

Tráfico de drogas - Interrogatório do réu - Afronta ao art. 400 do CPP - Inocorrência - Lei nº 11.343/2006 - Lei especial - Prevalência - Rito observado - Ausência de prejuízo - Preliminar rejeitada - Mérito - Finalidade mercantil negada - Desclassificação para uso próprio - Art. 28 da Lei nº 11.343/2006 - Inadmissibilidade - Depoimentos dos milicianos - Credibilidade - Circunstâncias do crime - Dependência toxicológica não demonstrada - Condenação mantida

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Preliminar. Interrogatório realizado em desacordo com a regra do art. 400 do CPP. Procedimento ínsito à Lei de Tóxicos. Prevalência da regra do art. 57 da lei especial. Mérito. Trazer consigo doses unitárias em ponto de tráfico. Desclassificação para uso próprio. Inadmissibilidade. Seguros depoimentos policiais. Validade. Recurso não provido.

- O art. 400 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719/2008, determina que o interrogatório do réu seja o último ato da instrução processual. Todavia, a Lei de Tóxicos, em seu art. 57, dispõe que o interrogatório do acusado é o primeiro ato da instrução. Assim, enquanto no procedimento comum as testemunhas são ouvidas antes do réu, no especial ocorre o contrário.

- A Lei nº 11.343/06, por ser especial, não teve seu procedimento alterado pela Lei nº 11.719/08, que alterou redações do CPP. Dessa forma, em procedimentos ínsitos à Lei de Tóxicos, ela deve ser a aplicada, e não outro regramento.

- A teor do disposto no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, para determinar se a droga se destinava 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.

- Os depoimentos dos policiais que atuaram na diligência merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral. Somente podem ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isso não ocorre, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a sua palavra serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.11.024507-6/001 - Comarca de Betim - Apelante: Carlos Alberto Soares Costa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2012. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM (Relator) - Carlos Alberto Soares Costa, já qualificado nos autos, foi denunciado perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Betim como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Conforme a exordial, no dia 24.07.2011, às 18h10min, na Rua Jacinto Franco do Amaral, nº 75, Bairro Riviera, o réu trazia consigo, para fins de traficância, 12 (doze) pedras de *crack*.

Segundo apurado, policiais militares, em patrulhamento pelo citado bairro, avistaram o réu comercializando drogas. Em abordagem, após busca pessoal, foi encontrada dentro da cueca do denunciado a droga citada e, no bolso, a quantia de R\$45,00 (quarenta e cinco reais).

Concluída a instrução, a MM. Juíza de Direito julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu, nas iras do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a uma pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no percentual mínimo para o dia-multa, vedada a minorante do § 4º do citado artigo pela reincidência, bem como outras benesses (f. 98/106).

O increpado foi pessoalmente intimado da r. sentença (f. 120).

Irresignado, interpôs o réu recurso de apelação, erigindo, em preliminar, a nulidade do processo por afronta ao art. 400 do Código de Processo Penal, visto que o réu não foi o último a ser ouvido na audiência. No mérito, requer a desclassificação do delito para a previsão do art. 28 da Lei de Tóxicos, ao argumento de serem para uso as drogas encontradas. Por fim, requer a restituição da quantia em dinheiro apreendida (f. 125/137).

O *Parquet* apresentou suas contrarrazões (f. 141/147).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 156/164).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Não procede a preliminar erigida, aliás, já rebatida na r. sentença (f. 99).

De todo modo, o art. 400 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719/2008, determina que o interrogatório do réu seja o último ato da instrução

processual. Todavia, a Lei de Tóxicos, em seu art. 57, dispõe que o interrogatório do acusado é o primeiro ato da instrução. Assim, enquanto no procedimento comum as testemunhas são ouvidas antes do réu, no especial ocorre o contrário.

Seguindo posicionamento majoritário desta colenda Câmara, também entendo que a Lei nº 11.343/06, por ser especial, não teve seu procedimento alterado pela Lei nº 11.719/08, que alterou redações do CPP. Dessa forma, em procedimentos ínsitos à Lei de Tóxicos, ela deve ser a aplicada, e não outro regramento.

Nesse sentido, a jurisprudência recente desta colenda Câmara:

Em virtude do rito especial da Lei de Tóxicos, o interrogatório do acusado ocorre antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, não havendo falar em aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal (4ª Câmara Criminal - Ap. nº 1.0024.11.221470-5/001 - Rel. Des. Júlio Cezar Gutierrez - j. em 27.06.2012 - p. em 05.07.2012).

A Lei nº 11.343/06 dispõe, em seu art. 57, que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, sendo que, por ser lei especial, deve preponderar sobre as reformas trazidas pela Lei nº 11.719/08 - que alterou o art. 400 do CPP -, por força do critério da especialidade, ainda que esta lhe seja posterior. Portanto, não há falar em nulidade da instrução processual se o feito seguiu, regularmente, o rito da lei de tóxicos, com observância, desde o início, dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (4ª Câmara Criminal - Ap. nº 1.0024.11.295441-7/001 - Rel. Des. Herbert Carneiro - j. em 01.08.2012 - p. 09.08.2012).

No mesmo sentido, julgado do agosto STJ:

Processo penal. *Habeas corpus*. Associação ao tráfico. Nulidade absoluta. Inobservância do art. 400 do CPP com a nova redação conferida pela Lei nº 11.719/08. Não ocorrência. Rito próprio da Lei nº 11.343/2006. Interrogatório do réu no início da instrução. Prisão. Excesso de prazo. Sentença condenatória proferida. Ordem denegada. - I. Nos termos do art. 394, §2º, do Código de Processo Penal, o procedimento comum aplica-se a todos os processos, salvo disposições em contrário previstas no próprio Código ou em lei especial. II. Hipótese em que a instrução processual foi promovida nos termos da Lei nº 11.343/2006, que possui rito próprio e que prevê, em seu art. 57, que o interrogatório do acusado inaugura a audiência de instrução. III. Se o interrogatório foi realizado nos termos estabelecidos no rito especial da Lei de Drogas, não há nulidade a ser declarada por inobservância do art. 400 do CPP. IV. Com a prolação da sentença condenatória, encontra-se superada a alegação de excesso de prazo. V. Ordem denegada (HC 179002/RJ - *Habeas Corpus* 2010/0127236-4 - Rel. Min. Gilson Dipp (1111) - Órgão Julgador - 5ª Turma - Data do julgamento de 15.12.2011 - Data da publicação/fonte 01.02.2012).

Ainda que assim não fosse, não houve demonstração de prejuízo para a defesa, conforme as diretrizes expostas nos arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal.

Portanto, rejeito a prefacial.

No mérito, a materialidade delitiva está demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 15/18), auto de apreensão (f. 14) e laudos preliminar de constatação (f. 22) e de exame toxicológico definitivo (f. 33).

A autoria resultou igualmente evidenciada, mesmo tendo tentado o réu se dizer somente usuário.

No APFD, o condutor, cabo Anderson Garibaldi Gonçalves, deixou claro que:

[...] ao perceber atitude suspeita de Carlos Alberto Soares Costa, passou a monitorá-lo de longe e constatou que transeuntes se aproximavam do conduzido e ele pegava pedras de crack de dentro da calça e passava para aqueles que lhe entregavam dinheiro; que o condutor e sua equipe se aproximaram do conduzido para abordá-lo e, ao ser submetido a busca pessoal, foi encontrado dentro de sua cueca doze pedras de crack, e no bolso a quantia de R\$45,00 (quarenta e cinco reais); que no local que foi abordado o conduzido confirmou estar vendendo pedras de crack por estar desempregado [...]; o conduzido assumiu o posto do traficante 'Loirinho', que está preso (f. 02).

Seu colega de profissão, Guilherme Ambrosio de Araújo, confirmou os fatos (f. 03).

O acusado, apesar do flagrante, negou ter vendido droga para qualquer pessoa, dizendo que os entorpecentes encontrados com ele se destinavam ao seu consumo próprio (f. 05).

Judicialmente, Carlos Alberto manteve sua versão, afirmando, de relevante, que:

[...] foi realmente encontrada em seu poder a droga e o dinheiro, mas aquela era para seu uso próprio e não para traficância [...] (f. 74).

Todavia, a prova demonstra outra destinação da droga encontrada com o réu.

O policial militar Anderson Garibaldi Gonçalves afirmou, sob o crivo do contraditório, que:

[...] viu o acusado tirar algo do bolso ou de dentro da calça e entregar a terceira pessoa e essa lhe passar algo como se fosse dinheiro; que o local é ponto de tráfico de drogas a famosa zona boemia do Bairro Riviera [...] (f. 75).

Já o também miliciano Guilherme Ambrósio de Araújo, além de confirmar ter visto o réu vender algo e receber dinheiro, asseverou que

[...] ouviu de alguns usuários que o acusado assumiu o posto do Lourinho, antigo traficante [...] (f. 76).

Ora, da prova exposta, não é possível deferir a pretensão recursal de desclassificação do delito para a previsão do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

De acordo com o art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, para determinar se a droga se destinava 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.

Todas as circunstâncias indicam que Carlos Alberto trazia consigo drogas para fins de traficância e havia acabado de negociar parte da droga com usuário.

O apelante encontrava-se em local conhecido como ponto de intenso de tráfico de drogas, trazendo consigo mais de 10 (dez) pedras de crack, devidamente prontas para a colocação no comércio clandestino - circunstância que, por si só, pode evidenciar o propósito mercantil -, e ainda havia, em seu bolso, R\$45,00 (quarenta e cinco) reais, valor compatível com venda recente de entorpecentes.

Sem dúvida, difícil imaginar que o réu, preso em flagrante em local amplamente conhecido no meio policial como ponto de vendas de drogas, estivesse trazendo consigo boa quantidade de crack, dividida em doses unitárias, apenas para consumo pessoal, ainda mais com importância em dinheiro em cédulas pequenas.

Não há, pois, como se admitir a desclassificação do delito para uso próprio, até porque não há nenhuma prova concreta de seu alegado vício ou dependência toxicológica, exceto a informação vaga de seu amigo (f. 77).

Ora, a condição de usuário do réu não é incompatível com a de traficante. Ao contrário. Aquele que é usuário de drogas contumaz, inevitavelmente, se desvia para a atividade mercantil muito em função da degeneração produzida pelo consumo excessivo. A condição de consumidor, por si só, não elide a de comerciante de drogas, ainda mais no caso do increpado, em face das circunstâncias do crime.

Ademais, não há razão plausível para se descrever dos testemunhos dos policiais, sobretudo por não existir nos autos um só elemento para invalidá-los. A palavra deles, em especial sobre a apreensão da droga, e a atitude por demais suspeita do réu em passar algo para um usuário e receber dinheiro não foram confrontadas por nenhuma prova ou circunstância.

Não é demais insistir que atualmente é iterativa a jurisprudência dos nossos tribunais no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional.

Os depoimentos dos policiais que atuaram na diligência merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral, e somente podem ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isto não ocorra, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a sua palavra serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador.

A condenação do réu, portanto, era de rigor.

Quanto às penas, foram fixadas no mínimo legal, e até havia motivo para afastamento, pois o réu cometeu o crime dos autos quando gozava de benefício da execução. Na segunda, as sanções foram corretamente recrudescidas, em 1/6 (um sexto), pela reincidência comprovada do réu (CAC de f. 46/47).

Também não há falar-se em aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tampouco outros benefícios, exatamente pela recidiva.

O regime também deve ser mantido como fechado, nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal.

Por fim, com relação à restituição do dinheiro apreendido, melhor sorte não assiste à defesa, tendo em vista a inexistência de quaisquer provas que comprovem a sua origem lícita, havendo fundada certeza de que tal quantia (R\$45,00, em espécie) seja proveniente da venda de entorpecentes.

Isso posto, acompanho o parecer e nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. sentença.

Sem custas, como já decidido na origem (f. 106).

DES. JÚLIO CEZAR GUTIERREZ (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. DOORGAL ANDRADA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.