos iriam conseguir as provas materiais do delito por saber que estava a maior parte do *quantum* da droga apreendida na sua residência (...)”.

Compulsando os autos verifico que o apelante foi preso em flagrante delito, quando estava em via pública praticando o crime de tráfico de entorpecentes. Por ocasião da prisão, o recorrente deu a entender que tinha mais droga em sua residência e para lá partiram todos, onde foi encontrada parte da droga. Também se verificou que o apelante plantou e estava cultivando uma muda do vegetal vulgarmente denominado de maconha.

Ecam



154



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

Ora, vê-se de plano que de fato houve a citada invasão no domicílio do recorrente. Em casos tais, não se faz necessária a autorização do morador e também não se exige ordem judicial, justamente por tratar-se de flagrante delito.

É incontroversa na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de invasão da residência do suspeito em caso de flagrante delito, mesmo que seja no período noturno.

No mesmo sentido estão os seguintes precedentes:

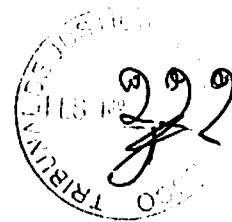
“(…) O tráfico de drogas, por ser crime permanente, protraí a sua consumação no tempo. Enquanto o agente portar a droga, permanecerá em flagrante delito e, nessa condição, o ingresso em sua residência com a apreensão do objeto do crime, não ofende a inviolabilidade do domicílio, eis que caracterizada a hipótese excepcionalizada pela Constituição no inciso XI do artigo 5º (…).” (HC 101.628/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008).

“(…) TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA. 1. Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita. Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão (…).” (HC 84772, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma do STF, julgado em 19/10/2004). Grifo nosso.

“(…) TRÁFICO DE ENTORPECENTE (...) INVASÃO DE RESIDÊNCIA (...) Não há que se falar em desrespeito à inviolabilidade do domicílio. Como anotou o parecer do Ministério Público Federal, “a conduta daquele que tem em depósito substância entorpecente sem autorização legal caracteriza estado de flagrância, o que afasta a exigência de mandado judicial, conforme exceção do art. 5º, XI, da Constituição Federal.” (...)” (HC 74963, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma do STF, julgado em 25/03/1997).



155



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

Nessa linha, entendemos que não houve ilegalidade. Não há que se falar em obtenção de provas por meios ilícitos.

Ante os argumentos expostos e em sintonia com a Procuradoria de Justiça, **REJEITO** a preliminar em comento.

É como voto.

Recife, 20 de maio de 2010.

Des. Antonio de Melo e Lima
Relator



156



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0198071-0

APELANTE: Lúcio de Barros Franco

APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PROCURADORA DE JUSTIÇA: Dr^a. NORMA MENDONÇA GALVÃO DE CARVALHO

RELATOR: Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

REVISOR: Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

VOTO DO RELATOR

2ª Preliminar de Nulidade

Senhores Desembargadores,

Ultrapassada a primeira, passo a enfrentar a última preliminar.

Para melhor esclarecer os argumentos da defesa, entendo salutar a transcrição dos seguintes fragmentos (f. 181):

“(...) Um indivíduo que tem como provar que é só usuário de entorpecente passou no curso do processo a ser tido como traficante e teve seu direito de defesa prejudicado, pois a defensoria pública não deu o respaldo suficiente para tentar desqualificá-lo do crime a ele imputado, não requerendo diligências que certamente o inocentaria (...)”. Destaquei.

Ocorre que os autos demonstram que tais argumentos são totalmente infundados.

Basta uma simples leitura da sentença condenatória para verificar que a referida preliminar defensiva não merece crédito, pois tenta imputar a condenação do apelante a uma suposta desídia da Defensoria Pública.

Ao contrário do afirmado, vê-se que a Defensoria Pública foi bastante diligente, interpondo as medidas que o caso ensejava.

5



157



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

Consta às folhas 56/65 a defesa preliminar do recorrente, com um pedido de relaxamento da prisão em flagrante ou liberdade provisória, no qual já se ventilava a desclassificação do delito. Há notícia até de uma impetração de Habeas Corpus (f. 84), sendo que todas essas peças processuais foram manejadas pela Defensoria Pública, fato que por si só já demonstra a ausência de desídia, além de não haver nos autos prova da alegada insuficiência de defesa.

Por outro lado, merece destacar que após a instrução probatória o apelante constituiu uma advogada privada e ela apresentou alegações finais, sem ter levantado qualquer nulidade do processo (fls. 153/156).

É evidente que nos casos de deficiência de defesa a nulidade é relativa. Esta matéria está pacificada, tanto que foi sumulada pelo STF.

Vejamos:

Súmula 523 - NO PROCESSO PENAL, A FALTA DA DEFESA CONSTITUI NULIDADE ABSOLUTA, MAS A SUA DEFICIÊNCIA SÓ O ANULARÁ SE HOVER PROVA DE PREJUÍZO PARA O RÉU. Friso nosso.

Na mesma trilha está o seguinte precedente:

“(…) Vício na inquirição de testemunhas e **deficiência da Defesa: nulidades relativas: preclusão** (...) A deficiência da Defesa também constitui nulidade relativa (v.g., HC 66.465, 1ª T., 06.09.88, Moreira, DJ 02.12.88) e, por isso, deveria ser argüida tão-logo o novo Defensor tivesse oportunidade para falar nos autos (...).” (HC 90103 - Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma do STF, julgado em 27/02/2007). Frisei.

Por tratar-se de nulidade relativa, não guindada em sede de alegações finais, ela, se é que existiu, foi atingida pela **preclusão**, conforme determina o nosso Código dos Ritos.

O Código de Processo Penal é claro ao afirmar:

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não



158



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

“ Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

“Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

“Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas: II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500” (LEIA-SE: AS NULIDADES DEVERÃO SER ARGUIDAS ATÉ AS ALEGAÇÕES FINAIS).

Este é o entendimento doutrinário majoritário que é defendido por Ada Pellegrine Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho¹:

“(…) Nas nulidades relativas, a forma mais comum de saneamento se dá com a preclusão da faculdade de alegar a irregularidade, pois nestas, como vimos, o reconhecimento da invalidade depende de provocação do interessado (...).”

Diante das assertivas expostas, **rejeito a presente preliminar.**

É como voto.

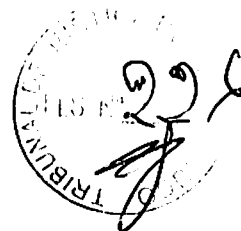
Recife 96 de maio de 2014

Des. Antonio de Melo e Lima
Relator

¹ As nulidades no processo penal. 9ª ed. Revista dos Tribunais. P. 36.



159



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0198071-0

APELANTE: Lúcio de Barros Franco

APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PROCURADORA DE JUSTIÇA: Dr^a. NORMA MENDONÇA GALVÃO DE CARVALHO

RELATOR: Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

REVISOR: Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

VOTO DO RELATOR

Mérito

Srs. Desembargadores,

Superadas as preliminares, passo a análise do mérito recursal.

Emergem dos autos que o apelante recorreu buscando desclassificação do crime de tráfico, argumentando que seria um mero usuário de drogas. Subsidiariamente, pretende a redução da pena.

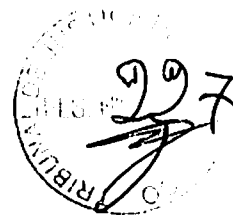
Antes de partir para o mérito, entendo relevante transcrever parte dos fatos imputados ao apelante, os quais constam da sentença (f. 159):

“(…) O Ministério Público denunciou LÚCIO DE BARROS FRANCO, brasileiro, solteiro, sem profissão, com 29 anos de idade, residente nesta cidade, filho de Lúcio Paulo Franco e Regina Helena de Barros, por infração ao Art. 33, caput e § 1º, inciso II, da Lei nº 11343/06, acusado de ser flagrado em via pública com de substância entorpecente para venda e depósito da mesma espécie do entorpecente encontrado na residência, na Rua Engenheiro Manoel Gusmão, nº 785, no bairro de Candeias nesta cidade, onde também foi encontrado uma muda da matéria-prima para a preparação da droga, tudo no dia 08 de novembro de 2008 (…).”

Diante desses fatos, o apelante foi denunciado e condenado pela



160



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

prática do tráfico de entorpecentes na modalidade trazer consigo e ter em depósito. Também cometeu a conduta ilícita de cultivar um pé de maconha, também para fins de comércio - art. 33 caput, em concurso formal com o art. 33, § 1º, inciso II, ambos da Lei n.º 11.343/06.

A defesa, em sua apelação, buscou a desclassificação, mas todas as provas indicam que o recorrente cometeu os crimes acima mencionados.

Quando ouvido perante a autoridade policial o apelante afirmou ser traficante.

Vejam os o seguinte trecho do seu interrogatório (f. 05):

“(...) que exerce o tráfico ilícito de drogas a cerca de seis meses, alegando que devido a dificuldades financeiras e não ter emprego realiza aquele comércio (...)”.

Por ocasião do seu interrogatório, em Juízo, ele apresentou outra versão, mas não desmentiu a anteriormente prestada. Sustentou que era usuário e que a maconha encontrada em seu poder, inclusive o pé que estava sendo cultivado, destinava-se ao seu consumo pessoal.

É de bom alvitre asseverar que o recorrente foi preso em flagrante delito no momento em que comercializa a droga em via pública e em seu poder foi encontrada a droga descrita na denúncia. Ele também tinha a mesma droga em depósito, em sua residência, inclusive lá foi apreendido um pé de maconha que ele cultivava. O apelante afirma, desde o princípio, que toda a droga apreendida era de fato sua.

As testemunhas, a prova pericial e até mesmo a defesa afirmam que a maconha estava embalada em papelotes, denominados na gíria dos traficantes como sendo “cinquentolas”.

Ora, se a maconha realmente fosse para o consumo pessoal do apelante, ela não estaria embalada em papelotes, que é justamente a forma em que ela é comercializada. Se ele fosse um mero consumidor, ele teria sido preso com cigarros ou as chamadas “bitolas”, nunca com “cinquentolas”.



161



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

Por outro lado, as testemunhas oculares, os policiais que participaram da prisão do apelante (vide folhas 142/143), foram unânicos em afirmar que ele não portava isqueiro, nem fósforo, como também não apresentava sinais de ter consumido maconha. Logo, cai por terra a afirmação defensiva de que ele estava fumando maconha por ocasião da prisão.

Com efeito, posso afirmar que as provas colhidas durante a instrução probatória confirmaram a versão da acusação e referendam a confissão extrajudicial.

Desta forma, entendo que o magistrado agiu com o devido acerto quando afirmou (fls. 161/162):

“(...) O réu não trabalha, não tem ocupação. Mora em apartamento alugado, o que não teria condição de fazer sem obtenção de renda, que consegue através do tráfico de droga ilícita, como nessa atividade foi encontrado em via pública com papéletes de maconha prontos para a venda. Foi preso em flagrante com a droga em via pública para atender ao consumidor. Ainda possuía droga na residência, onde cultivava a planta vegetal para a obtenção e a preparação da droga a ser vendida (...)”.

Nessa esteira, entendo que a versão da acusação é a única que se pode extrair das provas colhidas, sendo certo que a conduta do apelante se amolda perfeitamente ao tipo do art. 33 caput, em concurso formal com o art. 33, § 1º, inciso II, ambos da Lei n.º 11.343/06 (tráfico e cultivo de drogas).

Com efeito, frente à robusta prova da materialidade e da autoria delitiva, ao Magistrado só restou o caminho da condenação, conforme sentença ora hostilizada, a qual deverá ser mantida.

Outra tese objeto do presente recurso diz respeito à exacerbação da pena.

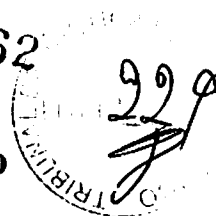
Partindo para a análise da dosimetria, comprovo que o Juízo sentenciante enfrentou as circunstâncias do art. 59 do CPB, as quais foram desfavoráveis ao apelante, reclamando uma pena acima do mínimo permitido.

É salutar informar que lhe foi aplicada à pena-base em 06 (seis) anos



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

162



de reclusão, quando o mínimo legal é de 05 (cinco).

Observo que para majorar a pena-base o Juízo sentenciante analisou e indicou concretamente as circunstâncias judiciais que pesaram em desfavor do recorrente. Devo enfatizar que as circunstâncias judiciais reclamavam uma pena acima do mínimo permitido, isso em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

O Princípio da Proporcionalidade tem base Constitucional e segundo Guilherme Nucci² este princípio “quer dizer que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas.”

Ressalto que Ada Pellegrini³ escreve com maestria acerca da dosimetria da pena fixada sempre no mínimo:

“(...) decorridos mais de cinquenta anos de vigência do Código Penal, em que se deu ao juiz grande poder para exercer importante papel na individualização da pena, isso muitas vezes não tem acontecido, preferindo-se a constante e injusta fixação de penas mínimas, nivelando-se situações e agentes inteiramente diversos (...).”

Nessa linha, tenho que a pena-base foi fixada num patamar recomendado, não havendo qualquer reparo quanto a esse aspecto, pois o descolamento da pena mínima, em apenas um ano, jamais pode ser tido como exacerbado.

Passo agora a analisar a segunda fase do sistema de Nelson Hungria.

Nesta fase foi reconhecida uma atenuante, pois o apelante, perante a autoridade policial, confessou a autoria delitiva. Ao contrário do afirmado pela defesa, tal atenuante se deu pelo fato dele ter assumido que era traficante, mesmo sabendo que em juízo alegou ser um mero usuário.

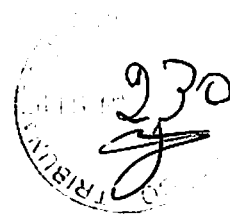
Ante o reconhecimento da citada atenuante, a pena passou a ser de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

² Código Penal Comentado. 7ª Edição. RT. P. 45

³ As Nulidades no Processo Penal. 9ª Edição. RT. P. 243.



163



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. ANTONIO DE MELO E LIMA

Na terceira fase foi reconhecida uma causa de diminuição de pena. O Juízo Processante aplicou o redutor contido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Este dispositivo beneficia o traficante de “primeira viagem” e prevê uma redução que vai de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), mas a pena foi diminuída em 01 (um) ano. Com isso, incorreu em erro o magistrado, pois teria que fixar um *quantum* exato, que no caso, entendo correta a **fixação em 1/3 (um terço)**. Em face disso a pena passa a ser de 03 (três) anos e 08 (oito) meses.

Há também uma causa de aumento de pena a incidir. Como foi reconhecido e mantido o concurso formal, aplico o acréscimo de 1/6 (um sexto), para tornar a **pena definitiva em 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão.**

Na mesma trilha, reduzo a pena pecuniária para 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Esclareço que permanecem inalteradas as demais determinações contidas na sentença hostilizada.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, apenas para redimensionar a pena que era de 06 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa, para 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.**

É como voto.

Recife 20 de maio de 2010.

Des. Antonio de Melo e Lima
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

164



APELAÇÃO CRIME: Nº 198071-0 – Jaboatão dos Guararapes
APELANTE: **Lúcio de Barros Franco**
APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco
RELATOR: Des. Antonio Melo e Lima
REVISOR: Des. Mauro Alencar de Barros
PROC. DE JUSTIÇA: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho
ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Câmara Criminal

VOTO REVISÃO
1º PRELIMINAR DE NULIDADE

Srs. Desembargadores,

Sr. Procurador,

O apelante suscita preliminar de nulidade do feito consubstanciada no fato de os policiais terem violado a sua residência, pois a invadiram sem estarem munidos de mandado judicial, oportunidade em que encontraram as provas do crime.

Diferentemente do que alega, não vislumbro a referida nulidade. É que os policiais somente adentraram na residência do acusado após o terem flagrado portando substância entorpecente em via pública e diante das evidências de que o acusado teria mais droga em sua casa.

Ora, resta evidente que a entrada dos policiais no domicílio do acusado ocorreu em face de flagrante delito, situação em que está autorizada a invasão da residência alheia, independentemente de mandado ou autorização do proprietário, conforme exceção prevista no art. 5º, XI da CF.

A respeito do tema, transcrevo o seguinte julgado, verbis:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

165



INOCORRÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL.

I - Tratando-se os delitos de tráfico ilícito de substância entorpecente e posse de arma de fogo de crimes de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar que culmina com a prisão do paciente em flagrante, não constitui ilegalidade, pois evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes). Ademais, restaram observados os requisitos previstos no art. 304, do CPP.

(...)

(HC 124.444/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 01/06/2009)

Assim, não há que se falar em desrespeito à inviolabilidade de domicílio ou ilicitude da prova, razão pela qual rejeito a presente preliminar.

Recife, 16 de 05 de 2000


Des. Mauro Alencar de Barros
Revisor



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

166



APELAÇÃO CRIME: Nº 198071-0 – Jaboatão dos Guararapes
APELANTE: **Lúcio de Barros Franco**
APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco
RELATOR: Des. Antonio Melo e Lima
REVISOR: Des. Mauro Alencar de Barros
PROC. DE JUSTIÇA: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho
ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Câmara Criminal

VOTO REVISÃO
2º PRELIMINAR DE NULIDADE


Alega o apelante que teve o seu direito de defesa prejudicado, pois o seu direito de defesa não foi exercido em sua plenitude, pois a defensoria pública, que o assistiu, não teria requerido diligências necessárias para a sua absolvição.

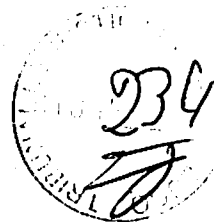
Melhor sorte não assiste ao apelante.

Conforme se observa, a suposta deficiência de defesa está sendo imputada à defensoria pública, a quem se atribui um comportamento desidioso. Ocorre que a assistência da defensoria pública cessou quando protocolada procuração outorgada pelo acusado a advogado particular(fls. 148/149), o qual, no entanto, não suscitou a presente nulidade quando da apresentação das alegações finais, momento em que devem ser apontadas as eventuais nulidade ocorridas durante a instrução criminal.

Assim, não tendo sido a presente nulidade suscitada em momento oportuno, pelo advogado então constituído pelo próprio acusado, entendo estar a mesma atingida pela preclusão.

Recife, 26 de 05 de 2000


Des. Mauro Alencar de Barros
Revisor



APELAÇÃO CRIME: Nº 198071-0 – Jaboatão dos Guararapes
APELANTE: **Lúcio de Barros Franco**
APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco
RELATOR: Des. Antonio Melo e Lima
REVISOR: Des. Mauro Alencar de Barros
PROC. DE JUSTIÇA: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho
ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Câmara Criminal

VOTO REVISÃO
MÉRITO

Da análise da peça acusatória verifica-se que o apelante foi flagrado, em via pública, na posse de 2 papелotes da substância *Canabis Sativa Linneu*, vulgo maconha. Em face da droga encontrada, os policiais se dirigiram à residência do acusado e lá encontraram mais 5 gramas da referida substância entorpecente, além de muda de *Canabis Sativa Linneu*.

Assim, foi o acusado denunciado e condenado pela prática do crime inserto no art. 33, *caput*, em concurso formal com o art. 33, §1º, II da Lei 11.343/06 à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e multa de 600 dias, a 1/30 avos do salário mínimo.

Daí exsurge a presente apelação em que o apelante requer a desclassificação do crime de tráfico, sob a alegação de que seria mero usuário de drogas, e, subsidiariamente, a redução da pena imposta.

O recurso, no entanto, não deve ser provido. É que, diversamente do que alega o apelante, as provas dos autos indicam que, de fato, ele exerce o comércio de drogas, incidindo do tipo do art. 33, *caput*, bem como no art. 33, §1º da Lei 11.343/06, em face de ter sido encontrada em sua residência muda da substância em cultivo. Vejamos.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

168



Em seu interrogatório admitiu o acusado a prática de "tráfico ilícito de drogas a cerca de seis meses, alegando que devido a dificuldades financeiras e não ter emprego realiza aquele comércio." (fls. 05)

Conquanto em juízo tenha afirmado que a droga encontrada em seu poder se destinava a seu consumo pessoal (fls. 142), os depoimentos das testemunhas, policiais que efetuaram o flagrante apontam para a prática do crime de tráfico. Assim afirmou Valdir José do Nascimento:

"(...) que a maconha encontrada com o acusado já estava embalada em forma de papélotes, pronta para a venda. Que o acusado não apresentava sintomas de ter fumado maconha naquele dia e disse a eles policiais que não é viciado em maconha(...)" (fls. 143)

Correta a condenação, resta o exame do pleito de revisão da dosimetria, questão em que assiste razão em parte ao apelante.

Da análise da dosagem da pena realizada pelo magistrado sentenciante verifico que as circunstâncias judiciais foram devidamente observadas, razão pela qual foi a pena-base fixada em patamar razoável e adequado para a reprimenda do crime em tela.

Na segunda fase da dosimetria também não há qualquer reparo a ser feito, pois aplicou o magistrado a atenuante da confissão, fazendo a pena reduzir em 6 (seis) meses, a qual restou fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, no entanto, conquanto tenha o magistrado acertado ao aplicar a causa de redução da pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, entendo que a redução da pena em apenas 1 ano, ou seja, em um pouco além de 1/6, fração mínima prevista pelo referido dispositivo legal, foi exacerbada, sobretudo ante as circunstâncias judiciais do acusado.

Assim, entendo que a redução da pena nesta fase da dosimetria deve corresponder a 1/3, passando a pena a ser de 3 (três) anos e 8 (oito) meses.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

169



Por fim, ante o concurso formal deve ainda ser alterada a dosimetria para que a pena seja majorada em 1/6, tornando a pena em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Da mesma forma, reduzo a pena de multa para 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa e mantenho as demais determinações da sentença.

Assim, dou parcial provimento ao apelo para, alterando as penas, fixá-las em 4(quatro) anos, 3(três) meses e 10(dez) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Recife, 26 de 05 de 2009

Des. Mauro Alencar de Barros
Revisor