

Tráfico de drogas - Prova emprestada - Policial civil - Depoimento - Condenação - Associação para o tráfico - Crime não configurado - Posse irregular de arma de fogo - *Vacatio legis* - Absolvição - Circunstâncias judiciais - Diminuição da pena - Possibilidade

Ementa: Apelações criminais. Tráfico e associação para o tráfico. Nulidades. Inocorrência. Absolvição. Inadmissibilidade. Posse ilegal de arma de fogo e munição. *Vacatio legis* indireta. Atipicidade. Redução das penas. Possibilidade.

- Na esteira da doutrina e jurisprudência dominantes, no processo penal é válida a utilização de prova emprestada, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório.

- Restando inteiramente isolada e inverossímil a negativa dos agentes, diante da logicidade proporcionada pelas provas colhidas ao longo da instrução, em especial os depoimentos dos policiais que efetuaram as suas prisões, não contraditados ou desqualificados, e não destoantes das demais provas dos autos, prevalecem sobre a negativa e são aptos para embasar um decreto condenatório, ainda mais quando a negativa se apresenta destituída de qualquer adinículo de prova e de verossimilhança.

- A *vacatio legis* indireta, instituída pelos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento tornaram atípica a conduta da posse ilegal de arma de fogo, pois a Medida Provisória nº 417/2008 reabriu o prazo para a sua regulamentação até 31 de dezembro de 2008, podendo nesse período a arma ser legalizada ou entregue à autoridade policial.

- Constatando-se que as circunstâncias judiciais dos agentes não são totalmente desfavoráveis e que as penas foram aplicadas com certa exasperação, impõe-se o abrandamento das penas.

Preliminares rejeitadas. Recursos dos apelantes parcialmente providos. Provido o da apelante terceira interessada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.580922-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Juliano Lopes da Silva, 2º) Douglas Santos, 3º) André Luiz Coelho Lima, 4º) Aline Batisteli Caetano - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS E TOTAL PROVIMENTO AO QUARTO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2008. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pelo segundo apelante, o Dr. Marcelo Ferraz Ramos; pelo terceiro apelante, o Dr. Crisvone Vieira Araújo; e, pelo primeiro apelante, o Dr. Lúcio Adolfo da Silva.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Registro que ouvi, com atenção, as defesas que desta tribuna proferiram os ilustres advogados.

Perante o Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte, Juliano Lopes da Silva, Douglas Santos e André Luiz Coelho Lima, alhures qualificados, foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06, sendo que o primeiro foi também denunciado no art. 14, *caput* e art. 16, parágrafo único, inciso IV, ambos da Lei 10.826/03, enquanto que o segundo foi também denunciado nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/03, todos em concurso material.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f.02/05 que, no dia 11.07.2007,

policiais civis, em prosseguimento às investigações que resultaram na prisão do traficante Roni Peixoto e outros integrantes da organização criminosa, receberam informações de que o denunciado Juliano Lopes, estaria promovendo o tráfico de drogas na região do Bairro Serra Verde, nesta Capital, juntamente com algumas pessoas que o auxiliavam, e que o mesmo pagaria uma grande quantia em dinheiro em troca do recebimento de uma grande quantidade de crack, visto que o mesmo era contumaz no tráfico de drogas.

Consta ainda da denúncia que os denunciados Juliano Lopes e André Luiz foram abordados pelos policiais, tendo sido encontrada com os mesmos a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a qual seria depositada na conta bancária de André Luiz, quantia esta referente a pagamento de drogas adquiridas pelo bando, conforme levantamento da Divisão de Tóxicos e Entorpecentes da Capital.

Em seguida, os policiais se deslocaram juntamente com os denunciados supracitados até a residência de Juliano Lopes, localizada no Bairro Serra Verde, na Rua

Levindo Rodrigues Martins, nº 37, nesta Capital e, de posse de mandado de busca e apreensão, apreenderam, no interior da residência, a quantia de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) em dinheiro, 1 (uma) arma de fogo, calibre 38, marca Taurus, com numeração raspada, com carregador, 21 (vinte e uma) munições intactas, 1 (uma) luneta para arma de fogo, marca CBC e 1 (um) cartucho percutido, e não deflagrado. A arma de fogo foi adquirida por Juliano, na Praça Sete, pelo valor de R\$ 900,00 (novecentos reais).

Dando continuidade às buscas, os milicianos deslocaram-se até a residência do denunciado Douglas Santos, localizada na Rua João Batista Fernandes, nº 306, apto. 204, Bairro Serra Verde, onde arrecadaram 7 (sete) cartuchos de calibre 38, intactos, dentro de uma jaqueta de couro e 1 (um) cartucho de calibre 38, picotado, e não deflagrado.

Regularmente processados, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 449/483, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo Juliano Lopes da Silva da imputação contida no art. 14 da Lei 10.826/03, com base no art. 386, inciso VI, do CPP e condenando os réus Juliano Lopes da Silva às penas de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1.866 (mil oitocentos e sessenta e seis) dias-multa, sendo 9 (nove) anos de reclusão em regime inicialmente fechado e 900 (novecentos) dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei 11.343/2006; 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime semi-aberto e 950 (novecentos e cinquenta) dias-multa como incurso no art. 35 da Lei 11.343/2006; 4 (quatro) anos de reclusão em regime semi-aberto e 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003; Douglas Santos às penas de 13 (treze) anos de reclusão e 1.610 (mil e seiscentos e dez dias) dias-multa, no patamar mínimo legal; sendo 7 (sete) anos de reclusão em regime inicialmente fechado e 700 (setecentos) dias-multa pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006; 5 (cinco) anos de reclusão em regime fechado e 900 (novecentos) dias-multa, como incurso no art. 35 da Lei 11.343/2006; 1 (um) ano de reclusão em regime aberto e 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003; André Luiz Coelho Lima às penas de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado e 1.401 (mil quatrocentos e um) dias-multa de reclusão; sendo 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado e ao pagamento de 613 (seiscentos e treze) dias-multa pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006; 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado e 788 (setecentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006.

O MM. Juiz sentenciante determinou o confisco da quantia de R\$ 38.012,00 (trinta e oito mil e doze reais); o perdimento da moto Honda Titan 150 KS, 2006, placa HDL 9608 e do veículo VW/Gol, placa GZT 6027, bem como o apartamento situado na Rua João Batista Fernandes, nº 306, apto. 204, Bairro Serra Verde, em Belo Horizonte.

Inconformados com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, apelaram os réus Juliano Lopes da Silva (f. 487), Douglas Santos (f. 489); André Luiz Coelho Lima (f. 494) e Aline Batisteli Caetano (f. 500/503).

Em suas razões recursais (f. 590/605), Juliano Lopes da Silva argúi em preliminar a nulidade absoluta do processo, porquanto a decisão restou baseada apenas em prova emprestada, ocorrendo, ainda, cerceamento de defesa, pois o Ministério Público deixou de manifestar-se sobre o ofício do Centro de Apoio Operacional de Combate ao Crime Organizado, acostado à f. 389, e a nulidade da sentença, porquanto não houve fundamentação quanto à condenação referente ao crime de associação descrito no art. 35 da Lei 11.343/06. No mérito, busca a defesa a absolvição dos delitos a ele imputados por ausência de prova a embasar um decreto condenatório, pois não há prova da materialidade. Alega, ainda, ter ocorrido *bis in idem*, porquanto o delito em questão é oriundo de um processo no qual o ora apelante fora denunciado juntamente com Roni Peixoto. Por fim, pugna pela redução das penas por terem sido as mesmas fixadas de forma exacerbada.

Por sua vez, Douglas Santos protesta, em suas razões de recurso (f.572/587), pela absolvição do crime descrito no art. 35 da Lei 11.343/06, alegando não ter-se associado a Juliano Lopes e a André Luiz para cometimento de crimes; sustenta, ainda, que não há nos autos prova a embasar uma condenação pela prática dos delitos de tráfico ilícito de entorpecente nem mesmo pelo crime de posse de munição. Alternativamente, pleiteia a redução das penas.

André Luiz Coelho Lima (f.535/553) levanta preliminar de nulidade do processo por falta de relatório da autoridade policial, por ser peça fundamental para demonstrar a conclusão das investigações; cerceamento de defesa porquanto deixou o MM. Juiz de atender ao pedido da defesa para fazer juntar aos autos as degravações referentes às escutas telefônicas. No mérito, busca o apelante a absolvição por total ausência de provas, pois há apenas nos autos informações dos agentes policiais, as quais são contraditórias e inverossímeis. Pugna, igualmente, pela redução das penas, bem como pelo decote da agravante do concurso de pessoas e a concessão dos benefícios do art. 44 do Código Penal ou a concessão do *sursis* e a redução da pena em 2/3 (dois terços), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos.

Por fim, Aline Batisteli Caetano, na qualidade de terceira prejudicada, aviou recurso de apelação (f.

500/503), requerendo em suas razões, seja decotada da r. sentença condenatória o perdimento do veículo placa GZT 6027, chassi nº 9BWCA05X12P042600, apreendido por ocasião da prisão de Juliano Lopes da Silva, por ser proprietária direta do referido automóvel.

Em contra-razões (f. 608/637), o Ministério Público protesta pelo conhecimento e desprovimento dos recursos, no que foi secundado nesta instância pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Gerardus Magela G. Lima Filho (f.638/652), il. Procurador de Justiça.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos apresentados.

Ab initio, por serem prejudiciais ao mérito, examino inicialmente as preliminares levantadas pelos apelantes, iniciando pela preliminar de nulidade do processo argüida por Juliano Lopes da Silva, ao argumento de que a r. sentença condenatória restou baseada em prova emprestada consistente em gravações telefônicas, oriundas de outro processo.

Em que pesem as razões expostas pelo ora apelante, a meu ver, razão não lhe assiste, pois, examinando a r. sentença, vislumbro que o MM. Juiz sentenciante, além de fundamentar a decisão em outras provas, como a testemunhal, obedeceu ao princípio da ampla defesa e do contraditório no sentido de abrir vista às partes para se manifestarem acerca da juntada nos autos do laudo de gravação telefônica. Nesse sentido, tem decidido o colendo STJ:

Processual penal - *Habeas corpus* - Extorsão mediante seqüestro seguida de morte - Indeferimento de diligência requerida em alegações finais - Reiteração de pedido - Não-conhecimento - Utilização de prova emprestada - Interceptações telefônicas - Possibilidade - Condenação amparada em vasto conteúdo probatório produzido perante o juízo da causa - Oportunizada à defesa a possibilidade de se manifestar sobre a prova emprestada - Ausência de qualquer mácula - Prova produzida por determinação de outro juízo buscando apurar crime diverso - Interceptações devidamente autorizadas cujo alvo era o próprio agente - Prova lícita - Ausência de ilicitude das demais provas por derivação - Provas insuficientes para embasar a condenação - Estreita via do *writ* - Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

1. Tratando-se de reiteração de pedido também deduzido em outro *writ* (HC 91.781/SP), a tese segundo a qual o magistrado de primeiro grau indeferiu diligências imprescindíveis à defesa não comporta conhecimento. Precedentes.

2. É possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório. Precedentes.

3. Nessa hipótese, inviável a declaração da nulidade da sentença cujo édito condenatório também se esteou em vasto conteúdo probatório colhido perante o Juízo da causa, servindo a prova emprestada apenas para corroborá-lo. Precedentes.

4. É válida a prova advinda de interceptação telefônica autorizada contra o agente por Juízo diverso buscando apurar outro crime, de idêntica natureza, caso sejam eventualmente colhidos indícios de autoria do delito em apuração na ação penal ora vergastada, notadamente quando lícita a prova originariamente colhida.

5. Reconhecida a validade da utilização da prova emprestada, impossível a declaração da nulidade por derivação das demais provas dela advindas.

6. A estreita via do *habeas corpus*, carente de dilação probatória, não comporta o exame de teses que demandem o aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal cognitiva, tal como a carência de provas para embasar o édito condenatório.

7. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. (STJ, 6ª Turma HC 93521/SP, Rel.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), v.u., julg. em 27.03.2008, pub. no DJe de 14.04.2008.)

Processual penal. *Habeas corpus*. Formação de quadrilha. Prova emprestada. Exercício do contraditório devidamente observado pelo juízo processante. Inexistência de constrangimento ilegal quando existem outros elementos que sustentam a condenação. Ordem denegada.

1. A prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, é perfeitamente admitida, quando serve apenas como mais um dos elementos de convicção que sustentam o decreto condenatório. Ademais, o princípio do contraditório foi devidamente observado pelo Juízo processante, que intimou tanto o *Parquet* quanto a defesa dos réus para se manifestarem sobre a necessidade de reinquirição das testemunhas, cujos depoimentos foram juntados aos autos.

2. Ordem denegada. (STJ, 5ª Turma, HC 47813/RJ, Rel. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, v.u., julg. em 09.08.2007, pub. no DJU de 10.09.2007, p. 249.)

Habeas corpus. Processual penal. Homicídio qualificado. Reabertura da ação penal. Novos indícios de autoria. Prova emprestada. Depoimentos de testemunhas presenciais do crime, colhido em outro processo, contra o mesmo acusado. Contraditório preservado. Precedentes.

1. Não há nulidade em se admitir prova emprestada como indicio de autoria, para a reabertura da ação penal, sobretudo como na espécie, onde foi colhida originariamente, sob o crivo do contraditório, em processo no qual o paciente figura como acusado por crimes de igual natureza.

2. Precedentes desta Corte Superior.

3. Ordem denegada. (STJ, 5ª Turma, HC 68155/RJ, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, v.u., julg. em 14.06.2007; pub. no DJU de 06.08.2007, p. 562.)

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Degravação telefônica. Prova obtida por meio ilícito. Inocorrência. Intimação. Julgamento de *habeas corpus*. Desnecessidade.

I - Se o laudo de degravação telefônica juntado aos autos do processo por determinação judicial se constitui prova emprestada de outro processo, não haveria porque constar dos autos a autorização judicial. Ademais, restou ressaltada pelo e. Tribunal de origem a existência de ordem judicial autorizando a referida interceptação telefônica, não havendo que se falar em prova ilícita.

II - Não há nulidade decorrente da ausência de intimação do advogado para a sessão de julgamento do *habeas corpus*,

pois o *writ*, por ter caráter urgente, prescinde de intimação ou de inclusão em pauta (Súmula 431/STF).

Writ denegado. (STJ, 5ª Turma, HC 27145/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, v.u., julg. em 05.08.2003, pub. no DJU de 25.08.2003, p. 342.)

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, por não ter o Ministério Público se manifestado acerca do ofício acostado à f. 389, equivocou-se a douda defesa, pois, conforme se vê à f. 390, o *Parquet*, ao dar ciência do referido ofício, deixou expresso que nada tinha a requerer e, em obediência ao princípio da celeridade e economia processual, apresentaria as alegações finais.

No que tange à nulidade da r. sentença por ausência de fundamentação, referentemente ao crime descrito no art. 35 da Lei 11.343/06, melhor sorte não o socorre, pois conforme se vê dos autos, o MM. Juiz, além de fundamentar a sua decisão, apontou os elementos probatórios que formaram o seu convencimento, não havendo, portanto, se falar em ausência de fundamentação e, por conseguinte, em nulidade.

Logo, não incorreu a r. sentença condenatória nas máculas apontadas, razão por que rejeito as preliminares argüidas pela defesa de Juliano Lopes da Silva.

Por sua vez, argüi o apelante André Luiz Coelho Lima em preliminar a nulidade do processo falta do relatório da autoridade policial.

Em que pesem as ponderações da defesa, a meu sentir, *data venia*, não merece prosperar a alegada nulidade do processo por ausência do relatório da autoridade policial, pois a sua falta não constitui motivo para anular a ação penal, pois se trata de peça meramente informativa, destinada apenas a apurar os fatos nele noticiados, incorrendo em mera irregularidade. Aliás, assim se posiciona a jurisprudência:

Falta de relatório - TJSP:

Nulidade. Inocorrência. Relatório da autoridade policial encerrada a fase investigatória. Falta. Mera irregularidade administrativa que não atinge a ação penal. Nulidade rejeitada. - A falta de relatório não anula o inquérito policial e não impede a ação penal (RJTJESP 122/554).

Outrossim, já se pacificou o entendimento no sentido de que eventuais defeitos existentes no inquérito não têm o condão de contaminar o processo, ainda mais quando já tiver sido prolatada sentença condenatória. Sobre o assunto, confira-se a orientação do STF:

Eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes. (STF, 1ª Turma, HC 73271/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 19.03.96; in DJU de 04.10.1996.)

Argüi ainda o apelante, em preliminar, cerceamento de defesa, porquanto o MM. Juiz deixou de atender ao

pedido da defesa para fazer juntar aos autos as degravações referentes às escutas telefônicas.

Não obstante as razões da defesa, com a devida vênia, nenhuma razão lhe assiste, pois, embora tenha o douto Magistrado indeferido o pedido da juntada aos autos das degravações e CDs das escutas telefônicas, nenhum prejuízo causou ao réu, pois a sentença não restou baseada nas escutas telefônicas, e sim nas provas testemunhais e documentais.

Ademais, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, recepcionado pelo CPP, em seu art. 563, que dispõe: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Outrossim, o magistrado não está obrigado a deferir todo e qualquer pedido da defesa, devendo examinar sua real necessidade, o que não foi olvidado pelo MM. Juiz sentenciante, conforme se vê à f. 413.

Mercê dessas considerações, rejeito as preliminares argüidas por André Luiz Coelho Lima.

DES. FORTUNA GRION - Sr. Presidente. Registro que ouvi, com atenção, as defesas que foram feitas desta Tribuna, pelos Drs. Marcelo Ferraz Ramos, Crisvone Vieira Araújo e Lúcio Adolfo da Silva, os dois últimos já meus velhos conhecidos do Fórum Lafayette, de muitas tardes de instruções e julgamentos que tivemos a oportunidade de passar, lá, em primeiro grau.

Quanto à matéria tratada na presente apelação, no que diz respeito às preliminares, também rejeito todas elas.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Também estou a rejeitar as preliminares, as alegadas por Juliano Lopes, pela ordem, de nulidade absoluta do processo, porquanto a decisão restou baseada apenas em prova emprestada, ocorrendo, ainda, cerceamento de defesa, porque o Ministério Público não se teria manifestado sobre um ofício no Centro de Apoio Operacional.

A prova na qual a sentença se baseou não é tão-somente emprestada e em gravação telefônica. Também se baseou na prova testemunhal, conforme tivemos oportunidade de observar.

Então, também rejeito esta preliminar.

Com referência à falta de manifestação em ofício endereçado ao Ministério Público, não se decreta nulidade daquilo que não traz prejuízo à defesa; por igual, a preliminar de nulidade de um inquérito não é nulidade do processo, porque o inquérito não contém relatório. Também não vejo nenhuma relevância substancial jurídica processual nesta sustentação, então, estou a rejeitá-la.

E, quanto à falta de fundamentação de sentença, também alegada por Juliano, não é isso que vislumbro da sentença prolatada; pode não estar fundamentada ao desejo do apelante Juliano, mas fundamentada ela está, ainda que equivocadamente, vai uma distância muito grande em ser uma sentença ausente de fundamentação.

Por isso, acompanhando o eminente Des. Relator, também rejeito todas as preliminares.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Superadas as preliminares argüidas e não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito dos recursos, iniciando pelo recurso do apelante Juliano Lopes da Silva, o qual, em suas razões recursais, busca a absolvição dos crimes que lhe foram imputados, por ausência de prova a embasar um decreto condenatório, sustentando que não há nos autos prova da materialidade. Alega, ainda, ter ocorrido *bis in idem*, porquanto o delito em questão é oriundo de um processo no qual fora denunciado juntamente com Roni Peixoto. Por fim, pugna pela redução das penas por terem sido as mesmas fixadas de forma exacerbada.

Inicialmente, mostra-se oportuno destacar que dúvidas não há quanto à materialidade, a qual restou devidamente comprovada através do auto de prisão em flagrante de f. 07/15; auto circunstanciado de busca (f. 29/32); auto de apreensão (f. 43/44); laudo de eficiência da arma de fogo (f. 86); laudo de constatação (f. 42) e laudo toxicológico definitivo (f. 87).

Quanto à autoria, uma das razões do inconformismo do ora apelante, não subsistem motivos para reformar a r. sentença vergastada, já que os elementos de convicção estão a apontá-lo, de forma segura, como o responsável pela prática do crime de tráfico, senão vejamos.

O policial Marcelino Braz de Souza ao ser ouvido na fase judicial (f. 300/302) relatou:

[...] que, diante dos levantamentos, passaram a seguir o acusado Juliano, sendo que, no dia dos fatos, tal seja, 11.07.07, não tinham conhecimento de que ele portava ou grande quantidade em dinheiro ou drogas, motivo pelo qual seguiram Juliano, o qual utilizava um veículo VW/Gol, cor cinza, e no momento ele estava acompanhado do denunciado André, os quais reconhece nesta audiência; que o veículo de Juliano foi abordado no Bairro Planalto, [...] que feita a busca nos acusados, foi apreendido aparelho celular e uma quantia grande em dinheiro, acreditando ser mais de R\$ 30.000,00; que, entrevistado no local, Juliano disse ao depoente que estava levando aquela importância a fim de que fosse depositada na conta de André, e era proveniente, com certeza, do pagamento de drogas; que, entrevistado no local, André, por seu turno, disse que o dinheiro pertencia a Juliano; entretanto, André confirmou que tal importância seria depositada em sua conta bancária, não dando nenhuma explicação para que tamanha importância fosse depositada em sua conta; [...] que na casa de Juliano apreenderam mais outra grande importância em dinheiro, sendo que o total do dinheiro apreendido com Juliano aproximou-se a R\$ 40.000,00; [...] que na casa de Juliano ainda foi apreendida uma luneta, usada para adaptar em arma de fogo, [...] uma pistola semi-automática, várias munições; que ali foram apreendidos vários aparelhos celulares; [...] que não foi apurada nenhuma amizade existente entre André e Juliano,

sendo apurado que os dois estavam envolvidos no tráfico juntos, [...] que a escuta telefônica eram um auxílio das investigações, [...].

Por sua vez, Wanderson Gomes da Silva, Delegado Chefe da Divisão de Tóxicos e Entorpecentes, em seu depoimento de f. 347/354, disse:

[...] com o avanço das investigações, constatou-se que o suspeito de prenome 'Ju' era o principal responsável pela prática do tráfico de drogas na região norte desta Capital, mais precisamente nas imediações do Bairro Serra Verde; [...] que reconhece os três acusados nesta audiência, quais sejam, Juliano, Douglas e André; [...] que, no outro mandado judicial de busca e apreensão feito no apartamento da Rua João Batista Fernandes, nº 306, apto 204, Bairro Serra Verde, foram apreendidos 10 papérolas, que, submetidos à perícia de constatação, tratava-se de 10 invólucros de cocaína; que, segundo a equipe que procedeu à busca no apartamento da Rua João Batista Fernandes, nº 306, apto 204, Bairro Serra Verde, onde foram apreendidos os 10 invólucros de cocaína [...].

Nesse mesmo norte (f. 355/357), o depoimento do policial Antônio da Silva Garajau:

[...] que apuraram que o endereço de Juliano seria na Rua Levindo Rodrigues Martins, 37, Bairro Serra Verde, bem como no endereço da Rua João Batista Fernandes, nº 306, apto. 204, Bairro Serra Verde; que, de posse das informações, foi requerido junto a este juiz os mandados judiciais de busca e apreensões para tais endereços, sendo que parte dos monitoramentos foram feitos pelo Ministério Público do Crime Organizado - CAOCRIMO; [...] que no citado apartamento foram apreendidos 07 munições cal. 38, 10 invólucros de 'cocaína' [...].

Logo, ao contrário das razões expostas pela defesa, restou provado nos autos que o apelante tinha em depósito e guardava em sua residência substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, subsumindo, assim, a sua conduta no art. 33 da Lei 11.343/06, não havendo que se falar em ausência de prova a fundamentar um decreto condenatório.

De outra parte, como se sabe, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o julgador forma a sua convicção pela livre apreciação da prova, indícios veementes equivalem a qualquer outro meio de prova e são aptos para embasar uma condenação criminal, desde que justificada e fundamentada.

Discorrendo sobre o valor probante dos indícios, trago à colação a lição de Fernando Capez:

Indício: é toda a circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral. Assim, nos indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar.

Indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*.

[...]

A prova indiciária é tão válida como qualquer outra - tem valor como as provas diretas -, como se vê na exposição de motivos, que afirma inexistir hierarquia de provas, isto porque, como referido, o Código de Processo Penal adotou o sistema da livre convicção do juiz, desde que tais indícios sejam sérios e fundados.

[...]

Há julgados que sustentam a possibilidade de condenação por prova indiciária (RT, 395/309-310). De fato, uma sucessão de pequenos indícios ou a ausência de um alibi consistente do acusado para infirmá-los pode, excepcionalmente, autorizar um decreto condenatório, pois qualquer vedação absoluta ao seu valor probante colidira com o sistema da livre apreciação das provas, consagrado pelo art. 157 do Código de Processo Penal. (*Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363-4).

Logo, não há que se falar em *bis in idem* na condenação do apelante Juliano, pois, na verdade, trata-se de fatos distintos daqueles ocorridos no processo nº 024.07.566.971-3, onde o apelante fora denunciado por estar associado a Roni Peixoto, João Eduardo Rodrigues Neto, Renato Batista de Andrade e outros e, no presente processo, refere-se a crime praticado em concurso com os co-réus Douglas Santos e André Luiz Coelho Lima, ocorrido no dia 11.07.2007.

Aliás, como bem disse o douto Juiz sentenciante (f. 454)

naqueles autos (processo nº 024.07.566.971-3), Juliano foi denunciado em face da droga mantida em depósito pelos réus João Eduardo Rodrigues Neto e Renato Batista de Andrade. Já nestes autos, está ele (Juliano) sendo processado em face da droga apreendida na residência do denunciado Douglas, se tratando de 10 invólucros de cocaína, qual seja droga totalmente diversa da apreendida naquele outro processo.

Sendo assim, não há como acolher a tese absolutória sustentada pela defesa.

No que tange ao pedido de absolvição do delito descrito no art. 35 da Lei 11.343/06, em que pesem as razões da defesa, a meu ver, restou configurado o *animus associativo*, ou seja, um ajuste prévio para a prática de crimes de tráfico, conforme se depreende das provas colacionadas aos autos, especialmente através das escutas telefônicas que demonstram a associação do apelante para o tráfico, quando, em uma de suas conversas (f. 334) com Eliana Peixoto, irmã de Roni Peixoto, disse:

[...] Eliana: Porque deixa eu te falar, é pra entregar mais um de uma vez.

Ju: Mais uma peça.

Eliana: Mais uma peça.

Ju: De quê?

Eliana: De pedra, rapadura, viu?

Ju: Para entregar para eles também?

Eliana: É, pode entregar pro Dico aí.

Ju: Ah, então falou.

Eliana: Então falou, aí é um e trezentos tá, mais (ininteligível).

De outra banda, o Delegado de Polícia Wanderson Gomes da Silva, Chefe da Divisão de Tóxico e Entorpecente de Belo Horizonte, em seu depoimento de 346/354, relata:

[...] que, durante os monitoramentos telefônicos, percebeu o depoente que quem mantinha contato com Roni Peixoto era somente Juliano Lopes; que, em investigação anterior, apurou o depoente que Juliano Lopes também mantinha contato com a pessoa de Eliana Peixoto de Souza, irmã de Roni Peixoto, [...] que, cerca de uma hora antes de Juliano ser preso, isto por volta de 12h a 12h30min, Juliano manteve contato telefônico com a pessoa de Roni Peixoto de Souza, assim afirmando o depoente pelo timbre de voz de ambos, as quais já eram conhecidas do depoente [...].

Por sua vez, disse o policial Antônio da Silva Garajau em seu depoimento de f. 355/356:

[...] que esclarece o depoente que participou de pouca parte das interceptações telefônicas, e, nas poucas conversas que ouviu, aparecia Juliano conversando com André, com Roni Peixoto e com Eliana Peixoto; que André nas conversas com Juliano, dava seu nome; [...] que foi pelas escutas telefônicas que tomou conhecimento que o dinheiro apreendido no veículo onde se encontravam Juliano e André destinava-se ao pagamento de drogas [...].

Logo, é evidente que o apelante se associou para cometer crime de tráfico de entorpecente, razão por que deve ser mantida a decisão do MM. Juiz que o condenou pela prática do delito de associação descrito no art. 35 da Lei 11.343/06.

No que diz respeito ao pedido de absolvição do delito de posse de arma de fogo formulado pelos apelantes Juliano Lopes da Silva e Douglas Santos, serão analisados conjuntamente, já que o fundamento da decisão será o mesmo para ambos.

Conforme se vê dos autos, os apelantes Juliano Lopes da Silva e Douglas Santos foram denunciados, processados e condenados pela prática dos delitos descritos nos arts. 16 e 12 da Lei 10.826/03, respectivamente, porquanto guardavam em suas residências munições e armas de fogo de uso permitido, sem a devida autorização.

Ocorre, entretanto, que o Estatuto do Desarmamento, em suas disposições transitórias, mais especificamente em seus arts. 30, 31 e 32, estabeleceu um prazo de cento e oitenta dias, após a sua publicação, para que os possuidores e proprietários de armas de fogo sem registro regularizassem a situação das mesmas.

Tal prazo foi, inclusive, prorrogado pela Medida Provisória 253, convertida na Lei 11.191/05, até 23 de outubro de 2005.

Recentemente, em 31.01.2008, o prazo foi novamente prorrogado pela Medida Provisória 417 até 31 de dezembro de 2008, tendo esta medida provisória sido transformada na Lei 11.706/08.

Assim, pela interpretação dos dispositivos citados, os possuidores de arma de fogo foram beneficiados, já que, durante o período compreendido entre 23.12.2003 (publicação da Lei 10.826/03) e 31.12.2008, ocorre o que a jurisprudência denominou de *vacatio legis* indireta, uma vez que as condutas relativas ao art. 12 e algumas ao art. 16 da Lei 10.826/03 se tornaram temporariamente atípicas. Nesse sentido, trago à colação algumas decisões deste Tribunal:

Penal - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Estatuto do Desarmamento - Medida Provisória nº 417/2008 - Descriminalização da conduta até 31 de dezembro de 2008 - Atipicidade - Absolvção - Recurso a que se dá parcial provimento. - Com a edição da Medida Provisória nº 417/2008, abriu-se novo prazo para a vigência da causa temporária de atipicidade, qual seja a possibilidade de regularizar, licitamente, arma de fogo de que seja possuidor qualquer cidadão, até a data de 31 de dezembro de 2008, quando, só a partir de então, tornar-se-á típica a conduta de posse irregular de arma de fogo. Recurso parcialmente provido. (TJMG, 5ª CCrim, Ap. nº 1.0079.06.308413-5/001(1), Rel.º Des.º Maria Celeste Porto, j. em 13.05.2008; in DOMG de 31.05.2008.)

Habeas corpus - Posse de arma - Trancamento de ação penal - Lei nº 10.826/2003 - *Vacatio legis temporalis* - Ordem concedida. - Conforme estabelecem a Lei nº 10.826/2003 e a Medida Provisória nº 417/2008, esta convertida na Lei 11.706/08, os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas podem, até 31 de dezembro de 2008, entregá-las à Polícia Federal, devendo-se reconhecer que a posse de arma de fogo no dia 4 de outubro de 2007 é mesmo conduta atípica, de tal forma que o trancamento da ação penal é medida que se impõe. Ordem concedida. Ação penal trancada. (TJMG, 5ª CCrim, HC 1.0000.08.-477047-8/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, v.u., julg. em 1º.07.2008, pub. DOMG de 12.07.2008.)

No caso em exame, as condutas dos apelantes de posse de arma de fogo e de munições foram praticadas em 11.07.2007, período em que os arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03 não estavam em vigor, pela *vacatio legis* indireta. Daí, de acordo com a determinação legal, devem ser consideradas atípicas estas condutas.

Quanto ao pedido de redução das penas formulado pelo apelante Juliano Lopes da Silva, ao argumento de que as mesmas foram fixadas de forma exacerbada, razão lhe assiste, pois, sendo primário e não sendo as circunstâncias judiciais no todo desfavoráveis, não deve a pena se afastar muito do mínimo legal.

As penas, na verdade, devem-se adequar ao princípio da proporcionalidade de modo a se aquilatar a sanção estatal aos contornos objetivos e subjetivos da prática ilícita perpetrada. Sobre o assunto permito-me trazer à colação a orientação do STJ:

Ao proceder à individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e consequências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade. (STJ, 6ª Turma, REsp nº 60251/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 27.06.96, in DJU de 27.05.96.)

Recurso de Douglas Santos - Por sua vez, em suas razões de recurso (f. 572/587), pleiteia o apelante Douglas a absolvição do crime descrito no art. 35 da Lei 11.343/06, alegando não ter-se associado a Lopes e a André Luiz para cometimento de crimes, aduzindo, ainda, que não há nos autos prova a embasar uma condenação pela prática dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes nem mesmo pelo crime de posse de munição. Alternativamente, pleiteia a redução das penas, com aplicação da causa especial de redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Examinando detidamente as provas dos autos, no que tange ao crime de associação para o tráfico, realmente as provas dos autos são frágeis para condenar o apelante pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei 11.343/06.

Ora, ainda que seja possível a hipótese de associação entre o apelante e os co-réus, com a finalidade de cometer o crime tipificado no art. 35 da Lei 11.343/2006, não há nos autos prova contundente necessária a fundamentar uma condenação por um delito de tamanha gravidade, sendo que a prudência aqui recomenda a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, visto que as provas apuradas no decorrer da instrução, a meu ver, retratam a figura da co-autoria. A propósito, dispõe o art. 35 da referida Lei 11.343/2006, *verbis*:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Dessarte, são pressupostos do crime de associação para o tráfico: a) existência de dois ou mais infratores; b) existência do critério de estabilidade, permanência ou habitualidade; c) a "reiteração ou não" jungida e estreitamente vinculada à finalidade delitosa específica; d) delimitação do crime autônomo de associação somente com relação aos delitos descritos nos art. 33, *caput* e § 1º, e 34 da mesma lei.

A conduta consiste em "associar-se" para o fim de praticar crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006 como dolo específico ou elemento subjetivo do tipo, não havendo, contudo, necessidade de que algum desses delitos venha a ocorrer.

Portanto, é indispensável a associação mais ou menos estável ou permanente, para a prática dos crimes a que se refere o preceito legal. Ausente um desses requisitos, resta configurada a associação momentânea, regulada na lei penal como concurso de pessoas, tratando-se de uma causa especial de aumento de pena, e não um delito autônomo.

Para a configuração do crime autônomo de associação, é imprescindível o *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido de formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris* em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Havendo convergência ocasional de vontades, está excluído o crime de associação. Daí por que uma das diferenças entre o crime de associação e o crime de tráfico está, exatamente, em serem ambas as espécies perfeitamente separáveis.

O crime de associação como figura autônoma há de ser definido nos limites estritos de sua definição. Nesse sentido, preleciona Vicente Greco Filho:

Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração... (Tóxicos: Prevenção - Repressão: Comentários à Lei nº 10.409/2002 e à parte em vigor da Lei 6.368/76. 12. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 127.)

In casu, não restou comprovado de forma inquestionável que Douglas, ora apelante, tivesse se associado de forma permanente ao co-réu Juliano Lopes da Silva para a traficância, já que não há nos autos prova da associação. Sobre o assunto, trago à colação os seguintes julgados:

Crime de associação - Concurso ocasional de agentes - Delito não configurado - Inteligência do art. 14 da Lei nº 6.368, de 1976. - A associação de que trata o art. 14 da Lei nº 6.368, de 1976, é a reunião mais ou menos estável ou permanente, para a prática dos crimes a que se refere o preceito legal. Insuficiente a tal desiderato é o simples concurso de agentes, sob pena de se erigir em delito autônomo a simples co-participação criminosa. (Ac. un. 5º Câmara. TACrim apud GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: Prevenção - Repressão: Comentários à Lei nº 10.409/2002 e à parte em vigor da Lei 6.368/76. 12. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 127.)

Para a existência de crime autônomo de associação é mister: a) duas ou mais pessoas; b) acordo dos parceiros; c) vínculo associativo; d) finalidade de traficar tóxicos (TACRIM-SP - AC - Rel. Geraldo Gomes - JUTACRIM 57/280; in FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir., São Paulo: Editora RT, 2002, v. 2, p. 3.210).

O crime de associação criminosa só pode ser reconhecido quando caracterizado o necessário *animus* associativo entre os réus, o que não se vislumbra quando as vontades são direcionadas a um único delito (TRF 4ª Reg. - Ap. 97.04.07202-3 - Rel. Gilson Dipp - j. em 10.06.1997 - JSTF e TRF 100/428 - in FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir., São Paulo: Editora RT, 2002, v. 2, p. 3.212).

Tráfico de entorpecente. Preliminar de nulidade. Não-ocorrência. Conjunto probatório duvidoso e insubsistente. Meras presunções. Insuficiência para embasar a condenação. *In dubio pro reo*. Absolvição decretada. Recurso defensivo provido. Art. 14 da Lei 6.368/76. Associação permanente. *Animus* associativo prévio não comprovado. Fragilidade da prova. Absolvição mantida. Desprovemento do recurso ministerial. (TJMG, 2º CCrim, Ap. nº 1.0313.05.158334-9/001, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, v.u., julg. em 20.04.2006, pub. no DOMG de 20.05.2006.)

Tóxicos - Tráfico - Associação - Concurso de agentes - Inocorrência - Prova insuficiente - Depoimentos suspeitos de policiais - Receptação dolosa - Agente que arrebatou, mediante violência ou grave ameaça, bem móvel de outrem como ressarcimento pela venda de substância entorpecente - Delito descaracterizado. - Não há falar no crime autônomo de associação (art.14 da Lei 6.368/76) se os elementos de convicção coligidos nos autos não demonstram, com a indispensável segurança, a existência, entre os agentes, de um *animus* associativo, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma *societas sceleris* à prática do crime visado. [...] (TJMG, 1º CCrim, Ap. nº 1.0024.04.383774-9/001, Rel. Des. Gudesteu Biber, v.u. julg. em 18.10.2005, pub. no DOMG de 26.10.2005.)

Assim, em face da ausência de elementos sólidos, não há como reconhecer o delito de associação, pois meros indícios ou presunções não são suficientes para esse mister, notadamente no que diz respeito ao *animus* associativo, que, por ser figura central do tipo penal do art. 35 da Lei 11.343/2006, deve restar indubitavelmente comprovado, já que o simples concurso não é o bastante para essa finalidade. Nesse sentido, decidiu este Tribunal de Justiça:

Ementa: Tráfico de entorpecente. Preliminar de nulidade. Não-ocorrência. Conjunto probatório duvidoso e insubsistente. Meras presunções. Insuficiência para embasar a condenação. *In dubio pro reo*. Absolvição decretada. Recurso defensivo provido. Art. 14 da Lei 6.368/76. Associação permanente. *Animus* associativo prévio não comprovado. Fragilidade da prova. Absolvição mantida. Desprovemento do recurso ministerial. (TJMG, 2º CCrim, Ap. nº 1.0313.05.158334-9/001, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, v.u., julg. em 20.04.2006, pub. no DOMG de 20.05.2006.)

Com efeito, as provas carreadas aos autos mostram-se insuficientes para embasar uma condenação, pois o Órgão Acusador não demonstrou de forma inquestionável que o apelante se tenha realmente associado para a prática do delito de tráfico de entorpecente.

No que tange ao delito descrito no art. 33 da Lei 11.343/06, melhor sorte não socorre o recorrente, pois as provas apresentadas nestes autos demonstram ter o mesmo cometido o delito de tráfico ilícito de entorpecente.

O apelante, na fase inquisitorial, nega a autoria, apresentando uma versão dos fatos que não encontra embasamento nas demais provas colacionadas nos autos, relatando em suas declarações de f.16/18:

[...] Que, no interior do seu apartamento os policiais arrecadaram (10) dez papélotes de cocaína; sete munições de calibre 38; que, segundo o declarante, alugou o apartamento há aproximadamente dois meses e quando mudou sua mãe fez uma limpeza no apartamento, momento em que ela achou certa quantidade em dinheiro, não se recordando o valor exato, momento em que o declarante entregou o dinheiro para Mike, esclarecendo que no dia de sua mudança foi abordado por Mike, tendo ele o indagado se tinha algum dinheiro no interior do apartamento e, como sua mãe achou certa quantidade em dinheiro, o declarante entregou o dinheiro achado para Mike, o qual disse-lhe que tinha um 'bomba' no forro do banheiro, incontinenti o declarante foi até o forro do banheiro e lá achou vários papélotes de substância branca, contidas em uma sacola plástica, acreditando se tratar de cocaína, momento em que o declarante pegou a droga e entregou a Mike; que, há mais ou menos dez dias atrás, o Mike lhe perguntou se tinha achado mais alguma coisa no apartamento, tendo o declarante feito nova vistoria no forro do banheiro, e lá achou mais (10) papélotes de cocaína, tendo o declarante guardado os papélotes de cocaína no bolso de sua jaqueta e deixou guardado na arara, esperando uma oportunidade para entregá-lo; [...].

Entretanto, em juízo (f.286/290), retrata-se alegando:

[...] que mora no citado apartamento da Rua João Batista Fernandes, nº 306, apto. 204, Bairro Serra Verde, sozinho, entretanto nega a propriedade de todo material ali arrecadado, negando a propriedade dos 10 cartuchos cal. 38, da jaqueta de cor abóbora, bem como do cartucho apreendido no bolso da mesma, negando, ainda, a propriedade dos 10 invólucros de cocaína ali apreendidos; que esclarece o interrogando que morava há um mês e quinze dias no citado apartamento, alugando-o através de um amigo de nome Robert, que lhe ofereceu o apartamento para morar, haja vista que Robert estava comprando o referido imóvel; [...] que esclarece o interrogando que Robert não chegou a morar no citado apartamento; que não conhecia os codenunciados Juliano e André, nem mesmo por apelido, vindo a conhecê-los na delegacia de Divisão de Tóxicos, quando foi preso, [...] que não é verdade que tenha dito aos policiais civis que no dia de sua mudança foi abordado pela pessoa de Mike, tendo Mike lhe indagado acerca do achado do dinheiro em apreço, sendo certo que Mike foi o nome da pessoa dita pelos policiais civis; que chegou a entregar a importância para Robert, em mão, não sabendo o nome completo de Robert, [...] que sequer conhecia a pessoa de Mike; que, quando das declarações na polícia, esclarece o interrogando que não se fazia acompanhado de advogado, tendo o delegado que lhe ouviu, Dr. Wanderson, lhe induzido a dizer que Mike havia lhe procurado, posteriormente, dizendo que havia uma 'bomba' no forro daquele apartamento, dizendo, ainda, para o delegado que fora até o forro

do apartamento, onde achou várias sacolas plásticas contendo substância branca semelhante a cocaína, entretanto, somente disse isso ao delegado, não porque ele o tenha coagido ou espancado, mas ele o induziu a assim fazer, [...] o delegado colocou o interrogando frente a frente com Juliano, dizendo que, caso assumisse a propriedade da droga, iria liberar o interrogando, permanecendo Juliano calado, quando o delegado o induziu, dizendo que Juliano o queria prejudicar, pedindo ao interrogando que desse suas declarações da forma que ele indicasse; [...] que nega a propriedade das munições apreendidas em seu apartamento, [...] confessando na delegacia a propriedade das munições porque fora induzido por um detetive, o qual disse que, se assumisse a propriedade dos cartuchos, nada iria lhe acontecer; [...].

Enfim, em todas as declarações prestadas pelo apelante Douglas, este nega seu envolvimento com o tráfico de drogas, alegando ter sido induzido pelo delegado e pelo detetive a assumir a propriedade da droga. Contudo, não podemos olvidar que foram encontrados em seu apartamento sete cartuchos cal. 38 e dez invólucros de cocaína.

A retratação em juízo da confissão extrajudicial não passa de uma vã tentativa de defesa, uma vez que a nova versão ficou totalmente isolada nos autos, sem nenhuma credibilidade, já que destituída de qualquer admissível de prova e de verossimilhança.

Vê-se, ainda, que o Delegado Chefe da Divisão de Tóxico e Entorpecente, Wanderson Gomes da Silva, responsável pelas investigações, em seu depoimento de f. 347/354 relatou:

[...] que a investigação dos acusados em apreço se deu em face de investigações anteriores, onde se apurou o tráfico de entorpecentes (tráfico de drogas), cujo principal investigado era a pessoa de Roni Peixoto de Souza; [...] que reconhece os três acusados nesta audiência, quais sejam Juliano, Douglas e André; que, com o avanço das investigações, o depoente representou a este juízo, solicitando mandado judicial de busca e apreensão, para ser cumprido na residência de Juliano Lopes, bem como em um apartamento [...].

Por sua vez, o policial Antônio da Silva Garajau, um dos responsáveis pelas investigações dos fatos que culminaram com a prisão do apelante e dos co-réus, disse em seu depoimento de f.355/357:

[...] que os 10 invólucros de cocaína estavam dentro do bolso de uma jaqueta de propriedade de Douglas; que Douglas chegou no referido prédio logo em seguida; que Douglas fez telefonemas para a moça que ali se encontrava, dizendo que estava chegando, e neste momento o depoente desceu para a rua, efetuando a abordagem de Douglas na chegada do prédio, ainda na rua; que Douglas ali chegou em um veículo Celta de cor preta, o qual, segundo ele, estava negociando; que Douglas, abordado, foi levado a seu apartamento; que, mostradas para Douglas as munições e as drogas, ele disse que havia alugado o apartamento da pessoa de Juliano ou Michael, dizendo que de fato havia encontrado droga no referido apartamento e que a guardou

para entregar para Michel, não dizendo há quanto tempo ele a guardava para entregar para Michel; [...] que Douglas relatou ainda que anteriormente havia achado cerca de R\$ 3.000,00 a R\$ 4.000,00 em dinheiro e drogas no citado apartamento, sendo que todo o achado anterior foi entregue à pessoa de Michael [...].

Apesar de negar a autoria do delito, esta negativa se encontra isolada e desprovida de qualquer adminículo de prova e de verossimilhança, o que torna a retratação do apelante peça sem a menor credibilidade, pois, além dos depoimentos das testemunhas, a droga fora encontrada em sua residência.

Sobre o assunto preleciona Fernando Capez:

[...] a simples negação do fato praticado não equivale à retratação, pois esta pressupõe o conhecimento de confissão anterior (*Curso de processo penal*. 6. ed. rev., Saraiva, 2001, p. 273).

No mesmo sentido, mostra-se oportuno trazer à colação a lição de C.J.A. Mittermaier:

Se a retratação se dá de uma confissão plenamente regular tem lugar aplicar-lhe o preceito segundo o qual uma declaração tardia e parcial do acusado, somente feita em seu interesse, não pode aniquilar uma prova completa primitivamente produzida.

Em seguida acrescenta:

[...], não poderá essa declaração aproveitar ao acusado, pois ninguém pode ser crido, quando fala em seu interesse próprio [...] (in *Tratado da prova em matéria criminal*. Bookseller Editora, 1997, p. 223).

Nesse sentido, é a orientação dos tribunais:

Se o réu, depois de haver confessado a autoria do crime, se retrata em juízo, assume o ônus de provar sua alegação, sob pena de, não o fazendo, sua negativa se tornar um álbi não comprovado. (TAMG, 2º CCrim, Ap. nº 279194-8, Rel.º Juíza Márcia Milanez, v.u., j. em 03.08.1999, DOMG de 02.02.2000.)

Assim, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, válida se mostra a confissão feita na fase inquisitorial, embora retratada em juízo, quando se amolde com as demais provas colhidas no curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no presente caso.

Quanto ao pedido de redução de pena, realmente a mesma foi fixada de forma exacerbada, pois, sendo o ora apelante primário, de bons antecedentes e tendo a maioria das circunstâncias judiciais favoráveis, a pena-base deveria restar próxima do mínimo legal.

Da mesma forma, sendo o apelante primário e sem outros antecedentes, inexistindo provas seguras de que se dedique a atividades criminosas ou que integre orga-

nização criminosa, faz jus à redução intermediária de um terço da pena, quando a droga apreendida não for de grande monta.

Recurso de André Luiz Coelho Lima - Em suas razões recursais (f.535/553), busca o apelante André a sua absolvição por ausência de provas quanto aos crimes que lhe foram imputados e pelos quais foi condenado, alegando que há apenas nos autos informações dos agentes policiais, as quais são contraditórias e inverossímeis. Por fim, pugna pela redução das penas e o decote da agravante do concurso de pessoas, bem como a concessão dos benefícios do art. 44 do Código Penal ou a concessão do *sursis* e a redução das penas em 2/3 (dois terços) nos termos do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

Examinando detidamente a pretensão recursal em confronto com as provas carreadas aos autos, malgrado as judiciosas razões da defesa, a meu ver, *data venia*, as provas produzidas são por demais suficientes para manter a r. sentença vergastada, senão vejamos.

Marcelino Braz de Souza, quando ouvido na fase inquisitorial (f.08), relatou:

[...] na data de hoje, após obterem informações de que Juliano juntamente com alguns parceiros ainda não identificados promoveriam tráfico de drogas recebendo grande quantia de crack e em seguida efetuando o devido pagamento ilícito, momento que então passaram a efetuar campanhas nos locais suspeitos, [...] passando em frente a um dos endereços observados onde então perceberam a presença do investigado Juliano dirigindo tal veículo, juntamente com uma pessoa no banco do passageiro e que então os mesmos fizeram uma pequena parada, [...] decidiram fazer a abordagem quando o mesmo transitava pela Avenida Doutor Cristiano Guimarães, sendo concluída e após a abordagem tendo o mesmo se identificado como sendo Juliano Lopes da Silva e André e, após indagarem aos mesmos, Juliano disse estar portando apenas dinheiro e que estava a caminho de um banco para efetuar o depósito bancário da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que segundo o primeiro conduzido seria depositado na conta bancária de André, ocupante do referido veículo [...].

Por sua vez, Wanderson Gomes da Silva (f. 350) disse:

[...] conforme investigação feita, o acusado André tinha ligação forte e estreita no tráfico de drogas para com a pessoa de Juliano; [...].

Antônio da Silva Garajau (f. 356) relatou:

[...] que esclarece o depoente que participou de pouca parte das interceptações telefônicas e, nas poucas conversas que ouviu, aparecia Juliano conversando com André, com Roni Peixoto e com Eliana Peixoto; que André, nas conversas com Juliano, dava seu nome; que era André quem usava a referida motocicleta apreendida, a qual foi detectada várias vezes pela equipe de detetives do depoente e pelo próprio depoente, fazendo entregas de drogas, buscando drogas,

efetuando depósitos bancários; [...] que todas as vezes que André usava a moto para entregar e buscar drogas, bem como para fazer depósito em bancos, usava capacete [...].

Logo, não há dúvidas de ter o apelante praticado o delito de tráfico de entorpecentes em co-autoria, pois a testemunha Antônio da Silva Garajau o viu entregando drogas, estando associado ao co-réu Juliano Lopes da Silva.

No que tange ao pedido de redução das penas, razão assiste à defesa, pois, tratando-se de réu primário e não possuindo a maioria das circunstâncias desfavoráveis, não poderia a pena se afastar muito do mínimo legal.

Entretanto, em que pesem as razões da defesa, não há como acolher o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, além de a conduta praticada ser dotada de intensa reprovabilidade, não se mostraria suficiente para a reprovação e prevenção desse tipo de delito, porquanto esbarra na vedação contida no inciso III do art. 44 do Código Penal, que expressamente veda tal pretensão. Nesse sentido, trago à colação recente acórdão do TJDF:

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, porque presente o óbice do inciso III do artigo 44 do Código Penal, vez que não se mostra adequada à prevenção do crime de tráfico de entorpecentes nem é socialmente recomendável, pena de se estimular tal conduta. Não se pode ter o crime de tráfico de entorpecentes, de natureza grave até por tratamento constitucional, como apto a merecer a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, benefício entendido adequado somente aos crimes de menor gravidade. (TJDFT, 1ª Turma, APCR 2005.01.1.126448-5, Rel. Des. Mário Machado, v.u., j. em 09.11.2006, in *DJU* de 22.01.2007, p. 76.)

De outra parte, mantida a condenação do ora apelante pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06, fica prejudicado o pedido de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por não preencher os requisitos exigidos pela lei.

Por fim, Aline Batisteli Caetano (f. 500/503) requer seja decotado da r. sentença condenatória o perdimento do veículo placa GZT 6027, chassi nº 9BWCA05X12 P0 42600, apreendido por ocasião da prisão de Juliano Lopes da Silva, por ser proprietária direta do referido automóvel.

Quanto ao pedido de restituição do veículo apreendido, a meu sentir, razão assiste à defesa, pois a perda de bens deve limitar-se apenas aos instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime, e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada.

Segundo os ensinamentos de Vicente Greco Filho, o art. 34 da Lei 6.368/76, que prevê sobre a perda dos instrumentos do crime, deve ser interpretado restritamente em razão da amplitude da norma.

Nesse sentido, é também a jurisprudência:

O art. 34 da Lei 6.368/76 deu excessiva amplitude ao texto legal - art. 74 do CP (atual art. 91) - e exige interpretação restritiva. Para que ocorra o confisco, é necessário que fique provado que os veículos eram 'especialmente' utilizados para o transporte do tóxico. (TJRJ - AC 8.664 - Rel. Barros Franco, *apud* FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 2001, v. 2, p. 3.366.)

Se para a perpetração do delito de tráfico de entorpecente o acusado se serve de automóvel, usando-o eventualmente ou ocasionalmente, tal uso não se integra no âmbito consumativo do crime - dado que este teria ocorrido de outras formas caso não tivesse o agente sua disponibilidade - não se justificando sua perda em favor da União como efeito da condenação. (TJSP - AC 48.488-3 - Rel. Jarbas Mazzoni - RT 616/278, *apud* FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 2001, v. 2, p. 3.364.)

O confisco dever recair tão-somente sobre os objetos direta e intencionalmente usados como instrumentos do crime, e não sobre os que ocasionalmente estejam ligados à conduta criminosa. (TJSC - AC 29.759 - Rel. José Roberge - JC 72/524, *apud* FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora RT, 2001, v. 2, p. 3.362.)

Assim, os veículos utilizados e apreendidos em diligências evidenciadoras de prática de crimes de tráfico de tóxicos só deverão ser confiscados quando efetivamente estiverem sendo usados costumeiramente para o exercício do comércio de drogas.

No caso em exame, não restou comprovado que o veículo VW/Gol, cor cinza, placa GZT 6027, estivesse sendo usado por Juliano Lopes da Silva reiteradamente para a prática de tráfico de entorpecente, não sendo, portanto, o caso de perda do bem.

Concluídas essas observações, atento às diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, bem como ao comando do art. 42 da Lei 11.343/2006, passo a reestruturar as penas dos apelantes, mostrando-se desnecessária nova análise das circunstâncias judiciais, já que as mesmas foram bem sopesadas pelo MM. Juiz sentenciante.

Juliano Lopes da Silva - art. 33 da Lei 11.343/06. Na primeira fase da individualização da pena, hei por bem reduzir a pena-base fixada em 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, para 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal, o que tenho como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; na segunda fase, não há atenuantes nem agravantes a considerar, e, à míngua de causas especiais de diminuição e aumento de pena, torno definitivas as reprimendas em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal.

De igual modo, em relação ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, na primeira fase, hei por bem reduzir a pena-base fixada em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 950 (novecentos e cinqüenta) dias-multa, para 4 (quatro) anos e 6 (seis) de reclusão e 750 (setecentos e cinqüenta) dias-multa, concretizando-as neste patamar em face da inexistência de atenuantes, agravantes ou causas especiais de diminuição ou aumento de pena.

Em face do concurso material reconhecido na r. sentença, procedo ao somatório das penas aplicadas, concretizando-as em 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 1.450 (mil e quatrocentos e cinqüenta) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantém-se o regime fixado na r. sentença para ambos os delitos, ou seja, o inicialmente fechado.

Douglas Santos - art. 33 da Lei 11.343/06. Na primeira fase da individualização da pena, hei por bem reduzir a pena-base fixada em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no patamar mínimo legal, o que tenho como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; na segunda fase, não há atenuantes nem agravantes a serem consideradas; na terceira fase, sendo o apelante primário e sem outros antecedentes, inexistindo provas seguras de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, faz jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na fração intermediária de 1/3 (um terço); já que a droga apreendida não foi de grande monta, concretizo suas penas em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O apelante iniciará o cumprimento da pena afliativa no regime fixado na r. sentença, o inicialmente fechado.

André Luiz Coelho Lima - art. 33 da Lei 11.343/06. Na primeira fase, reduzo a pena-base fixada em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no patamar mínimo legal, o que tenho como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; na segunda fase, inexistem agravantes a considerar, contudo, militando em seu favor a atenuante da menoridade relativa, reduzo as reprimendas em 6 (seis) meses e 50 (cinqüenta) dias-multa; na terceira fase, não havendo causas especiais de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas, concretizo suas penas em 5 (cinco) anos e 6 (seis) de reclusão e 550 (quinhentos e cinqüenta) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal.

De igual modo, em relação ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/03, na primeira fase, hei por bem

reduzir a pena-base fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinqüenta) dias-multa; na segunda fase, diante da atenuante da menoridade relativa, reduzo as penas em 6 (seis) meses e 50 (cinqüenta) dias-multa, passando-as, nesta fase, para 3 (três) anos e 700 (setecentos) dias-multa, no patamar mínimo legal; na terceira fase, não havendo causas especiais de diminuição ou aumento de pena, concretizo as reprimendas em 3 (três) anos e 700 (setecentos) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal.

Em face do concurso material reconhecido na r. sentença, procedo ao somatório das penas aplicadas, perfazendo 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1.250 (mil duzentos e cinqüenta) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantém-se o regime fixado na r. sentença, o inicialmente fechado, para o início do cumprimento da pena corporal.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se rejeitarem as preliminares argüidas, dar parcial provimento aos recursos para absolver Juliano Lopes da Silva do crime de posse ilegal de arma de fogo (art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03), absolver Douglas Santos dos crimes de posse ilegal de arma de fogo (art.12 da Lei 10.826/03) e de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/03); bem como para reduzir as penas dos apelantes, concretizando as penas Juliano Lopes da Silva em 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 1.450 (mil e quatrocentos e cinqüenta) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos; concretizando as penas de Douglas Santos em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos; concretizando as penas de André Luiz Coelho Lima em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 1.250 (mil duzentos e cinqüenta) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos; dar provimento ao recurso da terceira interessada, Aline Batisteli Caetano, para determinar que lhe seja restituído o veículo VW/Gol, cor cinza, placa GZT 6027, mantidos os demais confiscos e os demais termos da r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. FORTUNA GRION - Sr. Presidente. Como já por mim asseverado, examinei com cuidado os autos, na qualidade de Revisor, e verifico que o exame da prova foi feito de forma perfeita pelo eminente Relator, razão pela qual com ele em tudo concordo, adotando o seu detalhado e judicioso voto.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Acompanho os votos que me precederam, quanto à matéria de fundo recursal.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS E TOTAL PROVIMENTO AO QUARTO RECURSO.

...