



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Primeira Câmara Criminal.

Apelação Criminal n.º 0000408-37.2018.8.04.6900.

Apelante I: Estado do Amazonas.

Apelados I: Drs. Nixon A. B. Rodrigues (OAB/AM 3.175) e André L. S. Freire (OAB/AM 14.203).

Apelante II: Kassandra Lopes Otero.

Advogado: Dr. Felipe Pereira Jucá (OAB/AM n.º 7.532).

Apelado II: Ministério Público do Estado do Amazonas.

Relator: Desembargador JOSÉ HAMILTON SARAIVA DOS SANTOS.

Revisora: Desembargadora VÂNIA M.ª DO PERPÉTUO SOCORRO M. MARINHO

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. APELO DO ESTADO DO AMAZONAS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEVER DO ESTADO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR PÚBLICO NA COMARCA. NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. ART. 22, § 1.º, DA LEI N.º 8.906/1994. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CORRETAMENTE ARBITRADOS. OBSERVADA A TESE FIRMADA NO RECURSO ESPECIAL N.º 1.656.322/SC, JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. MONTANTE RAZOÁVEL. SENTENÇA MANTIDA NESTE TÓPICO, CONCERNENTE AOS HONORÁRIOS DOS DEFENSORES DATIVOS. APELAÇÃO DA RÉ. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. LAUDO DEFINITIVO DE EXAME EM SUBSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PLEITO NÃO CONHECIDO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. APELAÇÃO CRIMINAL DO ESTADO DO AMAZONAS CONHECIDA E DESPROVIDA. APELO DA RÉ, KASSANDRA LOPES OTERO, CONHECIDA, PARCIALMENTE, E, NESSA EXTENSÃO DESPROVIDA. DE OFÍCIO, REFORMAR A REPRIMENDA PARA RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. É pacífica a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido do arbitramento de honorários advocatícios a Defensor Dativo, quando não for possível a atuação da Defensoria Pública, sendo, este, um ônus que deve ser suportado pelo Estado, nos termos do art. 22, § 1.º, da Lei n.º 8.906/1994.

2. Não é possível a transferência de tal pagamento à Defensoria Pública, pois, embora dotada de autonomia financeira e administrativa, desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, é consabido que tal prerrogativa não descaracterizou a natureza jurídica de órgão público, despido de personalidade jurídica.

3. Em verdade, a Constituição da República estabeleceu que é dever do Estado prestar assistência jurídica, integral e gratuita, por meio da Defensoria Pública, dotada de orçamento próprio e autonomia funcional e administrativa. Entretanto, em não havendo a prestação desse serviço,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

compete ao próprio Estado supri-lo, por meio do pagamento dos honorários, devidos aos defensores dativos, para que estes deem concretude ao direito ao acesso à justiça, até que o órgão constitucionalmente designado para tanto possua, suficientemente, a estrutura prevista pela Carta Política, tal como propugnado pela Emenda Constitucional n.º 80/2014, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4. O colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.656.322/SC sob o rito dos recursos repetitivos, firmou a tese que: *"As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado"*.

5. Assim, constata-se que a quantia estabelecida na decisão recorrida está de acordo com o Precedente mencionado pelo Recorrente, dado que o *quantum* foi firmado com base no trabalho desenvolvido pelos Advogados, respeitando o princípio da razoabilidade, motivo pela qual deve ser mantida a quantia definida no *decisum* impugnado.

6. Quanto ao Apelo da Ré Kassandra Lopes Otero, o pleito concernente à pena-base no mínimo legal, não será conhecido pela ausência de interesse recursal, posto que o ilustre Magistrado de piso, no édito condenatório, fixou a reprimenda na primeira fase do balizamento dosimétrico no mínimo legal.

7. Lado outro, a autoria e a materialidade da infração penal atribuída à Apelante, qual seja, Tráfico Ilícito de Entorpecentes, encontram-se devidamente consubstanciadas no conjunto fático-probatório existente nos Autos.

8. Nesse contexto, a materialidade encontra amparo no Auto de Exibição e Apreensão, no Laudo Preliminar de Constatação, bem como, no Laudo de Perícia Criminal Federal, os quais atestaram que o material entorpecente apreendido tratava-se de cocaína.

9. A autoria, por sua vez, restou comprovada pelas declarações das Testemunhas de Acusação, os policiais civis e militares responsáveis pela prisão em flagrante da Apelante, prestadas perante as Autoridades, tanto na fase inquisitiva, quanto na judicial.

10. Como é de sabença, no desempenho da função pública, as declarações dos policiais são dotadas de credibilidade e confiabilidade, sendo, portanto, idôneos para embasar um decreto condenatório, principalmente, ao se harmonizarem com as demais provas acostadas no caderno processual.

11. Em arremate, faz-se imperioso reconhecer o tráfico privilegiado, pois, apesar, da Ré possuir duas condenações por tráfico de drogas, estas, ainda, não transitaram em julgado, razão pela qual, de ofício, a pena, na terceira fase do balizamento dosimétrico foi redimensionada.

12. APELAÇÃO CRIMINAL DO ESTADO DO AMAZONAS CONHECIDA E DESPROVIDA. APELO DA RÉ, KASSANDRA LOPES OTERO, PARCIALMENTE, CONHECIDA, E, NESSA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos
EXTENSÃO DESPROVIDA. DE OFÍCIO, REFORMAR A
REPRIMENDA PARA RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de **Apelação Criminal** em epígrafe, **DECIDE** a colenda Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por _____ de votos, **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DO AMAZONAS. E, CONHECER, PARCIALMENTE, E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELA APELANTE, KASSANDRA LOPES OTERO, MAS, DE OFÍCIO REFORMAR A REPRIMENDA PARA RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO**, nos termos do voto do Relator, que integra esta Decisão para todos os fins de direito.

Sala das Sessões, em Manaus (AM.),

Presidente

Desembargador JOSÉ HAMILTON SARAIVA DOS SANTOS
Relator

Dr. (a) Procurador (a) de Justiça



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Primeira Câmara Criminal.

Apelação Criminal n.º 0000408-37.2018.8.04.6900.

Apelante I: Estado do Amazonas.

Apelados I: Drs. Nixon A. B. Rodrigues (OAB/AM 3.175) e André L. S. Freire (OAB/AM 14.203).

Apelante II: Kassandra Lopes Otero.

Advogado: Dr. Felipe Pereira Jucá (OAB/AM n.º 7.532).

Apelado II: Ministério Público do Estado do Amazonas.

Relator: Desembargador JOSÉ HAMILTON SARAIVA DOS SANTOS.

Revisora: Desembargadora VÂNIA M.ª DO PERPÉTUO SOCORRO M. MARINHO

RELATÓRIO

Cuida-se de **Apelações Criminais** interpostas pelo Estado do Amazonas e pela Ré, Kassandra Lopes Otero, contra sentença proferida pelo douto **Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gabriel da Cachoeira/AM**, nos autos da **Ação Penal n.º 0000408-37.2018.8.04.6900**.

O ilustre Juiz de piso condenou o Estado do Amazonas ao pagamento de honorários aos Defensores Dativos, **Dr. Nixon Alberto de Braga Rodrigues**, inscrito na OAB/AM n.º 3.175, para o exercício da defesa técnica da ré, **Dara Mirian Lopes**, bem, como, o **Dr. André Luís Silva Freire**, para o exercício da defesa técnica da ré, **Kassandra Lopes Otero**, ambas denunciadas pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006. Ainda, no alusivo *decisum*, a Ré, Kassandra Lopes Otero, foi condenada à pena de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa**, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformado, o Estado do Amazonas interpôs o presente Recurso de Apelação (fl. 232), alegando, em suas Razões Recursais (fls. 233 a 238), a exasperação no *quantum* aplicado, a título de honorários advocatícios, pois, a Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil sobre o assunto somente é aplicável aos causídicos privados, vinculando, tão só, a contratação de honorários particulares, possuindo, entretanto, no que diz respeito ao Juiz, caráter meramente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

norteador.

Afirma, ainda, que deve ser observada a tese firmada no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos n.º 984, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, "*notadamente a não obrigatoriedade das quantias fixadas em tabelas da lavra unilateral da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como, a possibilidade de realização de juízo de proporcionalidade da quantia arbitrada*".

Dessa feita, pugna pela redução do valor a ser pago aos Defensores Dativos, para que seja fixado em patamar razoável ao trabalho realizado pelos Advogados Privados, que atuaram na Audiência de Instrução e Julgamento e aviaram as Alegações Finais das Acusadas.

Apesar de intimados, por meio de Edital de Intimação, os Apelados não apresentaram as Contrarrazões Recursais, conforme atesta Certidão, à fl. 270.

Inconformada, a Ré, **Kassandra Lopes Otero**, interpôs o **Recurso de Apelação** (fl. 241), almejando, em suas respectivas Razões Recursais (fls. 242 a 249), preliminarmente, a nulidade do flagrante pela invasão de domicílio e a nulidade do Feito em razão da inobservância da Lei n.º 6.001/1973 e da Resolução n.º 287/2019 do colendo Conselho Nacional de Justiça. No mérito, requesta pela absolvição, em razão de ausência de provas, pela redução da reprimenda, pela fixação da pena-base no mínimo legal, e, por fim, pela prisão domiciliar, por possuir filhos menores de 12 (doze) anos.

Instado a se manifestar, o Promotor de Justiça apresentou **Contrarrazões**, às fls. 253 a 261, requerendo o **conhecimento** e **desproimento** do Recurso de Apelação, a fim de que seja mantido o édito condenatório, em todos os seus termos.

Às fls. 273 a 290, o Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, manifestou-se pelo **conhecimento** e **desproimento** do Apelo interposto pelo Estado do Amazonas, a fim de que seja mantido o valor individual de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), a título de honorários aos Advogados dativos nomeados, Dr. André Luis Silva Freire (OAB/AM n.º 14.203) e Dr. Nixon Alberto de Braga Rodrigues (OAB/AM n.º 3.175). Quanto ao Recurso interposto pela Ré, Kassandra Lopes Otero, manifestou-se pelo **conhecimento parcial**, exatamente, quanto ao pleito concernente à aplicação da pena no mínimo legal, posto que o alusivo pedido já foi atendido na sentença condenatória, e, na extensão do apelo, pelo **desproimento**.

É o sucinto relatório.

VOTO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Em preliminar, faço dos ensinamentos do magistério de **Araken de Assis**¹, a análise dos requisitos de admissibilidade recursal, os quais se dividem em pressupostos **intrínsecos** (cabimento, legitimidade, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e **extrínsecos** (tempestividade, regularidade formal e preparo).

No tocante ao **cabimento**, ressalto que o ato judicial atacado pelos Apelantes consubstancia sentença judicial, impugnável mediante o manejo de Apelação, consoante o disposto no art. 593, inciso I, do Estatuto Processual Penal.

Sob o prisma do requisito da **inexistência de fato extintivo ou impeditivo**, acentuo a ausência dos fatos extintivos, correspondentes à renúncia e preclusão, e dos fatos impeditivos, relativos à desistência e deserção.

No que tange à **tempestividade**, verifico que a intimação do ente público foi enviada ao portal eletrônico em **27 de julho de 2020** (fl. 239), e, considerando o lapso de 10 (dez) dias para a leitura do ato processual, assim, como, o de 08 (oito) dias para apresentação das Razões Recursais, nos termos do art. 600, *caput*, do Código de Processo Penal, verifico que as razões do apelo foram apresentadas, de forma tempestiva, no dia **03 de agosto de 2020**.

Além disso, rememoro que a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para a Fazenda Pública, no âmbito penal, não se aplica o prazo em dobro, previsto no art. 183 do Código de Processo Civil, cuja prerrogativa é conferida apenas à Defensoria Pública.

Nesse sentido, "*Em matéria criminal, diante do que dispõe o art. 798 do Código de Processo Penal, não é aplicável a contagem em dobro prevista no art. 183 do Código de Processo Civil/2015 (anterior art. 188 do CPC/1973), nem mesmo a contagem em dias úteis do art. 219 do Código de Processo Civil*". (**AgRg no RMS 54.186/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 21/11/2017, Dje 28/11/2017**).

Ainda, quanto à **tempestividade**, verifico que a Ré, Kassandra Lopes Otero, tomou ciência do édito condenatório no dia **24 de julho de 2020**, e interpôs o presente Recurso no dia no **29 de julho de 2020** (fl. 192). Assim, revela-se, **tempestivo**, o presente Apelo, uma vez que o prazo legal para a interposição do Recurso de Apelação é de 05 (cinco) dias e, posteriormente, 08 (oito) dias para ofertar as Razões Recursais, à luz do que instrui o art. 593, *caput*, c/c art. 600, *caput*, do Código de Processo Penal, os quais são contados em dobro, por se tratar de Recurso interposto

¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2008, p. 134 a 212.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

pela Defensoria Pública, nos termos do art. 128, inciso I, da Lei Complementar n.º 80/1994.

Relativamente à **regularidade formal**, observo que os presentes Recursos preenchem os requisitos exigidos dos recursos judiciais em geral, os quais se referem à presença de: (a) petição escrita; (b) identificação das partes; (c) motivação; e (d) pedido de reforma do pronunciamento recorrido.

Quanto à exigência do **preparo**, sobrelevo que os Apelantes são isentos, consoante o disposto no art. 1.007, § 1.º, do Código de Processo Civil, c/c art. 67, parágrafo único, incisos I e III, da Resolução n.º 72/1984, deste egrégio Tribunal de Justiça.

Ademais, assiste aos Apelantes a **legitimidade** para recorrer, como partes interessadas na reforma da sentença condenatória, nos autos da Ação Penal Incondicionada, nos termos do art. 593, inciso I, c/c art. 577, *caput*, todos do Código Processual Penal.

Por fim, quanto ao **interesse recursal**, verifico que o Recurso de Apelação interposto pela Ré, **Kassandra Lopes Otero**, merece ser, apenas, parcialmente conhecido, nos termos do art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Explico:

A Apelante formula 06 (seis) pretensões recursais: (a) nulidade da prisão em flagrante; (b) nulidade por inobservância da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, da Lei n.º 6001/1973 e da Resolução n.º 287/2019 do colendo Conselho Nacional da Justiça; (c) ausência de provas para condenação; (d) redução da pena-base; (e) regime inicial mais brando; e, por fim, (f) aplicação da prisão domiciliar.

Nesse ínterim, relativamente ao pedido de **fixação da pena-base no mínimo legal**, infiro que a Recorrente não possui interesse recursal, uma vez que, da percuciente leitura da sentença vergastada, é possível extrair que, **à Apelante foi fixada a pena-base no mínimo legal (fls. 221 a 226)**.

Desse modo, já que a análise desse pedido resta prejudicada, pela ausência de interesse recursal, não é possível a sua cognição. Nesses termos, o presente Recurso de Apelação da Apelante Kassandra Lopes Otero, somente, pode ser conhecido, quanto aos requerimentos remanescentes, quais sejam, nulidade da prisão em flagrante; nulidade por inobservância da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, da Lei n.º 6001/1973 e da Resolução n.º 287/2019 do colendo Conselho Nacional de Justiça; ausência de provas para condenação; regime inicial mais brando; e, por fim, aplicação da prisão domiciliar.

Desse modo, **CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO DO AMAZONAS, MAS, QUANTO AO RECURSO INTERPOSTO PELA RÉ, KASSANDRA LOPES**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

OTERO, CONHEÇO, PARCIALMENTE, motivo pelo qual passo ao exame de mérito das demandas:

De saída, na análise de mérito inaugural a apreciação do Recurso interposto pelo Estado do Amazonas.

A par do que emerge das suas Razões Recursais (fls. 87 a 100), o Apelante, Estado do Amazonas, inconformado com a sentença que o condenou ao pagamento dos honorários advocatícios, devidos aos Defensores Dativos nomeados pelo Juízo, pugna pela reforma da decisão objurgada.

Defende que a Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil somente é aplicável aos advogados privados, vinculando, tão só, os Advogados, quando da contratação de seus honorários particulares, possuindo, entretanto, no que diz respeito ao Juiz, caráter meramente norteador, devendo ser observado, assim, a tese fixada no Tema dos Recursos Repetitivos n.º 984, do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta que a mencionada condenação viola o princípio da razoabilidade, pois, ao considerar o serviço prestado é possível verificar que a sentença impôs ônus desproporcional aos cofres públicos.

Nada obstante, verifico carecer de razão o ente federativo. Explico:

Prefacialmente, passo a tecer algumas ponderações sobre a proteção constitucional ao direito de acesso à Justiça. A Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso LXXIV, conferiu ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Como é consabido, a Constituição Federal adotou, expressamente, o modelo público de Defensoria Pública, porquanto a incumbiu, enquanto instituição permanente, de realizar a assistência jurídica, integral e gratuita, dos necessitados, por meio de profissionais titulares de cargos públicos efetivos e remunerados diretamente pelo Estado, sob regime de dedicação exclusiva (art. 134, § 1.º, da Constituição Federal).

Entretanto, na excepcional hipótese de impossibilidade da Defensoria Pública prestar o serviço de assistência jurídica no local demandado, o Advogado particular poderá ser nomeado pelo Juízo para patrocinar a causa de juridicamente necessitado. **Nesse caso, os honorários advocatícios fixados pelo Juiz serão arcados pelo Estado.** Essa é a regra do art. 22, § 1.º, da Lei n.º 8.906/1994, *in verbis*:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1.º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, **no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço**, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e **pagos pelo Estado**.
 (grifos nossos)

Logo, a existência de defensor dativo, no processo penal, nomeado pelo Juízo para atuar em favor do Acusado, dá-se em razão da ausência de desempenho da Defensoria Pública, a qual possui o *munus* constitucional para tanto.

Desse modo, independentemente da natureza da representação, seja como Defensor Dativo ou Curador Especial, o Advogado nomeado para atuar em processo, em substituição aos membros da Defensoria Pública, faz jus ao recebimento de honorários, caso contrário, estar-se-ia diante do enriquecimento ilícito do Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Nessa mesma linha de raciocínio, é o entendimento jurisprudencial assentado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, sobre a indicação de Defensor Dativo, quando não houver Defensor Público em determinada Comarca ou quando o respectivo serviço for deficiente:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR DATIVO. REPRESENTAÇÃO EM PROCESSO CRIMINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TABELA DA OAB. ART. 22, § 1.º, DA LEI N.º 8.904/1994. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal. 2. "O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que, nos termos do parágrafo 1.º do art. 22 da Lei n.º 8.906/1994, o advogado que atuar como assistente judiciário de pessoas necessitadas, quando inexistente ou insuficiente a Defensoria Pública no local da prestação do serviço, faz jus aos honorários fixados pelo juiz e pagos pelo Estado, segundo os valores da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

tabela da OAB." (AgRg no REsp 1.512.013/SC, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, Dje 28/10/2015) 3. Para a análise da ofensa ao princípio da proporcionalidade, na forma como tratada pelo recorrente, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial, nos termos da Súmula n.º 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgInt no REsp 1435762/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, Publicado no Dje do dia 09/06/2017) (grifos nossos).

Noutro giro, é inegável que constitui dever do Magistrado zelar pela regularidade do andamento do processo, principalmente com relação à verificação da efetiva obediência à garantia constitucional do direito ao contraditório e à ampla defesa, notadamente no âmbito do processo penal, visto que, nos termos do art. 261 do Código de Processo Penal, "*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*".

Outrossim, é indubitável a escassez de Defensores Públicos no interior do Estado do Amazonas. Tal situação, inclusive, já foi reconhecida por este egrégio Tribunal de Justiça. Veja-se, pois:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL PENAL. OITIVAS DO "CUSTOS LEGIS" (MINISTÉRIO PÚBLICO) E DO "CUSTOS VULNERABILIS" (DEFENSORIA PÚBLICA). DEMOCRACIA INSTITUCIONAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA. IGUAL ESSENCIALIDADE. MISSÕES CONSTITUCIONAIS DISTINTAS. RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] 5. *OBITER DICTUM*: RECURSO MINISTERIAL INSISTENTEMENTE EXPONDO AS CONSEQUÊNCIAS DO PEQUENO ORÇAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS – **A AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DAS VAGAS DE DEFENSORES PÚBLICOS CAUSANDO DANO DE NÍVEL REGIONAL** (CDC, ART. 93, I, C/C LEI N.º 7.347/1985, ART. 21), **RECOMENDANDO QUE AS AÇÕES SOBRE O TEMA SEJAM DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA CAPITAL DO ESTADO. FATO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

DECORRENTE DO ANTIGO E CONTÍNUO "ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS" DO ORÇAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS – DETERMINA-SE O ENVIO DE CÓPIA DO PRESENTE RECURSO E ACÓRDÃO AO GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS PARA A ANÁLISE DE SOLUÇÕES DO SUBFINANCIAMENTO ORÇAMENTÁRIO DA DEFENSORIA NO AMAZONAS - RESOLVIDO EXTRAJUDICIALMENTE NO ÂMBITO POLÍTICO, O TEMA AFETARÁ POSITIVAMENTE TODA COLETIVIDADE E AO CLARO ANSEIO DO RECORRENTE. 6. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJAM - AGR: 00036978020198040000; Relator: Desembargador ANSELMO CHÍXARO, Julgado em 25/09/2019, Câmaras Reunidas, Publicado no Dje do dia 25/09/2019) (grifos nossos).

Sendo assim, ao reconhecer a justeza na nomeação de Advogado particular para dar efetividade ao direito fundamental à prestação jurídica gratuita ao necessitado, empreendo, de igual modo, que **o Estado deve assumir o ônus de remunerar o patrono indicado para a defesa do Réu pobre ou revel.**

Posto isso, destaco que a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça também é no sentido de que a sentença que determina o pagamento de honorários advocatícios ao Defensor Dativo, nomeado pelo Juiz, ao Réu necessitado, constitui título executivo judicial a ser suportado pelo Estado, quando inexistente ou insuficiente a atuação da Defensoria Pública na respectiva Comarca.²

Em verdade, a Constituição da República estabeleceu que é dever do Estado prestar assistência jurídica, integral e gratuita, por meio da Defensoria Pública, dotada de orçamento próprio e autonomia funcional e administrativa. Entretanto, em não havendo a prestação desse serviço, compete ao próprio Estado supri-lo, por meio do pagamento dos honorários devidos aos defensores dativos, para que estes deem concretude ao direito ao acesso à justiça, até que o órgão constitucionalmente designado para tanto possua, suficientemente, a estrutura prevista pela Carta Política, tal como propugnado pela Emenda Constitucional n.º 80/2014, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

² STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1642223 RS 2016/0316672-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 07/11/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2017).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 80, de 2014).

§ 1.º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 80, de 2014).

§ 2.º Durante o decurso do prazo previsto no § 1.º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 80, de 2014).

Corroborando com a tese ora albergada, a doutrina abalizada de **Yussef Said Cahali**³, elucida que:

“Portanto, desde que o Estado tem o dever constitucional da prestação de assistência judiciária aos réus pobres, impunha-se-lhe igualmente a organização de entidades necessárias e suficientes para o desempenho desse mister.

Se o Estado-membro não pode prestá-lo no nível necessário, por falta de procuradores judiciais disponíveis, ou por qualquer outro motivo, vê-se o juiz na contingência de nomear profissional liberal para desempenhar a tarefa, sob pena de deixar indefeso o réu.(...).

Assim, prestando o profissional liberal estranho aos quadros administrativos, por injunção do Estado-juiz, serviços devidos pela Administração Pública, que deles não se desincumbiu por estar desaparelhada, cumpre remunerar o prestador de tais trabalhos, que não se podem presumir gratuitos, sob pena de onerar-se injustamente o particular por obrigação da sociedade, com vantagem para esta última e desprezo da igualdade que deve nortear a partilha dos encargos sociais (...).

³ CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 925.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Se a assistência judiciária é obrigatória e constitui dever do Estado, não se pode retirar deste, sob pena de locupletamento ilícito à custa alheia, a obrigação legal de remunerar, condignamente e sem excesso, quem é chamado, sem poder de recusa, a suprir-lhe tão grave e inadmissível deficiência."

Compulsando os Autos, depreendo que o douto Magistrado primevo nomeou o **Dr. Nixon Alberto de Braga Rodrigues** (OAB/AM n.º 3.175) para exercer a defesa do ré, Dará Mirian Lopes, e, ainda, o **Dr. André Luís Silva Freira** (OAB/AM n.º 14.203) para exercer a defesa da ré, Cassandra Lopes Otero, durante toda a instrução criminal.

Os Defensores Dativos apresentaram Defesas Prévias (fls. 187 a 190 e 197), participaram da Audiência de Instrução e Julgamento, e, ainda, apresentaram Alegações Finais em favor dos Acusados (fls. 212 a 214), ou seja, acompanharam todos os atos processuais do início da instrução ao término com a prolação da Sentença, esta, absolutória para a Ré, Dara Mirian Lopes Otero, e, condenatória, à Ré, Cassandra Lopes Otero.

Nesse soar, ao final da instrução processual, o mencionado Juízo de Direito arbitrou os honorários advocatícios no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), com base no valor médio de honorários na Seccional do Amazonas da Ordem dos Advogados do Brasil, na forma do art. 22, § 1.º, da Lei n.º 8.906/1984.

Diante do quadro delineado, o Recorrente insiste na redução do valor dos honorários, aludindo, em síntese, que a Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil somente é aplicável aos advogados privados, vinculando, tão só, os Advogados, quando da contratação de seus honorários particulares, possuindo, entretanto, no que diz respeito ao Juiz, caráter meramente norteador, devendo ser observado, assim, a tese fixada no Tema dos Recursos Repetitivos n.º 984 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Para o correto deslinde da controvérsia, esclareço que o tema apontado pela Fazenda Pública Estadual, diz respeito ao julgamento do Recurso Especial n.º 1.656.322/SC⁴, no qual o colendo Superior Tribunal de Justiça firmou, sob o rito dos recursos repetitivos, o entendimento de que *"As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado"*.

⁴ STJ. 3.ª Seção. REsp 1.656.322-SC, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 23/10/2019 (Tema 984 – recurso repetitivo) (Info 659).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

No que atine ao teor do art. 22, "caput" e § 1.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o Voto-condutor estabeleceu que:

"A utilização da expressão "segundo tabela organizada", prevista no primeiro parágrafo do art. 22 do Estatuto da OAB, deve ser entendida como referencial, visto que não se pode impor à Administração o pagamento de remuneração com base em tabela produzida unilateralmente por entidade representativa de classe de natureza privada, como contraprestação de serviços prestados, fora das hipóteses legais de contratação pública. Já a expressão "não podendo ser inferiores", contida no parágrafo segundo, objetiva resguardar, no arbitramento de honorários, a pretensão do advogado particular que não ajustou o valor devido pela prestação dos serviços advocatícios."

Além disso, o referido Acórdão ressaltou que, no momento da fixação do valor dos honorários devidos ao Defensor Dativo, pode o Magistrado, à luz do que instrui o art. 85, §§ 2.º e 6.º, do Código de Processo Civil, prestigiar "o direito do advogado de receber a devida remuneração pelos serviços prestados no processo, sempre com apoio nas nuances de cada caso e no trabalho desempenhado pelo profissional".

Pois bem. Descendo aos lindes do caso concreto, verifico que, em verdade, apesar do Magistrado de origem apontar, como parâmetro para o valor a ser pago ao Defensor Dativo, a Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, o *quantum* final estabelecido foi razoável ao trabalho realizado no curso da instrução criminal.

Com efeito, conforme a Tabela organizada pela Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Amazonas, o valor mínimo estipulado de honorários para o Advogado, na representação de qualquer parte durante a Ação Penal, no rito ordinário, equivale a R\$ 1.497,00 (um mil, quatrocentos e noventa e sete reais) para os Advogados Dativos que atuam na Justiça Estadual.

Nesse contexto, a remuneração definida em sentença, atende, com exatidão, a necessidade de remuneração do causídico indicado pelo douto Juízo, considerando o trabalho realizado, referente ao acompanhamento em todos atos da Ação Penal, da Defesa Prévia até prolação da Sentença, havendo, inclusive a absolvição de uma das Acudas defendidas pelos Defensores.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Sendo assim, não se pode falar em gravame excessivo ao Estado, não havendo qualquer reparo no édito condenatório a ser realizado, porquanto a advocacia é profissão que merece ser remunerada condignamente, como qualquer outra, sem impor carga onerosa ao vencido, mas, também, sem apear o trabalho desenvolvido pelo profissional.

Depreendo que, ao contrário do aduzido pelo Recorrente, no presente episódio, não há violação à tese firmada no julgamento do Recurso Especial n.º 1.656.322/SC, que, consoante esmiuçado anteriormente, assinala que, embora as tabelas de honorários elaboradas, unilateralmente, pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculem o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal, **servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado.**

Dessa feita, no caso vertente, em que o douto Juiz primevo mencionou os valores de honorários constantes na Tabela organizada pela Seccional Amazonas da Ordem dos Advogados do Brasil, entendo que, em verdade, a quantia estabelecida na decisão recorrida está de acordo com o Precedente mencionado pelo Recorrente, na medida em que o *quantum* foi firmado com base no trabalho desenvolvido pelos Advogados, respeitando o princípio da razoabilidade, motivo pela qual deve ser mantida a quantia definida no *decisum* impugnado.

Pois bem. Ultrapassada a apreciação do Apelo interposto pelo Estado do Amazonas, inicio a análise da Apelação interposta pela Ré, **Kassandra Lopes Otero**, cujo pleitos são: nulidade da prisão em flagrante; nulidade por inobservância da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, da Lei n.º 6.001/1973 e da Resolução n.º 287/2019 do colendo Conselho Nacional de Justiça; ausência de provas para condenação; redução da pena aplicada; regime inicial mais brando; e, por fim, aplicação da prisão domiciliar.

Ab initio, é imperioso consignar que os atos processuais só serão considerados nulos se houver a efetiva comprovação do prejuízo sofrido por uma das partes, em observância ao que preceitua o art. 563 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

É que, no cenário das nulidades, atua o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, ainda que produzidos em desacordo com as formalidade legais, os atos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

processuais não serão declarados nulos, quando não houver a efetiva demonstração de prejuízo. Nessa linha de inteligência, posiciona-se a iterativa jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, *ipsis litteris*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESTEMUNHA ARROLADA A DESTEMPO PELA ACUSAÇÃO. **NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.** TESTEMUNHA DO JUÍZO. BUSCA DA VERDADE REAL. ART. 209 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. Consoante o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do Código de Processo Penal ("nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual, se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do recorrente.** 2. "Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo [...]" (HC n.º 95.319, PRIMEIRA TURMA, Relator: Ministro DIAS TÓFFOLI, Dje de 18/02/2011). 3. Agravo Regimental desprovido. **(STJ, AgRg no AgRg no AREsp 898.269/RS, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 12/12/2017, Publicado no Dje do dia 19/12/2017)** (grifos nossos).

Sendo assim, para que seja declarada a nulidade da decisão proferida pelo insigne Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gabriel da Cachoeira/AM, faz-se necessário examinar os argumentos trazidos pela Apelante, vale dizer, apreciar se houve a comprovação do prejuízo à defesa.

In casu, a Recorrente afirma que a Lei n.º 6.001/1979 e a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho não foram observadas no curso processual, no entanto, é possível extrair que, somente, nesta fase recursal, a temática quanto à condição indígena da Ré foi aventada.

Lado outro, é crucial frisar não há qualquer afronta ao art. 10 da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, tampouco ao art.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

56 da Lei n. 6.001/1973, como pretendido pela Apelante, pois, do que se observa, não há prova nos Autos a demonstrar que a Ré é indígena não integrada, pelo contrário, denota-se que é integrada à sociedade o suficiente para responder normalmente pelo crime denunciado. Tanto é verdade que, em seu interrogatório afirma que; já respondeu a três processos criminais, com condenação por tráfico em dois deles; mora em residência alugada; possui ensino fundamental incompleto; e, ainda, trabalha como agricultora.

Ainda, nesse contexto, eduzo do caderno probatório que a Ré é conhecida pela comunidade como a responsável pelo tráfico, malgrado sua negativa, e detinha plena consciência de sua ação, pois escondeu a droga em suas partes íntimas, na tentativa de se esquivar da apreensão da substância entorpecente e de sua prisão em flagrante.

Nessa linha de intelecção, transcrevo julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça, nos quais a matéria é apreciada:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INDÍGENA. AUTODECLARAÇÃO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. PESSOA PLENAMENTE INTEGRADA E COM CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO DO SUPOSTO ILÍCITO. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA À SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II - No caso concreto, tem-se que, embora a condição de indígena se reconheça mediante autodeclaração, adê inimputável (ou mesmo de semi-imputável) exigiria a completa (ou parcial) incapacidade de entendimento do caráter ilícito dos fatos imputados, para fins penais - o que não se comprovou na espécie. **III - "É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal" (REsp n.º 1.129.637/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Dje de 10/03/2014).** IV - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do *habeas corpus*, o que atrai a Súmula n.º 182 desta eg. Corte Superior de Justiça,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC 604898 MS 2020/0202326-0, Relator: **Ministro FÉLIX FISCHER**, T5 - QUINTA TURMA, Julgado em 02/02/2021, Publicado no Dje do dia 08/02/2021). (grifos nossos)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. LATROCÍNIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. INDÍGENAS INTEGRADOS. DESNECESSIDADE DE TUTELA DIFERENCIADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO ÍNDIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 07 DO STJ. 1. A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar a divergência jurisprudencial. 2. **Os indígenas integrados à sociedade, nos termos do art. 4.º, inciso III, da Lei n.º 6.001/73, não se sujeitam ao regime tutelar especial estabelecido pelo Estatuto do Índio.** 3. Ademais, afastar o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, de que os índios estavam devidamente aculturados e integrados à sociedade, ensejaria uma aprofundada inserção na seara fático-probatória dos autos, com o reexame das provas colacionadas nos autos da ação criminal, o que é vedado, nesta via especial, a teor do que estabelece a Súmula n.º 07 do STJ. 4. Recurso não conhecido. (STJ - REsp: 737285 PB 2005/0049318-1, Relator: **Ministra LAURITA VAZ**, T5 – QUINTA TURMA, Julgado em 08/11/2005, , Publicado no Dj do dia 28/11/2005). (grifos nossos).

À vista disso, a nulidade aventada pela Apelante, em razão de sua condição de indígena, não possui amparo na legislação vigente, bem, como, nos julgados, dos Tribunais Pátrio, razão pela qual passo à preliminar de invasão de domicílio, pois, a Apelante narra que ficou comprovado, que sua casa foi violada, pela ausência de mandado judicial, baseado a diligência, tão somente, em denúncia anônima.

Sobre o tema, o art. 5.º, inciso XI, da Constituição Federal, consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que *"a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Logo, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para a sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

Nesse soar, o Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **RE n.º 603.616/RO**, com repercussão geral previamente reconhecida, assentou que *"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"* (**RE n.º 603.616/RO, Relator Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 5/11/2015, Dje 10/5/2016**).

Consoante se extrai do caderno processual em destaque, o ingresso dos Policiais Civis, condutores do flagrante, na residência da Apelante, foi proveniente de denúncia anônima, via, linha direta, informando que havia um comércio de drogas, na Rua Projetada I, na residência da Sr.^a Cassandra Lopes Otero.

Nesse contexto, os Policiais Civis informaram que se dirigiram ao local da denúncia, oportunidade em que encontraram alguns jovens saindo da residência deixando a porta da casa aberta, tendo a equipe entrado e avistado quatro pessoas adultas e duas crianças. Ato contínuo, a Apelante foi questionada acerca das pessoas que estavam saindo da casa, esta, informou que não sabia o motivo, mostrando-se tensa com a situação, após os questionamentos, a Guarda Municipal Feminina, Da Silva, realizou a busca pessoal da Recorrente, instante em que foi encontrado 06 (seis) porções de cocaína em suas vestimentas íntimas.

Nesse entrecho, foram apreendidas 06 (seis) porções de substância entorpecente, 2,30 g (dois gramas e trinta centigramas) de cocaína, 01 (um) aparelho celular Lenovo, 01 (um) aparelho celular Samsung e o valor de R\$ 82,00 (oitenta e dois reais).

Vê-se, portanto, a presença de fundadas razões a justificar a conduta dos Policiais Civis e Militares, amparadas em indícios robustos de situação de flagrante delito, até porque, conforme relatado nos autos, a existência de droga e a venda no local, fatos, estes, confirmados pelos Corrêus. **Com efeito, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima, seguido pelas informações prestadas pela Acusada, com a apreensão de 06 (seis) porções de substância entorpecente, além de valores, consoante**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

informa o Auto de Exibição e Apreensão, à fl. 04, legitimaram a atuação policial.

Outrossim, como o crime de Tráfico de Drogas é delito de natureza permanente, o momento da consumação se prolonga no tempo, de forma que o agente encontra-se em situação de flagrante, enquanto não cessar essa permanência. Nesse condão, colaciono o ensinamento do renomado doutrinador **Renato Brasileiro de Lima**⁵:

“Em todos esses crimes permanentes, em relação aos quais a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5.º, XI). Assim, supondo-se um delito de tráfico de drogas, na modalidade ‘ter em depósito’, delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo e, conseqüentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que em período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a conseqüente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa.”

Nessa ordem de ideias, “o tráfico ilícito de entorpecentes é crime permanente, estando em flagrante aquele que o pratica em sua residência, ainda que na modalidade de guardar ou ter em depósito. Legítima, portanto, a entrada de policiais para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva” (HC 441.270/SP, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, Dje 01/08/2018).

Sendo assim, não há que se falar em nulidade ou em violação de garantia constitucional. Nesse sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUSTENTAÇÃO ORAL EM JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. JUSTA CAUSA

⁵ LIMA, Renato de Lima. *Manual de Processo Penal*. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 938 e 939.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

CONFIGURADA. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA PROFERIDA. PEDIDO PREJUDICADO. RECURSO PREJUDICADO EM PARTE E NÃO PROVIDO. (...) 3. O art. 5.º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

4. O ingresso em moradia alheia depende, para suas validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

5. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n.º 603.616/RO, Relator Ministro GILMAR MENDES, Dje 8/10/2010).

6. A análise da decisão que converteu o flagrante em preventiva permite concluir que a autoridade policial recebeu denúncia anônima de que um veículo estaria carregado de drogas em certo local, ocasião em que avistaram o acusado Richer saindo de uma residência e indo em direção ao referido veículo, que continha 25 tijolos de maconha; porém, ao ver a guarnição, o investigado dispensou um revólver e um celular e empreendeu fuga para dentro do sobrado, momento no qual já estava presente a situação de flagrância. Vê-se, portanto, a presença de fundadas razões a justificar a conduta.

7. Em 8/1/2019, foi prolatada sentença condenatória, decisão por meio da qual o Juízo singular realizou nova avaliação sobre os fundamentos suscitados para a imposição da segregação cautelar da paciente (art. 387, § 1.º, do CPP). Como tais razões não foram submetidas ao crivo daquele Tribunal, sua apreciação implicaria indevida supressão de instância, motivo pelo qual é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

defeso a esta Corte o exame das matérias. 8. Recurso prejudicado em parte e não provido. (STJ, RHC: 101866 RS 2018/0206651-4, Relator: Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 07/02/2019, Publicado no Dje do dia Dje 27/02/2019) (grifos nossos).

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COM ENVOLVIMENTO DE MENORES. **PRISÃO EM FLAGRANTE. DELITOS PERMANENTES. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA. ENVOLVIMENTO DE MENORES. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.** 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O tráfico e associação para o tráfico são crimes permanentes. Assim enquanto o agente estiver guardando ou escondendo o objeto que sabe ser produto de crime, consuma-se a infração penal, perdurando o flagrante delito. 3. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente. **Precedentes.** (...) 8. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, HC 431.711/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 24/05/2018, Publicado no Dje do dia 01/06/2018) (grifos nossos).

Dessa forma, **REJEITO** a preliminar de nulidade concernente ao descumprimento da Lei n.º 6.001/1973, bem, como, a nulidade quanto às provas colhidas, em afronta à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, decorrente do ingresso dos Agentes Policiais na residência da Recorrente, sem prévia autorização judicial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Superada a seara das nulidades, passo a apreciar os demais pleitos da Recorrente, **Kassandra Lopes Otero**, concernente à absolvição e ao regime para cumprimento da reprimenda.

Ao compulsar o caderno processual, constato que a autoria da infração penal atribuída à Recorrente, além da materialidade delitiva, encontram-se, devidamente, consubstanciadas no conjunto fático-probatório existente nos presentes autos, logo, não há como acolher a pretensão do Apelante fundamentada no art. 386 do Código de Processo Penal.

Do caderno processual é possível eduzir que, no dia 26 de outubro de 2018, por volta de 00:25 h, o comandante da 2.^a Companhia Independente da Polícia Militar recebeu uma denúncia de venda de drogas na rua Projetada I, na casa da Sr.^a Kassandra Lopes Otero. Ato contínuo, dirigiram-se ao endereço e perceberam a movimentação de jovens no local, instante em que entraram na residência e na revista pessoal da dona da casa, a ora, Apelante, encontram escondido em suas partes íntimas 06 (seis) porções de substância entorpecentes, além de dois telefones celular e o valor de R\$ 82,00 (oitenta e dois reais).

Nesse diapasão, verifico que a **materialidade** do delito resta presente no **Auto de Exibição e Apreensão (fl. 04) e no Laudo Definitivo de Exame em Substância n.º 51.369-2019 (fls. 192 a 195)**, os quais atestam que as substâncias apreendidas correspondiam a 2,30 g (dois gramas e trinta) de cocaína, acondicionada em 06 (seis) embalagens confeccionadas em material plástico, e, ainda, o valor de R\$ 82,00 (oitenta e dois reais) e 02 (dois) telefones celular.

A **autoria delitiva**, por sua vez, restou demonstrada pelas declarações das Testemunhas de Acusação, os policiais responsáveis pela prisão em flagrante do Acusado, prestadas perante a Autoridade Policial (fls. 02 e 08), as quais foram, posteriormente, ratificadas perante o douto Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gabriel da Cachoeira/AM, por meio dos depoimentos colhidos no bojo da Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 212 a 214–audiovisual).

No intuito de ratificar as afirmações adrede consignadas, transcrevo trechos dos depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante, perante a Autoridade Policial da Delegacia Especializada do Município de São Gabriel da Cachoeira/AM:

Eduardo Vieira Reis (fl. 02):

“QUE é comandante da 2.^a CIPM e que no dia de hoje 26/10/2018, por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

volta de meia noite recebeu denúncia via whatsapp, da linha direta, do comércio de droga na Rua Projetada I, bairro do Dabarú, e de posse dessa informação montou uma equipe de policiais para averiguar a denúncia, sendo eles a GMF DA SILVA, Que afirma o depoente que no momento que chegaram ao local alguns jovens saíram correndo de um quarto e deixaram a porta aberta, e que ao entrarem haviam no local quatro pessoas adultas e duas crianças, que Cassandra se apresentou como a proprietária do local, todavia, ao questioná-la sobre as pessoas que deixaram o local em desabalada carreira a mesma não soube explicar o porquê dos jovens terem se evadido do local e se mostrou tensa; Que afirma o depoente que solicitou que a GMF DA SILVA que realizasse uma busca pessoal na senhora Kassandra e que DA SILVA encontrou dentro da vestimenta íntima da Kassandra seis porções de uma substância com características de cocaína, acondicionada em plástico branco; Que afirma o depoente que questionou a senhora Kassandra sobre a droga encontrada em seu poder e essa confirmou que lhe pertencia e que se destinava ao comércio; Que afirma o depoente que em virtude da situação de flagrância adentraram na residência e realizaram uma busca no local sendo localizado a quantia de R\$ 82,00 (oitenta e dois reais), um aparelho televisão, dois aparelhos celular sendo um marcar Lenovo, cor branca e um Samsung dourado; Que afirma o depoente que questionou os ocupantes da casa Kassandra Lopes Otero, Leandro dos Santos Melgueiro, Dandara Lopes Otero e Jeferson Trindade Serra sobre o comércio de droga que funcionava naquele local e ambos afirmaram que a droga ali encontrada em poder de Kassandra era destinada a venda e que cada trouxinha custava R\$ 50,00 (cinquenta reais) e que todos eram envolvidos com o comércio da droga; Que em virtude do estado de flagrância deu voz de prisão aos acusados. (...)". (grifos nossos)

Claudioney Lopes Queiroz (fl. 07):

"QUE é Investigador de Polícia e que no dia de hoje 26/10/2018, o Ten. Eduardo Reis, comandante Eduardo Reis, solicitou apoio ao depoente na condução de uma ocorrência, e que segundo o Tenente recebeu uma denúncia de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Tráfico de Drogas na Rua Projetada I, que se dirigiram ao local, Que afirma o depoente que no momento que chegaram ao local alguns jovens saíram correndo de um quarto e deixaram a porta aberta, e que ao entrarem haviam no local quatro pessoas adultas e duas crianças, que Cassandra se apresentou como a proprietária do local, todavia, ao questioná-la sobre as pessoas que deixaram o local em desabalada carreira a mesma não soube explicar o porquê dos jovens terem se evadido do local e se mostrou tensa; Que afirma o depoente que foi solicitado a GMF DA SILVA que realizasse uma busca pessoal na senhora Cassandra e que DA SILVA encontrou dentro da vestimenta íntima da Cassandra seis porções de uma substância com características de cocaína, acondicionada em plástico branco; Que afirma o depoente que foi questionado a senhora Cassandra sobre a droga encontrada em seu poder e essa confirmou que lhe pertencia e que se destinava ao comércio; Que afirma o depoente que em virtude da situação de flagrância adentraram na residência e realizaram uma busca no local sendo localizado a quantia de R\$ 82,00 (oitenta e dois reais), um aparelho televisão, dois aparelhos celular sendo um marcar Lenovo, cor branca e um Samsung dourado; Que afirma o depoente que foi questionados os ocupantes da casa Cassandra Lopes Otero, Leandro dos Santos Melgueiro, Dandara Lopes Otero e Jeferson Trindade Serra sobre o comércio de droga que funcionava naquele local e ambos afirmaram que a droga ali encontrada em poder de Cassandra era destinada a venda e que cada trouxinha custava R\$ 50,00 (cinquenta reais) e que todos eram envolvidos com o comércio da droga. (...)"
 (grifos nossos)

É de rigor destacar que, diferentemente da Ré, o Agente Policial, na qualidade de Testemunhas da Acusação, presta compromisso em dizer a verdade, nos termos dos arts. 203 e 206 da Lei Adjetiva Penal, e seu depoimento é de suma importância para se elucidar as circunstâncias dos fatos delitivos, sobretudo, quando colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e em harmonia com os demais elementos probatórios, como ocorreu no vertente episódio. Nesse sentido, é a iterativa jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.** 1. O acórdão combatido concluiu que "diante das circunstâncias da prisão, a quantidade do material, a forma de seu acondicionamento, o local onde foi apreendido, a conduta do acusado e os depoimentos contundentes dos policiais, levam à conclusão inequívoca da prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06" (e-STJ, fl. 401). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela absolvição ou desclassificação da conduta do agravante, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via especial, conforme o teor da Súmula 7/STJ. **2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, Dje 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, Dje 26/8/2016).** 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 05/03/2020, Publicado no Dje do dia 23/03/2020) (grifos nossos).

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS (COCAÍNA, CRACK E MACONHA). POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. *HABEAS***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício. **II - 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.** III - Afastar a condenação, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória. IV - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a natureza, a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha) com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do *writ*. V - (...) *Habeas corpus* não conhecido. **(HC 504.137/SP, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 14/05/2019, Publicado no Dje do dia 20/05/2019) (grifos nossos).**

Por seu turno, a Acusada, ora, Apelante, Kassandra Lopes Otero, perante o insigne Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gabriel da Cachoeira/AM, conforme registro de audiovisual, juntado à Ata de Audiência de Instrução e Julgamento de fls. 212 a 214, negou que tivesse cometido o crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, sustentando que a substância entorpecente apreendida consigo era para o seu próprio consumo, em total descompasso com a versão firme e coerente dos Agentes Policiais.

Nessa linha de intelecção, eduzo do presente caderno processual que a tese de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

negativa de autoria, aventada pela Ré é isolada, frente a todo o arcabouço probatório, pois, dissocia-se dos depoimentos narrados na fase inquisitiva e instrucional, como esmiuçado em linhas pretéritas.

Nesse condão, transcrevo decisão deste egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA CONFIGURADAS – VALOR PROBATÓRIO DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – **NEGATIVA DE AUTORIA QUE NÃO SE COADUNA COM OS ELEMENTOS DOS AUTOS** – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A condenação do apelante se deu por meio de sentença legitimamente fundamentada no conjunto fático-probatório que instrui os autos, onde se verifica a configuração da materialidade e autoria delitivas. 2. *In casu*, o acervo probatório, constituído pelos depoimentos judicializados das testemunhas de acusação, pelo auto de exibição e apreensão, pelo laudo de exame definitivo e pelo depoimento do corréu prestado em sede inquisitiva, converge entre si, sendo suficiente para a manutenção da condenação do apelante pelo crime de tráfico de drogas. 3. **A tese de negativa de autoria, por sua vez, não encontra qualquer respaldo nos autos, desfalecendo quando confrontada com as declarações dos policiais militares, que se mostraram coerentes entre si e harmônicas com os demais elementos do arcabouço probatório, possuindo, conforme pacífica jurisprudência, ampla validade como meio de prova para embasar a condenação.** 4. O crime de tráfico de drogas é de ação múltipla, que se perfaz com a prática de qualquer das modalidades descritas no tipo legal, não sendo necessária a prova da efetiva comercialização para caracterizar a prática do crime do art. 33 da Lei de Tóxicos. 5. Apelação criminal conhecida e desprovida. (TJAM. Processo n.º 0226364-83.2013.8.04.0001. Relator: Desembargador JOÃO MAURO BESSA; Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal; Julgado em 25/02/2018; Publicado no Dje do dia 26/02/2018). (grifos nossos).

À vista disso, vislumbro que a tese defensiva, relativa à alegação de não existir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

prova suficiente para a condenação encontra-se desamparada, frente a todo o arcabouço probatório, uma vez que restou demonstrada a autoria e a materialidade do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, tornando infundado o reconhecimento do *princípio in dubio pro reo*. Ademais, a tese de negativa de autoria da Acusada é compatível com a sua condição jurídica, e objetiva afastá-lo da sua responsabilidade penal.

Outrossim, é de conhecimento que o Tráfico Ilícito de Entorpecente, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal).

Nessa linha de intelecção, a jurisprudência do colendo Superior de Justiça firmou-se no sentido de que **o art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consoma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o ter em depósito e guardar, como ocorre no vertente episódio, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização**. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CRIME DE CONDUTAS MÚLTIPLAS E FORMAL. TER EM DEPÓSITO. CONDENAÇÃO. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consoma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

comercialização. 3. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n.º 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 4. (...) **(AgRg no AREsp 1624427/GO, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 10/03/2020, Publicado no Dje do dia 23/03/2020) (grifos nossos).**

Nesse contexto, colaciono trecho do édito condenatório, no qual o ilustre Magistrado analisou a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas:

Sentença (fls. 137 a 140):

“Estabelece o artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 que é crime importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, punido com pena de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa.

*No caso, extrai-se dos autos que a denunciada **Kassandra Lopes Otero** foi apreendida com seis sacos de pasta base de cocaína.*

Desse modo, vê-se que a materialidade do crime restou demonstrada pelo auto de apreensão (fl. 06), pelo laudo preliminar de constatação da natureza da substância (fl. 08) e, em especial, pelo laudo toxicológico definitivo de fls. 284/287, o qual restou positivo para a presença de COCAÍNA, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica, estando relacionada na Lista F das substâncias de uso proscrito no Brasil, sublista F1, da Portaria n.º 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, republicada em 01.02.1999, e atualizada pela Resolução RDC/ANVS/MS n.º 07, de 26.02.2009.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

No tocante a autoria, analisando detidamente as provas coligidas aos autos, conclui-se que a culpabilidade da acusada KASSANDRA LOPES OTERO restou suficientemente demonstrada, estando incontestado o fato que ela estava guardando a entorpecente apreendida, em sua casa.

Consoante restou comprovado, a acusada estava guardando a droga em sua casa, que era conhecida na cidade como “Boca da Cunha”, para realizar a futura venda do produto, instante em que foi presa ainda na posse do entorpecente. (...)

Afinal, não há indicativos que a droga se destinava ao consumo pessoal. Consoante o artigo 28, § 2.º, da Lei n.º 11.343/06, “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

Na maioria das vezes, é difícil identificar qual a finalidade do agente, motivo pelo qual muitos utilizam, como meio de defesa, o argumento de que a droga seria para consumo pessoal. Entretanto, na situação dos autos, analisando as circunstâncias mencionadas, conclui-se que a acusada Kassandra guardava a droga para revenda.

Imperioso registrar, também, que o comércio praticado no local era do conhecimento da população, tanto que foram feitas denúncias anônimas comunicando o fato à polícia, as quais resultaram na prisão em flagrante”.
 (grifos nossos)

Nesse espeque, a tese de insuficiência probatória, suscitada pela Apelante, não merece prosperar, na medida em que não há nada nos Autos que a sustente, mas, ao contrário, todas as provas lhe são desfavoráveis e bem revelam a prática do crime de tráfico de drogas descrito na denúncia, tornando infundado o pedido absolutório fundamentado no art. 386 do Código de Processo Penal, diante de tudo o que foi colhido na fase inquisitorial devidamente ratificado em juízo. Assim sendo, não que se falar em reconhecimento do Princípio *in dubio pro reo*.

Impende salientar que o princípio do *in dubio pro reo* prevê o benefício da dúvida em favor do réu, isto é, em caso de dúvida razoável, quanto à culpabilidade do acusado, nasce, em seu favor, a presunção de inocência, pois a culpa deve restar plenamente comprovada.

In casu, o farto conjunto probatório não dá azo ao reconhecimento do Princípio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

aventado nas razões recursais, *in dubio pro reo*, em razão das provas, inequívocas, quanto à autoria e materialidade do crime. Os argumentos esmiuçados em linhas pretéritas são suficientes para conduzir a Apelante à condenação, haja vista que se assentam, satisfatoriamente, em provas colhidas na fase inquisitiva e confirmados em juízo, sob o crivo dos **Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e Contraditório**.

Noutro giro, relativamente ao pedido de desclassificação do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, para o delito de Uso de Substâncias Ilícitas, previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, ressalto que devem ser ponderados os seguintes requisitos: **(a) a natureza e a quantidade da substância apreendida; (b) o local e as condições em que se desenvolveu a ação; (c) as circunstâncias sociais e pessoais; e (d) a conduta e os antecedentes do Agente.**

Dessarte, entendo incabível a desclassificação para o delito tipificado no art. 28 da Lei de Tóxicos, tendo em consideração que, a despeito da natureza da substância entorpecente ("cocaína") e da quantidade apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação delitiva são capazes de demonstrar a finalidade mercantil da substância apreendida, os valores em moedas trocadas e ainda, por ser o Réu reincidente específico.

Nesse caminhar de ideias, é o seguinte Julgado desta colenda Primeira Câmara Criminal, *in litteris*:

PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DEPOIMENTOS JUDICIALIZADOS DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO – PALAVRA DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO – MEIO DE PROVA IDÔNEO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO – INVIABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM FINALIDADE MERCANTIL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Estando autoria e materialidade delitivas sobejamente comprovadas nos autos, com base nas circunstâncias do delito e na palavra uníssona, segura e coerente dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, devidamente ratificadas sob o crivo do contraditório, a manutenção da condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes é medida que se impõe, não restando espaço para aplicação do princípio da presunção de inocência. 2. O crime de tráfico de drogas é de ação múltipla,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

perfazendo-se com a prática de quaisquer dos núcleos contidos no caput do art. 33 da Lei 11.343/06, sendo certo, portanto, que a conduta de trazer consigo substância entorpecente, imputada ao apelante, subsume-se ao tipo penal incriminador, sendo desnecessária prova da efetiva comercialização ilícita. Precedentes. **3. A viabilidade do juízo desclassificatório em relação ao crime de tráfico de entorpecentes está diretamente condicionada ao exame favorável dos elementos descritos no § 2.º, do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, o que não se verifica no caso em tela.** 4. Apelação Criminal conhecida e desprovida. (TJAM, Apelação Criminal n.º 0247705-97.2015.8.04.0001, Relator: Desembargador JOÃO MAURO BESSA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 03/08/2020, Publicado no Dje do dia 05/08/2020). (grifos nossos)

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE ABSOLVIÇÃO. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NÃO NULIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO PELO LAUDO PRELIMINAR E OUTRAS PROVAS INSERIDAS AOS AUTOS. AUTORIA DO CRIME CONFIGURADA. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. CERTA QUANTIDADE DE DROGA ACONDICIONADA. CARACTERIZAÇÃO DA FINALIDADE MERCANTIL. VALOR PROBATÓRIO DOS DEPOIMENTOS DOS AGENTES POLICIAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...). 2. Sendo o conjunto probatório apto à comprovação da materialidade e autoria delitivas do crime de tráfico de drogas, expresso no art. 33 da Lei 11.343/2006, não deve ser acolhido o requerimento de absolvição. 3. A drogas apreendidas, assim como a forma em que estavam acondicionadas, denotam a finalidade mercantil do agente, não sendo cabível falar em desclassificação para a figura prevista no artigo 28, da Lei n.º 11.343/2006. 4. Os depoimentos dos agentes policiais, prestados em Juízo, à luz do devido processo legal, possuem alto grau de credibilidade e legitimidade, como elemento probatório. 8. Apelação criminal conhecida e não provida” (TJAM. Apelação Criminal n.º



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

0649113-19.2019.8.04.0001, Relatora: Desembargadora CARLA MARIA SANTOS DOS REIS; Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal; Julgado em 23/06/2020; Publicado no Dje do dia 23/06/2020). (grifos nossos)

Tecidas essas considerações, à luz das declarações e dos depoimentos das Testemunhas de Acusação, bem como, em razão do que noticiou Auto de Exibição e Apreensão e os Laudos de Perícia Criminal, **CONCLUO que estão, devidamente, comprovadas a autoria e a materialidade do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo que se falar, portanto, em inexistência de provas suficientes à condenação, ou na desclassificação para o delito de Uso de Substâncias Ilícitas, previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos.**

Ultrapassada a questão elementar, passo à análise da dosimetria da pena atribuída ao Recorrente.

Consoante lição do nobre jurista **Guilherme de Souza Nucci**⁶, *"a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e a adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus."*

Na **primeira fase da dosimetria**, o douto Juiz *a quo* estabeleceu a pena-base no mínimo legal, **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Outrossim, **na segunda fase da dosimetria** e na terceira consignou não haver atenuantes, agravantes, causas de diminuição e aumento de pena, fixando, assim, a reprimenda em **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**.

No entanto, importante rememorar que, apesar da Apelante possuir duas condenações, também, por tráfico de drogas (Processo n.º 0000339-39.2017.8.04.6900 e Processo n.º 0000115-09.2014.8.04.6900), estas, ainda, não transitaram em julgado, portanto, merece reforma **DE OFÍCIO**, este, ponto do édito condenatório, uma vez que a utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para concluir pela dedicação às atividades criminosas não se revela idônea a justificar o afastamento da minorante.

Nessa linha de intelecção, colaciono julgado do excelso Supremo Tribunal Federal e, ainda, desta ínclita Corte de Justiça:

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 29.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A orientação jurisprudencial da Segunda Turma desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, por si só, a utilização de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado para comprovar a dedicação do paciente a atividades criminosas. II – Dado provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para determinar ao Juízo competente que proceda à nova dosimetria da pena, aplicando, fundamentadamente, a causa especial de redução prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração que entenda adequada e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com os demais consectários legais. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR RHC 182516 DF - DISTRITO FEDERAL 0264558-76.2019.3.00.0000, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, Julgado em 15/05/2020, Publicado no Dje do dia 22-05-2020; Dje-127). (grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO SERVEM PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. INVIÁVEL A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Sendo o conjunto probatório apto à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

comprovação da materialidade e autoria delitiva do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, expresso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, não deve ser acolhido o requerimento de absolvição. 2. No que concerne aos antecedentes, o Supremo Tribunal Federal – STF firmou entendimento de que o período depurador previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, afasta a configuração da agravante da reincidência, mas não constitui óbice para a avaliação negativa da circunstância judicial. 3. Para que seja aplicada a redução da pena concernente ao privilégio, de acordo com o disposto no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, o agente deve ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar à atividade criminosa, nem integrar organização criminosa. 4. Inviável a aplicação do privilégio, considerando os maus antecedentes do apelante, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF. 5. **A mais recente orientação do Supremo Tribunal Federal – STF, em ambas as Turmas é de que investigações criminais e ações penais em curso não servem para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.** 6. Considerando a reprimenda privativa de liberdade definitiva imposta aos apelantes, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 7. Apelação criminal conhecida e parcialmente provida. (TJAM. **Apelação Criminal n.º 0690931-14.2020.8.04.0001. Relatora: Desembargadora CARLA MARIA SANTOS DOS REIS; Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal; Julgado em 16/07/2021; Publicado no Dje do dia 16/07/2021.**) (grifos nossos)

De fato, a Apelante faz jus a redução da reprimenda concernente ao tráfico privilegiado, porém, faz-se necessário ponderar algumas circunstâncias, no intuito de alcançar uma fração justa e adequada ao caso vertente, como o número de condenações da Recorrente, por tráfico de drogas, exatamente, duas, estas, ainda, em esfera recursal, bem, como, o fato de ser a Ré conhecida pelo pequeno Município de São Gabriel da Cachoeira/AM, como traficante, responsável pela comercialização de drogas na comunidade.

A propósito colaciono julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, no qual a temática, quanto ao patamar de diminuição inserto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, foi



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

apreciada com primor:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO CRIME DE TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE JUSTIFICAM A APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Agravante condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, e de 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, por infração ao disposto no art. 329, *caput*, do Código Penal, porque flagrado, junto com corréu, comercializando 99 (noventa e nove) pedras de *crack*, pesando aproximadamente 14,8 gramas, e resistir à prisão. 2. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o *quantum* de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. 3. **No caso, as instâncias ordinárias trouxeram como fundamento para aplicar a fração mínima de 1/6 (um sexto), não apenas a quantidade de droga, mas sobretudo as circunstâncias do crime e o fato de o Réu ostentar ação penal em andamento pelo crime de tráfico de drogas, entendimento que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes.** 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 616.889/SC, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, Dje 19/03/2021) (grifos nossos).

Nessa linha de inteligência, sobrelevo que o excelso Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que o "*juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto*" (HC n.º 115.149/SP, SEGUNDA TURMA, Relator: Ministro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

Ricardo Lewandowski, Dje de 02/05/2013).

Assim sendo, reconheço a causa de diminuição de pena inserta no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, razão pela qual, após apreciação dos requisitos elencados na predita norma diminuo a reprimenda em 1/5 (um quinto), haja vista ser, esta, a terceira condenação por tráfico de drogas, malgrado, ainda, não haver o trânsito em julgado nas demais. Dessa forma, **FIXO a pena da Ré em 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato**, pela prática do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, insculpido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

No que diz respeito ao **regime inicial de cumprimento de pena, FIXO o regime aberto**, nos exatos termos do art. 33, § 2.º, alínea "c", do Código Penal, segundo o qual, "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*".

No que tange à **detração penal**, depreendo que este instituto não foi aplicado na sentença primeva, porquanto a sua incidência, nos termos do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, não implicaria em alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

Prosseguindo na apreciação do édito condenatório, vislumbro que o preclaro Magistrado concedeu à Apelante o direito de recorrer em liberdade, portanto, não há que se falar em prisão domiciliar, posto que, a Recorrente encontra-se em estado de liberdade provisória. Ademais, após a reforma da reprimenda restou fixado o regime aberto para cumprimento da pena.

Acerca da **substituição da pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direitos**, noto que o douto Magistrado de piso não concedeu o benefício, por considerar o *quantum* da reprimenda fixada, mas, diante do novo patamar a aplicação da benesse é medida que se impõe. Ora, nos termos do art. 44 do Código Penal, a regra de substituição das penas privativas de liberdade, por restritivas de direitos, depende do atendimento de 04 (quatro) requisitos, sendo 02 (dois) objetivos (quanto à natureza do crime e quantidade da pena) e 02 (dois) subjetivos (relacionados à pessoa do condenado):

Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (grifos nossos).

§ 2.º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Sendo assim, reputo possível a alusiva substituição, em virtude do preenchimento dos requisitos insertos no § 2.º, do art. 44, da Lei Substantiva Penal, razão pela qual, **SUBSTITUO** a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direito, consistentes na **prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo e na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**, na forma a ser definida, posteriormente, pelo MM. Juízo de Direito da Vara de Execução.

Tal cenário impede a **suspensão da execução da pena privativa de liberdade (sursis)**, em obediência ao art. 77, inciso III, do Código Penal, que dispõe que tal benesse só será aplicada quando "*não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código*".

Dessa maneira, sob o pálio das razões acima fincadas, **CONCLUO que o Édito condenatório deve ser reformado, para reconhecer o tráfico privilegiado, e, via de consequência, redimensionar a dosimetria, fixando a pena definitiva da Apelante, Kassandra Lopes Otero, em 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 400 (quatrocentos), dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime inculcado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, substituída por duas penas restritivas de direitos.**

Por todo o exposto, **CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO DO AMAZONAS. E, CONHEÇO, PARCIALMENTE, E, NESSA EXTENSÃO, NEGO PROVIMENTO AO APELO DA RÉ, KASSANDRA LOPES OTERO, MAS, REFORMO DE OFÍCIO A REPRIMENDA PARA RECONHECER O TRÁFICO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Gabinete do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos

PRIVILEGIADO, nos termos acima especificados.

INTIMEM-SE.

Em não havendo recurso, **CERTIFIQUE-SE** o trânsito em julgado desta Decisão e **REMETAM-SE** os autos à origem.

À Secretaria para cumprir.

É como voto.

Desembargador JOSÉ HAMILTON SARAIVA DOS SANTOS
Relator