

Tráfico de entorpecentes - Uso - Fornecimento gratuito - Pessoas desconhecidas do agente - Sucessão de leis no tempo

Ementa: Apelação criminal. Tráfico ilícito de drogas. Fornecimento gratuito de maconha. Ato que se liga ao delito mais grave. Uso afastado. Compartilhamento. Ausência de requisito legal. Pessoas desconhecidas do agente. Causa de redução. Leis distantes no tempo. Capitulação mantida. Atenuante reconhecida. Penas minoradas. Substituição não recomendável. Apelo parcialmente provido.

- O ato de fornecer substância entorpecente a terceiros, sem autorização, ainda que gratuitamente, caracteriza tráfico, afastando-se o simples uso.

- Para a configuração do comportamento previsto no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006, necessário o fornecimento da droga a pessoas do relacionamento do réu, o que não ocorre no caso, diante da entrega da droga a terceiros, desconhecidos do agente.

- Não se forma terceira lei, aplicando-se parte de diplomas legais diversos no tempo. Precedentes.

- Confessando o agente em juízo a conduta que o incrimina, faz jus à atenuante respectiva. Penas minoradas a seu mínimo legal.

- Não é recomendável a substituição da pena privativa imposta por medidas substitutivas de direitos, em se tratando de pessoa com mácula criminal anterior.

Apelo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0330.06.005076-3/001 - Comarca de Itamonte - Apelante: R.O.G. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2011. - *Ediwal José de Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS - A presente ação foi aviada em detrimento de R.O.G., réu processado e

condenado por tráfico ilícito de drogas, ainda sob a égide da Lei 6.368, de 1976, infração penal apurada na Comarca de Itamonte, neste Estado.

Segundo a denúncia, recebida em 26.07.2006 (f. 108), policiais militares receberam delação anônima acerca de tráfico de drogas realizado por condutor de veículo automotor, conseguindo abordá-lo em via pública do Município de Alagoa, que compõe a comarca de origem, isso em 18 de maio de 2006.

Naquela oportunidade, localizaram os militares, no interior de aludido móvel, pouco mais de dezesseis gramas da droga conhecida como "maconha", admitindo o réu, R. que teria fornecido gratuitamente a [...], e a [...], passageiros do carro, porção do mesmo tóxico, isso no intuito de consumirem o entorpecente em conjunto.

Decorrida a instrução, restou o réu condenado nas iras do art. 12 da Lei 6.368, de 1976, fixadas as penas finais em quatro anos de reclusão, regime inicial fechado, e cem dias-multa, tudo conforme sentença de f. 269/272.

Recorre a defesa do condenado (fundamentos de f. 301/315), sustentando que a conduta se limita ao simples uso, protestando pela desclassificação do delito para a figura mais branda prevista no art. 28 (antigo 16) da Lei 11.343, de 2006, requerendo ainda o reconhecimento do chamado "uso compartilhado" (art. 33, § 3º, Lei 11.343/2006), ou mesmo da incidência da causa de redução do § 4º da norma incriminadora.

Protesta ainda a combativa defesa pela redução das penas aplicadas, com reconhecimento da confissão espontânea, e pela substituição da sanção carcerária por medidas restritivas de direitos.

O recurso deve ser conhecido, pois atende a seus pressupostos de admissão.

Não há nulidades a serem debatidas, enquanto a materialidade do delito é atestada pelos documentos de f. 18, 20 e 87, sem prejuízo da prova oral.

Em relação à autoria, admite R. que a droga encontrada lhe pertencia, bem como o ato de fornecer parte do tóxico, gratuitamente, a terceiros que não conhecia, cuidando-se de usuários de drogas com quem teve contato naquela data.

Assim foram os interrogatórios colhidos, assunção de culpa confirmada por outros elementos de convicção, como os relatos trazidos pelos usuários.

Repare-se em parte da prova colhida que confirma o fornecimento gratuito de drogas a terceiros, com quem o réu teve contato somente na ocasião do acontecido:

Confessa espontaneamente os fatos narrados na denúncia [...]. Realmente era de sua propriedade a droga apreendida, bem como é verdade que, momentos antes, havia fumado maconha na companhia das pessoas de [...] e [...], a quem forneceu gratuitamente a referida droga, 'para fumarem juntos'; havia conhecido as pessoas de [...] e [...] naquele mesmo dia, pois estes o haviam abordado para pedir carona; durante esta conversa, [...] e [...] perguntaram ao

interrogando se ele fumava maconha e, ainda, se tinha consigo a droga; diante da resposta afirmativa do interrogando, pediram para irem fumar com o interrogando, com o que concordou o interrogando (Interrogatório judicial do réu - f. 79/80).

R. estava com o carro do trabalho e não sei a marca; salvo engano era de cor preta; nós nos conhecemos na rua, conversamos; o depoente conhece quando uma pessoa fuma entorpecente; nós saímos fora da cidade para que a vizinhança não visse e o público; fomos o mais longe possível para fumar maconha; repentinamente a polícia apareceu; R. é que estava com a maconha e nós não tínhamos [...]; R. já tinha a maconha quando encontramos com ele e não houve qualquer pagamento nem troca ([...] - f. 215).

O depoente estava com o acusado e também [...] quando foram abordados pela polícia; a gente já tinha fumado maconha; a maconha era de R.; ele deu gratuitamente para nós e ele também fumou junto; a gente conheceu ele lá mesmo; a gente tinha pego carona no carro de R.; a gente tinha fumado um cigarro e depois a polícia encontrou mais com R. ([...] - f. 217).

O ato de fornecer drogas a terceiros, ainda que gratuitamente, é comportamento que transcende o simples uso, pois previsto na norma que incrimina o tráfico ilícito de drogas, tanto na lei anterior quanto na atual.

Veja-se como nos assiste razão, conforme confronto dos tipos previstos nas duas leis:

Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 12, *caput*, Lei 6.368, de 1976).

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 (art. 33, *caput*, Lei 11.343, de 2006).

Assim sendo, inviável promover a desclassificação para o tipo relativo ao uso de drogas, uma vez que a conduta eleita, nos dois diplomas legais, é aquela tida como tráfico, transcendendo o simples uso.

Nem mesmo o tipo do art. 33, § 3º, do diploma hodierno socorre o agente, pois falta requisito para a sua caracterização.

É que o chamado “uso compartilhado” (não seria uso, por estar a conduta dentro da punição pelo tráfico) não se aplica aos casos em que os agraciados com o entorpecente não são do relacionamento do réu, pois o tipo expressamente exige aludida condição (“a pessoa de seu relacionamento” - art. 33, § 3º, Lei 11.343, de 2006).

No caso em debate, o acusado forneceu drogas a

pessoas que nem sequer conhecia, que lhe pediram carona justamente para poderem usufruir do tóxico, sem haver proximidade entre eles.

Assim sendo, não tem cabimento no caso a desclassificação pretendida.

A esse respeito, colhe-se exemplo doutrinário que bem se aproxima do caso em debate:

Se um indivíduo oferece droga, em uma festa, por exemplo, a alguém que acabou de conhecer, mesmo que não haja finalidade de lucro e seja uma atitude isolada, não se aplica o disposto no § 3º do art. 33 (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 329).

Logo, incide a ação eleita pelo réu nas iras do art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, não nos sendo dado desclassificar a conduta em questão, nem mesmo aplicar a causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 de 2006.

É que aludida causa de diminuição tem em conta o patamar mais elevado de início de punição da lei atual, que parte de cinco anos de reclusão, não alcançando a lei anterior, mais branda em relação a seu preceito secundário (parte de três anos).

Além disso, estaríamos criando uma terceira lei, mosaica em relação ao diploma vigente, misturando parte do diploma normativa atual e do antigo, o que vem sendo repellido em decisões dos pretórios, formando-se corrente à qual aderimos e que assim pode ser ilustrada:

Tráfico de drogas praticado sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. - A causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 tem aplicação restrita às condenações ocorridas com base na Lei nº 11.343/2006, não se podendo, assim, a pretexto de se aplicar a lei mais benéfica, combinar partes diversas das duas normas, porquanto isso implicaria, em última análise, a criação de uma terceira lei (STF - 1º T - RHC 94802/RS - Rel. Menezes Direito - pub. em 20.03.2009).

Não se olvide que teria o acusado feito criminal anterior (“já foi preso e processado criminalmente pelo delito tipificado no art. 16 da Lei de Tóxicos” - f. 79), o que mitiga o requisito de bons antecedentes necessário à aplicação do benefício pretendido.

Dessa maneira, mantém-se a imputação já prevista na denúncia, com breves modificações do julgado, isso em relação à dosimetria penal.

É possível a elevação inicial das penas pelo alegado envolvimento do réu em fato delitivo anterior, tal como disposto na sentença, à f. 271, quando avaliados os antecedentes.

Sem embargo, tendo-se em conta o fornecimento gratuito da droga, como acima resta comprovado, não se pode afirmar que os motivos do crime são ligados à “avidez do lucro fácil”, como também disposto na f. 271.

Dessa maneira, a elevação das penas-base há de

ser menor do que aquela operada em primeira instância, fazendo-se incidir ainda no caso a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal.

R. admitiu em juízo ter fornecido, sem intuito de lucro, droga a terceiros que conheceu na ocasião, sendo prova utilizada em seu detrimento, como acima destacamos.

Ora, se o ato admitido pelo réu é aquele que faz subsumir a conduta no tipo incriminador, tem-se confissão espontânea, fazendo incidir no caso a atenuante respectiva.

Aludido aspecto nos leva a recuar as sanções iniciais do agente, que já seriam menores em razão de nova avaliação das circunstâncias judiciais, a seu mínimo legal, então previsto em três anos de reclusão e cinquenta dias-multa (art. 12 da Lei 6.368/1976).

O regime inicial, a despeito dos valiosos argumentos em contrário, diante da equiparação da conduta a delitos tidos como hediondos, é o fechado, imposição já prevista à época do crime e vigente diante da redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072, de 1990.

Por outro lado, a natureza do crime e a reiteração de condutas penais impedem que sejam adotadas medidas restritivas de direito, não compatíveis no caso com a repreensão que o comportamento deve ter.

Não atendem à situação em debate os requisitos do art. 44 do Código Penal, em especial pela nova incidência de R. em comportamento tido como crime.

Assim sendo, inviável adotarmos medidas mais brandas de punição.

Com tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, para minorar as penas aplicadas ao apelante, isso diante de nova avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

R.O.G. fica condenado nas iras do art. 12, *caput*, da Lei 6.368, de 1976, fixadas as penas em três anos de reclusão, regime inicial fechado, e cinquenta dias-multa, a unidade no mínimo legal.

Não aconselhável no caso a substituição, não havendo falar em *sursis*.

Demais imposições do édito, mantidas.

Custas, como previsto na sentença (f. 272).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - PROVIDO EM PARTE.

...