

Tráfico de drogas - Trazer consigo para fins de comércio - Crime de ação múltipla - Tentativa - Impossibilidade - Fixação da pena - Quantidade de droga apreendida - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Tentativa. Reconhecimento. Impossibilidade. Crime de ação múltipla praticado na modalidade “trazer consigo”. Condenação mantida. Atenuante da confissão espontânea. Incidência. Compensação com a agravante da reincidência. Recurso provido em parte.

- Cuida o art. 33 da Lei 11.343/06 de crime de ação múltipla, bastando, pois, a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal para que o delito de tráfico se configure.

- Não há falar, *in casu*, em reconhecimento do crime de tráfico na forma tentada, uma vez que a acusada, ao trazer consigo a droga para fins de revenda, já o consumou, visto que praticou um dos verbos típicos enumerados no art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja “trazer consigo”, sendo irrelevante que ela não tenha, efetivamente, comercializado o entorpecente.

- É de ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea se a confissão do agente auxiliou na elucidação dos fatos e foi utilizada na sentença para a condenação, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0283.11.001427-3/001 - Comarca de Guaranésia - Apelante: Gislaine Cristina Gomes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de outubro de 2012. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Gislaine Cristina Gomes, em face da sentença de f. 75/82, que a condenou como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da

Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 17 de julho de 2011, por volta de 1h50min, na Praça Doutor Getúlio Vargas, em Guaraniésia, a denunciada foi surpreendida trazendo consigo 231,57g (duzentos e trinta e um gramas e cinquenta e sete centigramas) de maconha, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narra que policiais militares avistaram a denunciada em atitude suspeita e decidiram abordá-la, solicitando-lhe que entregasse a bolsa que trazia consigo para que fosse vistoriada. Nesse momento, após relutar em entregar a bolsa, a denunciada saiu em desabalada carreira, sendo alcançada pelos milicianos um pouco adiante. Ao verificarem, então, o conteúdo da bolsa da denunciada, os policiais militares localizaram dois tabletes e uma porção esfarelada de maconha, uma balança de precisão, dois aparelhos celulares e a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais), em notas de R\$ 10,00 (dez reais) e R\$ 20,00 (vinte reais).

Regularmente notificada (f. 38/39), a acusada apresentou defesa preliminar às f. 41/42.

A denúncia foi recebida em 24 de agosto de 2011 (f. 45).

Designada a audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas duas testemunhas (f. 61/62) e interrogada a ré (f. 63/64).

O Ministério Público apresentou alegações finais orais às f. 59/60 e a Defesa, por escrito, às f. 70/73.

A sentença foi publicada em cartório em 10 de novembro de 2011 (f. 83).

Inconformada, apelou a Defesa (f. 86), pretendendo, em síntese, o reconhecimento do crime de tráfico na forma tentada, com a diminuição da pena em 2/3 (dois terços) e a incidência da atenuante da confissão espontânea (f. 92/96).

Em contrarrazões, o Ministério Público de 1º grau pugnou pelo provimento do recurso (f. 98/105).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (f. 117/121).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas nos autos pelo boletim de ocorrência de f. 12/14, auto de apreensão de f. 15, laudo toxicológico definitivo de f. 68 e, sobretudo, pela confissão da acusada, que afirmou em juízo: “a droga encontrada em minha bolsa seria destinada a uso próprio e a tentativa de revenda” (f. 64).

Cinge-se o inconformismo defensivo aos pedidos de reconhecimento do crime de tráfico na forma tentada, com a diminuição da pena em 2/3 (dois terços), e incidência da atenuante da confissão espontânea.

Razão lhe assiste, em parte.

No tocante à tentativa, entendo que, não obstante tenha a apelante afirmado que não chegou a vender a droga para ninguém, o crime de tráfico se consumou.

Como é cediço, cuida o art. 33 da Lei 11.343/06 de crime de ação múltipla, bastando, pois, a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal para que o delito de tráfico se configure.

In casu, não há falar em desclassificação do crime para sua forma tentada, uma vez que a acusada, ao trazer consigo a droga para fins de revenda, já o consumou, visto que praticou um dos verbos típicos enumerados no art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja “trazer consigo”, sendo irrelevante que ela não tenha, efetivamente, comercializado o entorpecente.

Nesse sentido, confira-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

A tentativa de tráfico ilícito de entorpecentes é rara em face das dezoito condutas típicas previstas no tipo do art. 33. Quem traz consigo a droga já consumou a infração, logo é muito difícil pensar em tentativa de venda, afinal, para vender é preciso ter consigo. Por outro lado, não é impossível. A tentativa de adquirir substância entorpecente é viável, por exemplo, até pelo fato de que quem pretende comprar não traz consigo a droga (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 347).

Outro não é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Direito penal e processual penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Delito de tráfico de entorpecentes. Diversos núcleos do tipo. Consumação com qualquer das condutas. Acórdão estadual. Omissão caracterizada. Nulidade. Causa de aumento de pena. Ordem parcialmente concedida. *Habeas corpus* concedido de ofício. Redução da pena-base. Progressão de regime prisional. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 declarada pelo Supremo Tribunal Federal. - 1 - Ajustando-se a motivação da sentença à denúncia, que imputou ao paciente a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em concurso de agentes, com perfeita definição da conduta de cada qual, além da demonstração, pelo magistrado, mediante exaustivo exame do conjunto da prova, da imputação deduzida na acusatória inicial, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado em *habeas corpus*. 2 - O crime de tráfico de entorpecentes compreende dezoito ações identificadas pelos diversos verbos ou núcleos do tipo, em face do que tal delito se consuma com a prática de qualquer delas, eis que delito de ação múltipla ou misto alternativo. Precedentes. 3 - A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, *ad exemplum*, que uma única causa

especial de aumento alternativa possa conduzir o *quantum* de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie. 4 - A redução da pena-base ao mínimo legal pela Corte Estadual de Justiça desconstituiu a pretensão de reconhecimento da atenuante legal da confissão. 5 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. 6 - Ordem parcialmente concedida. *Habeas Corpus* concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime prisional (STJ, HC 27704/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 09.05.2006, p. no DJ de 03.09.2007, p. 223).

Penal. Recurso especial. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Ré flagrada trazendo consigo substância entorpecente. Crime de ação múltipla. Consumação configurada. Crime equiparado a hediondo. Regime integralmente fechado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade. Recurso provido. - 1 - O tipo penal inscrito no art. 12 da Lei 6.368/76 constitui crime de ação múltipla, de forma que a subsunção da conduta praticada a qualquer das hipóteses de incidência penal previstas na norma é suficiente para, de forma autônoma, aperfeiçoar o delito. 2 - Nos crimes hediondos ou a eles equiparados, com exceção do delito de tortura, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada, portanto, a sua progressão, nos termos da Lei 8.072/90, tida, até o presente momento, como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 3 - A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incompatível e inaplicável aos crimes sujeitos ao regime integralmente fechado. 4 - Recurso provido para o fim de afastar a incidência da minorante decorrente da tentativa, restando a pena da ré Nilda Soares dos Santos fixada em 3 (três) anos de reclusão e multa, restabelecido o regime integralmente fechado e obstada a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa (STJ, REsp 373908/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 04.10.2005, p. no DJ de 14.11.2005, p. 368).

Assim, diante do quadro probatório apresentado, mantenho a condenação da acusada nos termos da bem-lançada sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Quanto à dosimetria da pena, há um pequeno reparo a ser feito na decisão primeva.

No tocante à pena-base, o douto Juiz *a quo* a fixou no mínimo legal, razão pela qual a mantenho em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Vale ressaltar que a pena-base poderia ter sido fixada em patamar mais elevado, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 228,61g (duzentos e vinte e oito gramas e sessenta e um centigramas de maconha (f. 68) -, o que, todavia, não foi considerado pela insigne Magistrada *a quo*, de modo que, em razão da vedação à *reformatio in pejus*, mantenho a pena-base no patamar acima estabelecido.

Na segunda fase, em que pese o entendimento adotado na r. sentença, reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea, porquanto, a meu

ver, a confissão judicial da acusada, além de não ser parcial, auxiliou na elucidação dos fatos e foi utilizada na sentença para a condenação. Assim, diante do reconhecimento da agravante da reincidência na decisão primeva, compenso-as, mantendo a pena provisória em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

A apelante não faz jus à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que não preenche os requisitos legais, sendo reincidente (CAC, f. 35/36).

Portanto, à míngua de outras circunstâncias a considerar, concretizo a pena da acusada Gisloine Cristina Gomes em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, estes fixados no valor unitário mínimo.

Por ser crime equiparado a hediondo, mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Deixo de conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o *sursis*, em face do *quantum* da pena aplicada.

Não faz a apelante jus à isenção do pagamento das custas processuais, uma vez que constituiu defensor (f. 43) e não juntou aos autos declaração de pobreza.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena da acusada para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo os demais termos da r. sentença fustigada.

Custas, pela apelante.
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...