

**Tráfico de drogas - Associação para o tráfico -
Desclassificação do crime - Posse de droga para
consumo pessoal - Possibilidade - Depoimento de
policiais militares - Denúncias anônimas - Indícios
e presunções - Ausência de prova da finalidade
mercantil da droga - Alvará de soltura - Prestação
de serviços à comunidade - Custas - Isenção -
Impossibilidade - Suspensão do pagamento**

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Desclassificação para uso próprio. Necessidade. Ausência de provas sobre a finalidade da droga. Associação ao tráfico. Não configuração. Absolvição decretada.

- Havendo dúvidas quanto à destinação da droga, se seria ou não para entrega a terceiros, impõe-se a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

- Absolvendo-se os acusados do crime de tráfico de drogas e não estando configurados os requisitos do crime de associação ao tráfico, deve a absolvição ser decretada também quanto a este delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0481.11.000680-8/001
- Comarca de Patrocínio - Apelantes: 1º) Wellington Amorim Ferreira, 2º) Michel Higor Fernandes de Lima -
Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
- Relatora: DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2012. - *Denise Pinho da Costa Val* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelações criminais interpostas por Wellington Amorim Ferreira e Michel Higor Fernandes de Lima contra a sentença de f. 183/217, que julgou procedente a denúncia e os condenou nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, fixando-lhes as penas respectivas de 11 (onze) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, e 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.300 (mil e trezentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Narra a denúncia que, no dia 26 de dezembro de 2010, por volta das 19h30min horas, na Av. Adão Ferreira Camargo, nº 1.285, próximo ao cemitério, no Distrito de Brejo Bonito, Município de Cruzeiro da Fortaleza, Comarca de Patrocínio/MG, os denunciados Wellington e Michel, agindo em conjunto, foram surpreendidos trazendo consigo e transportando 4,78g (quatro gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína e 50,0g (cinquenta gramas) de maconha, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta que, no dia e hora mencionados, policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram os denunciados, em uma motocicleta, em atitude suspeita.

Ao realizarem a abordagem dos denunciados, foi realizada busca pessoal, sendo encontrada com Michel parte da droga apreendida, consistente em uma pedra de crack e uma porção de maconha e, no interior da cueca de Wellington, o restante da droga, qual seja uma pedra de crack e uma porção de maconha.

Assim, Wellington e Michel foram denunciados pelo crime de tráfico e associação ao tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06.

A denúncia foi recebida em 06.04.2011, à f. 105, a sentença publicada em 24.08.2011 (f. 219-v.) e os réus dela intimados pessoalmente, às f. 230 e 263.

Inconformados, os réus interpuuseram recursos de apelação às f. 220/221, pugnando o recorrente Michel, em suas razões de f. 222/226, pela absolvição por total carência de provas, uma vez que a droga foi apreendida com Wellington e este assumiu que a droga era sua e para seu consumo, excluindo qualquer eventual participação de Michel.

A defesa de Wellington também requer, às f. 266/284, sua absolvição do art. 35 da Lei 11.343/06, por insuficiência probatória, alegando contradição e parcialidade nos depoimentos dos policiais, devendo, dessarte, ser a conduta do art. 33 desclassificada para a do art. 28 da citada lei.

Por fim, pugnou pela concessão da assistência gratuita, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/03.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 235/247 e 285/304, pugnando pelo não provimento dos apelos.

Com vista dos autos, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do em. Procurador Leonel Cavanellas, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (f. 315/319).

É o breve relatório.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não foram suscitadas preliminares e não há qualquer nulidade que possa ser decretada de ofício.

Ao exame dos autos, verifico que a materialidade delitiva se encontra devidamente comprovada pelo auto de apreensão, f. 26, laudo de constatação preliminar da droga, f. 29, e laudo definitivo, f. 71.

Igualmente, existem robustas provas em relação à autoria imputada aos apelantes, porquanto as drogas foram apreendidas em poder deles. No entanto, não restou devidamente delineada nos autos a finalidade de fornecimento a terceiros da droga apreendida.

Os apelantes Michel Higor e Wellington Amorim, ao serem ouvidos na fase policial, confirmaram que estavam na posse da droga, mas negaram que tivessem a droga com fim de entrega a terceiros:

que o declarante informa que é usuário de maconha e que foi apreendido com o mesmo uma bucha de maconha; que o declarante informa que Wellington também é usuário de maconha e pedra; que foi apreendido com Wellington pedras de crack e maconha que não sabe informar a quantidade [...]; que o declarante informa que não vende drogas somente usa (Michel Higor Fernandes Lima, f. 12).

que o declarante informa que é usuário de pedra e maconha; que foi apreendido com o declarante pedras e maconha; que não sabe informar a quantidade; que adquiriu a droga na cidade de Patos de Minas para o mesmo usar; que não sabe informar de quem compra (Wellington Amorim Fernandes Ferreira, f. 14).

Em juízo, Michel negou os fatos, inclusive afirmou que não foi apreendida droga em seu poder e que não sabia que Wellington portava drogas (f. 123/125).

Wellington, por sua vez, ratificou suas declarações prestadas na fase policial, afirmando que realmente estava na posse de drogas e que estas eram para seu consumo e que Michel não portava drogas. Esclareceu, ainda, que pegou carona com Michel e decidiram passar pelo vilarejo Brejo Bonito, onde Michel já morou (f. 126/128).

Não obstante a versão trazida pelo réu Michel de que não foi apreendida droga em seu poder, não há como lhe dar credibilidade. É que restou evidenciado que parte da droga lhe pertencia e foi apreendida em seu poder, conforme relato dos policiais.

O policial Carlos Alberto de Oliveira Cruz, ao ser ouvido em juízo, ratificou seu depoimento prestado na fase policial, quando confirmou que houve apreensão da droga em poder dos dois acusados, afirmando, ainda, que ambos assumiram a posse da droga encontrada com cada um deles:

que inicialmente o acusado Wellington negou peremptoriamente envolvimento com droga, mas no decorrer das buscas acabou sendo encontrada em sua posse a droga na forma já mencionada; que os acusados não admitiram o tráfico, sendo que apenas o de nome Wellington alegou que a droga

era para uso próprio; que ambos os acusados admitiram a propriedade das drogas encontradas (f. 121).

No mesmo sentido o depoimento do policial Evair José Gonçalves Dias, à f. 122, quando declarou que “cada qual dos acusados assumiu a propriedade da droga encontrada consigo”.

Certo é que foram encontradas drogas com os dois acusados, caindo por terra a versão do apelante Michel, dada em juízo, de que nada foi apreendido em seu poder, porquanto sua confissão inicial, bem como os depoimentos dos policiais, são provas suficientes no que tange à autoria.

Ocorre que não ficou comprovada qual seria a finalidade dessa droga, se realmente era para fornecimento a terceiros. A acusação não logrou êxito em provar que “Michel é o principal fornecedor de drogas naquela cidade, utilizando-se da motocicleta para transporte de substâncias entorpecentes” (f. 03).

É sabido que o crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla, pois composto de dezoito condutas típicas. Basta que o agente pratique uma delas para configuração do crime, ou, se praticar mais de uma conduta em uma mesma situação fática caracteriza crime único.

Porém, é necessário que em cada uma das condutas citadas no art. 33 da referida lei haja a finalidade de fornecimento da droga a terceiros, mesmo que de forma gratuita. Não é suficiente, por exemplo, para que se configure o crime de tráfico, que o agente apenas guarde a droga; é imprescindível que a guarde para outro, ou com a finalidade de entrega a outrem.

Este o magistério de Sérgio Ricardo de Souza:

O legislador não perdeu a oportunidade de corrigir uma gritante situação de afronta ao princípio da proporcionalidade, consistente em equiparar condutas que caracterizam a mercancia da droga, em seus vários sentidos, com a conduta de ‘fornecer drogas, ainda que gratuitamente’.

[...]

‘Guardar’ diz respeito à preservação, manutenção ou conservação precária da substância entorpecente, deixando entrever que é para um terceiro (SOUZA, Ricardo Sérgio de. *A nova Lei Antidrogas*, comentários e jurisprudência. 2. ed. Impetus, 2007, p. 42/43).

No presente caso, essa finalidade não ficou devidamente comprovada nos autos, seja em relação a Michel, seja em relação a Wellington.

Além da negativa dos acusados, a prova testemunhal se resume a informar que a droga foi apreendida em poder dos acusados e que somente os abordaram por estarem em atitude suspeita, nada esclarecendo sobre um eventual fornecimento a terceiro. Ademais, o simples fato de alegarem os policiais que já tinham denúncias anônimas quanto a Michel não é, por si só, suficiente para caracterizar o crime de tráfico de drogas, mormente quando não vieram aos autos provas da existência dessa denúncia.

O agente responsável pela apreensão da droga, Carlos Alberto de Oliveira Cruz, ratificou em juízo seu depoimento prestado na primeira fase da persecução criminal e, ali, relatou:

que em patrulhamento suspeitamos e abordamos os autores que estavam na motocicleta citada nestes Reds, e ao realizarmos busca pessoal nos autores, foi encontrado na mão do autor Wellington a quantidade de entorpecente citada no campo próprio, e com o autor Michel foi encontrada no interior da cueca a quantidade de entorpecente citado no campo próprio neste Reds; [...] que no distrito de Brejo Bonito há diversas denúncias anônimas de que o autor Michel é o principal fornecedor de drogas naquela localidade [...] (f. 06).

Em juízo, porém, foi incisivo ao dizer que

não havia terceiros nas imediações dos acusados no momento da abordagem; que não visualizou nenhum dos acusados vendendo ou repassando drogas para terceiros (f. 121).

Como se vê, nenhuma prova foi feita no sentido de que a droga tinha destinação a terceiros, seja de forma onerosa ou gratuita.

Assim, os acusados não podem ser condenados simplesmente por denúncias anônimas, que não restaram cabalmente comprovadas, ou por já terem, no passado, envolvimento com o referido crime, porquanto as provas de que as drogas se destinavam a entrega a terceiros devem ser produzidas nestes autos e, quanto a isto, não logrou êxito a acusação.

Vale consignar, ainda, que a droga apreendida em poder dos acusados, consistente em 44,93 g de maconha e 4,78g de cocaína, além de não ser uma quantidade expressiva, não estava embalada de forma fracionada, não havendo, assim, indicativos de que seria para revenda.

Dessa forma, impõe-se a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, por ausência de provas da finalidade mercantil da droga apreendida em poder dos acusados.

Este é o entendimento da jurisprudência:

Apelação criminal. Tráfico. Mérito. Ausência de provas seguras. Palavras dos policiais. Única prova. Meros indícios e presunções. Insuficiência. Desclassificação para o delito de posse para uso próprio. Possibilidade. Confissão do agente como usuário. Coerência. Extinção da punibilidade verificada pelo cumprimento da pena, de ofício. Recurso provido. - Sendo os depoimentos dos Policiais Militares responsáveis pela prisão do acusado e apreensão da droga em seu poder as únicas provas, não havendo confirmação idônea em sede judicial não se prestam para embasar o r. decreto condenatório, principalmente quando o acusado afirma ser apenas usuário de entorpecentes. - Condenado o agente à pena de 4 meses de prestação de serviços e verificado que se encontra preso há período superior, há que extinguir-lhe a punibilidade pelo cumprimento da pena, de ofício. (TJMG - Ap. 0319646-13.2010.8.13.0105, Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, pub. 31.08.2011.)

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Desclassificação para uso operada. Posse de maconha exclusivamente para consumo próprio. Dúvida quanto aos demais fatos narrados. Associação para o tráfico. Absolvção. Insuficiência da delação da corrê. Inconsistências. Prejuízo para a formação da convicção do julgador que não se assenta em presunções. 1. Não há elemento outro, independente das declarações da corrê, que informe a autoria do tráfico de drogas pelo apelante. Tal exclusividade torna absolutamente temerária a condenação, mormente quando existe raciocínio lógico e bastante plausível acerca da possibilidade de narrativa inverídica com intuito de afastamento de sua própria responsabilização penal. 2. Condenação pelo único fato devidamente comprovado (posse de droga para consumo próprio). 3. Recurso da defesa provido. (TJMG - Ap. 0001824-93.2010.8.13.0005, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, pub. em 30.05.2011.)

E, operando-se a desclassificação do crime de tráfico de drogas para posse para consumo próprio, devem ser os apelantes absolvidos também do crime de associação ao tráfico, porquanto não presentes seus requisitos caracterizadores, quais sejam associação de forma estável e permanente com o fim de praticar o tráfico de drogas.

Isso posto, passo a fixar a pena aos apelantes pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e, levando-se em consideração que ambos são reincidentes, aplico a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dez meses para Wellington e Michel.

Ante a não comprovação do crime de tráfico de drogas, determino a devolução aos acusados dos valores apreendidos em seu poder.

Quanto ao pedido de isenção do pagamento das custas feito pelo apelante Wellington, entendo que razão em parte lhe assiste.

Entendo que os beneficiários da justiça gratuita, como os assistidos pela Defensoria Pública, por Defensores Dativos e os que se declaram hipossuficientes, embora patrocinados por advogado particular, não ficam imunes ao pagamento das custas, mas sua exigibilidade fica suspensa pelo prazo de cinco anos.

Ao exame dos arts. 2º, 10 e 12 da Lei nº 1.060/50, constata-se que a justiça gratuita será deferida aos hipossuficientes para a interposição de ações, recursos e demais atos necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório, isentando-os do pagamento inicial dessas despesas.

Cumprir registrar, no entanto, que o legislador usou indevidamente a palavra “isenção”, pois, na verdade, o que ocorre é a dispensa da antecipação das custas de todos os atos processuais.

É que a mesma lei, em seu art. 12, é clara ao dizer que, mesmo beneficiada com a “isenção inicial”, a parte poderá, no prazo de cinco anos, vir a ser obrigada a pagar as custas, se houver mudança em sua situação econômica, ocorrendo, assim, na verdade, uma suspensão da cobrança do pagamento daquelas custas.

A citada lei federal é taxativa ao “imunizar” os beneficiários da justiça gratuita, ou seja, aqueles que não têm

condições de arcar com as custas do processo, apenas no início do processo, não exigindo deles o pagamento prévio dessas custas. No entanto, se no período de cinco anos essa parte tiver condições econômicas de efetuar esse pagamento, deverá fazê-lo.

Yussef Said Cahali, ao discorrer sobre o tema in *Honorários advocatícios*, 2. ed., nº 61, p.155, nos ensina:

O benefício de gratuidade não consiste na isenção absoluta das custas e honorários, mas na desobrigação de pagá-las enquanto persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência do prazo de cinco anos, a contar da sentença final, se até lá não houver alteração na situação de necessidade ficará extinta a obrigação (art. 11, § 3º e 12 da Lei 1.060/50).

Em se tratando de processo penal, cuja ação seja pública, não há cobrança de custas iniciais; haverá, ao final do processo, contudo, caso haja condenação, a suspensão da execução das custas, pelo quinquídio legal, em relação aos que gozam da justiça gratuita, sejam eles assistidos pela Defensoria Pública, por defensor dativo ou que se declarem hipossuficientes, embora patrocinados por advogado particular.

O art. 804 do Código de Processo Penal é claro ao dispor que: “A sentença ou o acórdão, que julga a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”.

Com efeito, as custas do processo penal constituem consequência da condenação e, assim sendo, não se pode isentar o réu de seu pagamento dentro do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 12 da Lei nº 1.060/50.

O condenado, assistido pela Defensoria Pública, por defensor dativo ou o hipossuficiente, embora representado por advogado particular, tem sobrestado o pagamento das custas processuais enquanto perdurar o seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos.

Dessa forma, os beneficiários da justiça gratuita ficam apenas isentos do pagamento das custas processuais iniciais - quando houver; porém, nada impede a sua condenação nessas custas, nos termos do art. 804 do CPP, ficando suspensa a sua exigibilidade nos termos do art.12 da Lei 1.060/50, pelo período de cinco anos, o que é o caso do apelante Wellington, por estar sendo assistido por Defensoria Pública.

Vale consignar, por fim, que a Lei Estadual nº 14.939/03 deverá ser aplicada, se for o caso, na fase de execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos, para absolver os apelantes Wellington Amorim Ferreira e Michel Higor Fernandes de Lima do crime do art. 35 da Lei 11.343/06 e desclassificar suas condutas do crime do art. 33 para a do art. 28 da citada lei, aplicando-lhes a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dez meses, suspendendo, por fim, a cobrança das custas, pelo prazo de cinco anos, em relação ao acusado Wellington.

Expeça-se alvará de soltura em favor dos acusados, se por outro motivo não estiverem presos.

Custas, na forma da lei, suspensas, todavia, em relação a Wellington, pois ele está assistido pela Defensoria Pública.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RUBENS GABRIEL SOARES e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.