

Tráfico de entorpecentes - Desclassificação para uso - Não-cabimento - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Réu primário - Causa especial de diminuição - Aplicabilidade - Regime inicial fechado - Associação para o tráfico - Ausência dos requisitos - Absolvição

Ementa: Apelação. Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Desclassificação para uso. Impossibilidade. Art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06. Absolvição. Cabimento. Aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Admissibilidade. Regime inicial fechado. Possibilidade.

- Não há que se falar em desclassificação do delito imputado aos réus para uso de entorpecentes, se a prova colhida e as circunstâncias apuradas nos autos estão a evidenciar que a droga arrecadada em poder deles teria como destino/fim a comercialização.

- Há de se absolver os réus do crime do art. 35 da Lei 11.343/06, por ausência de prova de que se associavam de forma estável e permanente para a prática do crime de tráfico de drogas.

- Impõe-se a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 se constatado que os réus eram primários à época dos fatos, não havendo, por outro lado, prova de que se dedicavam a atividade ilícita ou integrassem organização criminosa.

- Deve ser imposto o regime inicialmente fechado aos réus condenados pelo crime de tráfico, uma vez que a Lei 11.464/07 deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, possibilitando aos condenados por crimes hediondos a obtenção do benefício da progressão de regime por ocasião da execução de suas penas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.06.306983-9/001 - Comarca de Contagem - Apelante: 1º) Luiz Alexandre Santos, 2º) Jonathan Thiago de Almeida - Apelado:

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACO-LHER PRELIMINAR MINISTERIAL PARA NÃO CONHECER DO SEGUNDO RECURSO. NO MÉRITO, DAR PROVI-MENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO, ESTENDEN-DO OS EFEITOS DO JULGADO AO CO-RÉU JONATHAN THIAGO DE ALMEIDA.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2007. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Perante o Juízo da Comarca de Contagem, Luiz Alexandre Santos e Jonathan Thiago de Almeida foram denunciados pelo *Parquet*, f. 02/03, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06.

Quanto aos fatos, narra a denúncia (f. 02/03) que, no dia 24.10.2006, por volta das 16h, na Av. João César de Oliveira, Bairro Eldorado, na Cidade de Contagem-MG, os acusados traziam consigo cerca de 1.270 g da substância entorpecente denominada "maconha", sendo flagrados por uma guarnição da Polícia Militar, no interior de um táxi Fiat/Uno, quando da realização de uma *blitz* policial.

A substância entorpecente apreendida estava acondicionada em 02 (duas) barras prensadas, que estavam escondidas sob o tapete do banco de trás do veículo acima mencionado.

Regularmente processados, ao final sobreveio a r. sentença (f. 221/223), sendo os acusados condenados, nos termos constantes da denúncia, à mesma pena, qual seja 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, em regime integralmente fechado.

Inconformado com o édito condenatório, o acusado Luiz Alexandre Santos interpôs recurso de apelação (f. 28), apresentou razões recursais às f. 246/250, objetivando em princípio a desclassificação do crime de tráfico para o crime de uso. Requereu também a absolvição no que tange ao crime do art. 35 da Lei 11.343/06. Por fim, pleiteou a aplicação do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e a modificação do regime prisional para o inicial fechado.

Contra-razões apresentadas, pôs-se o *Parquet* pelo conhecimento e desprovemento do recurso aviado (f. 254/261).

O acusado Jonathan apelou à f. 245; todavia, seu causídico reconheceu que o recurso que interpôs foi aviado intempestivamente, conforme se constata à f. 250.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, em parecer da lavra do

Dr.º Laurides Paz Nascimento Júnior, em preliminar, suscitou intempestividade do recurso aviado pelo réu Jonathan Thiago de Almeida. No mérito, opinou pelo provimento parcial do apelo, tão-somente para que o regime prisional seja fixado no inicial fechado (f. 133/136).

É o relatório.

Conheço do recurso de Luiz Alexandre Santos, uma vez que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Acolho a preliminar da Cúpula Ministerial, respaldado pelo causídico do apelante Jonathan Thiago de Almeida, que à f. 250 reconheceu a intempestividade do recurso por ele interposto à f. 245.

Passo ao exame do mérito.

A autoria e a materialidade dos delitos restam substanciadas no A.P.F.D. (f. 05/10), Boletim de Ocorrência (f. 11/14), Auto de Apreensão (f. 15) e Laudo de Constatação (f. 24).

Razões de apelo apresentadas, requereu a combativa defesa do denunciado Luiz Alexandre Santos a desclassificação do crime de tráfico para o crime de uso. Requereu a absolvição do crime do art. 35 da Lei 11.343/06. Por fim, pleiteou a aplicação do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e a modificação do regime prisional para o inicial fechado.

Acerca do pedido de desclassificação do crime de tráfico para o crime de uso, tenho que melhor sorte não socorre a defesa em seu inconformismo.

Apesar de os réus terem, por ocasião de seus respectivos interrogatórios (f. 180/181 e f. 182/183), alegado que a droga que traziam com eles era para consumo próprio, tenho que tal afirmativa não encontra abrigo na prova dos autos.

A uma, porque foi grande a quantidade de droga arrecadada, qual seja 1.270 g, e, mais, ainda que fosse dividida entre duas pessoas, caberia a cada um mais de 600g de maconha, quantidade essa considerável para ser adquirida de uma só vez por um usuário de drogas.

A duas, porque, segundo o militar Richard Costa dos Reis, o apelante Luiz teria dito no momento de sua prisão que havia adquirido a substância apreendida pela importância de R\$ 1.000,00 (mil reais) e que iria revendê-la no Bairro JK (f. 18).

No meu entender, a afirmativa dos réus de que a droga apreendida era para o consumo próprio não se apresenta crível, ao revés, tenho que se encontra dissociada das demais provas trazidas ao caderno processual.

Penso que, devido à grande quantidade de substância entorpecente que foi apreendida pelos milicianos, 2 (dois) tabletes prensados de maconha, caberia aos réus demonstrar que toda a substância arrecadada seria consumida pelos mesmos, pois, diante da prova produzida ao longo de todo o procedimento criminal, tudo indica que a mesma teria como destino/fim a mercancia.

De tal sorte, tenho que o pleito desclassificatório não merece acolhimento.

Relativo ao crime do art. 35, *caput*, da Lei Antitóxicos, a meu aviso, deve ser acolhida a tese absoluta articulada pela defesa.

Na presente hipótese, o que existe são meros indícios de que os acusados se associavam para o fim de praticar reiteradamente ou não os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei 11.343/06.

Para a condenação pelo crime do art. 35 da Lei Antitóxicos, precisa-se de prova irrefutável de que os acusados de forma duradoura e estável vinham se associando a fim de praticarem tráfico de drogas e de entorpecentes, prova esta inexistente *in casu*.

Sobre o tema, trazemos à baila as lições de Guilherme de Souza Nucci; se não, vejamos: “[...] Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico [...]” (*Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora RT, p. 785).

Ressalte-se que, em sede de alegações finais, o próprio Órgão Ministerial requereu fossem os réus absolvidos da infração penal do art. 35 da Lei 11.343/06.

Não existindo no acervo probatório prova de associação duradoura e estável entre os réus para que pudessem praticar os crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei 11.343/06, tenho que absolvidos devem ser da acusação do crime de associação, com espeque no inciso VI do art. 386 do CPP.

Lado outro, entendo que não há provas nos autos acerca da dedicação dos acusados às atividades criminosas, mormente porque primários e possuidores de bons antecedentes, não existindo tampouco indícios de que fazem parte de organização criminosa.

Portanto, adotando a pena fixada aos acusados em primeira instância para o crime do art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, reduzo-a em 1/6 (um sexto), a teor do que dispõe o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, levando em consideração, ainda, a quantidade e a natureza da droga, que não permitem redução maior, para torná-la definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Modificado deve ser o regime prisional para o inicial fechado, uma vez que hoje se encontra afastada qualquer dúvida acerca da possibilidade de progressão de regime ou não aos condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados, isso porque, com o advento da Lei 11.464/07, publicada em 29.03.2007, o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 passou a ter a seguinte redação: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Assim, com a edição de tal lei, colocou-se uma pá de cal à controvérsia existente acerca da possibilidade ou não de se deferir ao condenado por crime hediondo o benefício da progressão de regime por ocasião da execução de sua pena.

Ademais, além de comungar do entendimento pretérito de que não deveria prevalecer a vedação da possibilidade de progressão de regime aos condenados por crime hediondo diante da flagrante afronta a mandamentos constitucionais, agora, com a nova redação conferida ao referido dispositivo legal, a questão restou definitivamente sepultada.

Todos os efeitos deste julgado foram estendidos na sua integralidade ao co-réu não apelante Jonathan Thiago de Almeida, tendo como alicerce o disposto no art. 580 do CPP.

Isso posto, acolho a prefacial ministerial, para reconhecer a intempestividade do recurso aviado pelo réu Jonathan Thiago de Almeida. No mérito, dou parcial provimento ao recurso do réu Luiz Alexandre Santos, porém, aplicando a regra do art. 580 do CPP, absolvo os dois acusados da infração penal do art. 35 da Lei 11.343/06 e reestruturo a pena que lhes foi aplicada pela infração do art. 33 da Lei Antitóxicos em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, em regime inicial fechado, mantendo incólumes as demais disposições lançadas na sentença primeva.

É como voto.

DES. HÉLCIO VALENTIM - No julgamento do presente recurso, acompanho o em. Desembargador Relator em todos os termos do seu judicioso voto. Todavia, não posso fazê-lo sem deixar registrada uma ressalva de posicionamento.

É que, se de um lado é impossível não admitir, de *lege lata*, após a edição da Lei 11.464/07, a progressão de regime em crimes hediondos, de outro, não considero inconstitucional a antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, nem reconheço caráter *erga omnes* à decisão do Pretório Excelso no famoso HC 82.959, de modo que a lei anterior, tal como redigida originariamente, durante o tempo de sua vigência, era válida e eficaz.

Portanto, não sem antes fazer essas considerações, acompanho o eminente Desembargador Relator.

É como voto.

DES. PEDRO VERGARA - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR MINISTERIAL PARA NÃO CONHECER DO SEGUNDO RECURSO. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO, ESTENDENDO OS EFEITOS DO JULGADO AO CO-RÉU JONATHAN THIAGO DE ALMEIDA.

...