ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005863-22.2014.815.0011 – Vara de Entorpecentes da Comarca de Campina Grande/PB
RELATOR: José Guedes Cavalcanti Neto, Juiz de Direito convocado para substituir o Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho
APELANTE: Wandemberg Gomes da Silva
ADVOGADA: Antônia Hernesto de Araújo (OAB/PB 5.879)
APELADA: Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. DENÚNCIA COM BASE NO ART. 33 DA LEI N° 11.343/06. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA CERTA. MATERIALIDADE COMPROVADA. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME DA MESMA ESPÉCIE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DECISÃO ACERTADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. IMPROCEDÊNCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES QUE ATESTAM A PRÁTICA DA MERCANCIA ILÍCITA. DESCARACTERIZADA A POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. FIXAÇÃO DAS PENAS CORPORAL E DE MULTA. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL E DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, COM A NECESSÁRIA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. DESPROVIMENTO.

1. Se o álbum processual revela, incontestavelmente, a materialidade e a autoria, em adição ao conjunto de circunstâncias que permearam o acusado no momento da apreensão efetuada, há que se considerar correta e legítima a conclusão de que a hipótese em exame contempla o fato típico de tráfico, reprovado pelo art. 33 da Lei n° 11.343/06, não havendo que se falar, assim, em absolvição.

2. Existente título penal condenatório transitado em julgado em desfavor do apelante, por tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico,

com trânsito em julgado em 2008, caracterizada está a reincidência, de modo que o magistrado agiu com acerto quando da análise das circunstâncias judiciais, não havendo condenação anterior por uso de entorpecentes, como pretende fazer crer a zelosa defesa.

3. Ocorrendo denúncia da mercancia ilícita de entorpecentes e, em seguida, perpetrada a prisão em flagrante delito na posse da droga pronta para comercialização, mostra-se comprovado que a substância entorpecente se destinava ao tráfico e, não, ao consumo próprio, razão pela qual não cabe falar em desclassificação para uso de entorpecentes previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

4. "Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização".

5. O magistrado sentenciante, após análise das circunstâncias judiciais, fixou as penas corporal e de multa acima do mínimo legalmente previsto, nos termos do art. 33 da da Lei nº 11.343/2006, o que entendo esteja plenamente justificado, diante da quantidade de droga apreendida e da reincidência específica do apelante, razão pela qual não merece guarida o pedido de aplicação do redutor previsto no § 4º do citado artigo, em seu grau máximo, mantendo a sentença condenatória em todos os seus termos.

6. Igualmente, o apelante não faz jus à diminuição da pena, mudança de regime para outro menos gravoso ou substituição da pena corporal por restritiva de direitos, havendo, nos autos, um édito condenatória que obedeceu todos os ditames legais e fixou uma pena justa e motivada.

7. Recurso conhecido e desprovido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, acima identificados,

ACORDA a Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, em negar provimento ao recurso, em harmonia com o parecer do Procurador de Justiça.

RELATÓRIO

Perante a Vara de Entorpecentes da Comarca de Campina Grande/PB, Wandemberg Gomes da Silva foi denunciado nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n° 11.343/06, em virtude de prisão em flagrante ocorrida no dia 4 de fevereiro de 2014, por volta das 16h30min, na oficina Motocar, localizada na Rua Olegário Maciel, 554, bairro Monte Santo, ocasião em que foi encontrado um tablete de maconha pesando, aproximadamente, 970g (novecentos e setenta gramas), em cima de um balcão de ferramentas, bem como uma balança de precisão no interior de um aspirador de pó e, ainda, um veículo Fiat Siena (fls. 2-4).

Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14-15), Laudo de Exame Preliminar de Constatação de Substância (fl. 38), Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 63-69).

Denúncia recebida em 22.4.2014 (fl. 98)

O processo seguiu regular instrução, com inquirição de testemunhas e interrogatório do acusado (fls. 122-123 e mídia de fl. 124), além do oferecimento das alegações finais do Ministério Público (fls. 130-133) e da defesa (fls. 136-149).

Concluída a instrução criminal, o magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o apelante nos termos do art. 33, caput, da Lei n° 11.343/06, da seguinte forma (fls. 164-166): após análise das circunstâncias judiciais, fixou a pena base em 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 1000 (mil) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, tornando-a definitiva.

Inconformado, o acusado apelou (fl. 170), pleiteando, em suas razões recursais (fls. 171-205), a improcedência da ação, com a absolvição do apelante. Alternativamente, pede a desclassificação para o delito de uso de entorpecente (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), com a exclusão da agravante da reincidência, ao argumento de que a condenação anterior seria por uso de entorpecente, o que não gera reincidência. Caso ultrapassada a desclassificação, pede a fixação da pena base no mínimo e a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, no seu grau máximo, com a consequente mudança do regime inicial de cumprimento de pena e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões ministeriais (fls. 244-247).

Instado a se manifestar, o douto Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento recurso (fls. 251-260).

É o relatório.

VOTO

1. Do juízo de admissibilidade recursal:

O recurso é tempestivo e adequado, eis que se trata de apelação criminal interposta dentro do prazo legal, além de não depender de preparo, por envolver o caso Ação Penal Pública, a teor da Súmula n° 24 do TJPB. Portanto, conheço do apelo.

2. Do mérito:

A pretensão recursal consubstancia-se nos moldes da contrariedade à sentença proferida pelo magistrado singular, pugnando pela improcedência da ação, com a absolvição do apelante. Alternativamente, pede a desclassificação para o delito de uso de entorpecente (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), com a exclusão da agravante da reincidência, ao argumento de que a condenação anterior seria por uso de entorpecente, o que não gera reincidência. Caso ultrapassada a desclassificação, pede a fixação da pena base no mínimo e a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas no seu grau máximo, com a consequente mudança de regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2.1 Do pedido de absolvição e da desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (uso de entorpecente):

Inicialmente, destaco que, ainda que o ato da venda não tenha sido presenciado, a quantidade e a forma como a substância entorpecente estava guardada, acondicionada de modo a facilitar a venda, são indicadores do intento da mercancia, impondo, assim, a classificação de tráfico e, não, de posse para simples uso (art.28 da Lei nº 11.343/06), como requer o apelante, uma vez que denotam a finalidade comercial da droga como trazido pela denúncia, que levou os policiais a averiguarem *in loco*.

A prisão do apelante se originou a partir de investigação da Polícia Federal, que requereu uma busca e apreensão no estabelecimento comercial, bem como, na residência do acusado.

Os policiais esclareceram que efetivaram a prisão em

flagrante do apelante, na oficina (ou lava jato) Motomar, ocasião em que lograram encontrar um tablete de maconha, pesando, aproximadamente, 970g (novecentos e setenta gramas) em cima de uma bancada de ferramentas, como, também, uma balança de precisão dentro de um aspirador de pó, tudo de acordo com as declarações prestadas em audiência em juízo, conforme mídia de fl. 124.

Na mesma ocasião, o acusado foi interrogado, afirmando que a droga lhe pertencia, porém, seria para consumo próprio, uma vez que era viciado em entorpecentes (mídia de fl. 124).

Também foi esclarecido que na residência do apelante foram encontrados bicarbonato de sódio e embalagens plásticas, fita adesiva transparente e rolo de papel filme, tudo descrito no Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14-15).

Ora, é de sabedoria notória que o delito de tráfico, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, encerra um vasto rol de figuras típicas, de maneira que a simples adequação da conduta do acoimado a uma delas torna irrefutável sua condenação nas sanções impostas naquele dispositivo legal.

Por outro lado, é de se notar que se trata, *in casu*, de crime contra a saúde pública, envolvendo perigo abstrato, em que a intenção do legislador é conferir a mais ampla proteção social possível.

Desse modo, diante dos sérios indícios e circunstâncias irretorquíveis do intuito do recorrente em comercializar a droga, resta a conclusão legítima de que a hipótese em exame contempla o fato típico de tráfico, insculpido no art. 33 da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar, assim, em absolvição ou desclassificação para o crime de uso próprio de substância entorpecente, dada a amplitude do conceito jurídico da mercancia ilícita de drogas, identificada como qualquer uma das atividades descritas na cláusula de múltipla tipificação do referido diploma legal.

Apresenta-se, pois, evidente, o fato criminoso, posto que, sendo crime formal, a mera realização do verbo previsto no modelo incriminador já se afigura suficiente para a adequada caracterização. Isso porque a configuração do delito contemplado não exige efetivo ato de comercialização, bastando – reitere-se – a prática de qualquer das condutas típicas ali enumeradas, mormente quando rodeada de circunstâncias que conduzam à inexorável conclusão de que a droga não tinha como finalidade exclusiva o consumo, tal como se verificou na vertente hipótese.

Nesse sentido, têm decidido, reiteradamente, as Cortes de Justiça, senão, vejamos:

"Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização". (*in* RT 714/357).

"... II- Surpreendidos com drogas, invertem-se os ônus da prova, logo impossível o acolhimento das teses defensivas ventiladas, pois sobejamente comprovadas circunstâncias que autorizam a conclusão de que os sentenciados portavam substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, para fins de mercancia. III- A comprovação de circunstâncias que denotam não ser a droga portada pelos apelantes destinada a consumo pessoal, nos termos do artigo 28, caput, da Lei nº 11.343/06, torna impossível o acolhimento da desclassificação para uso, conformepretendido pelas d.d. Defesas. ..." (TJMG; APCR 1.0433.13.022279-0/001; Rel. Des. Corrêa Carmargo; Julg. 10/03/2015; DJEMG 18/03/2015).

"APELAÇÃO TRÁFICO DE DROGAS RECURSO DEFENSIVO ABSOLVIÇÃO INADMISSIBILIDADE FIRMES E COESOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS GUARDAS MUNICIPAIS APREENSÃO DE 08 FLACONETES DE COCAÍNA NA POSSE DA ACUSADA E EM LOCAL PRÓXIMO A ELA VALIDADE DOS DEPOIMENTOS. DENÚNCIA ANÔNIMA DANDO CONTA DA TRAFICÂNCIA PRATICADA PELA APELANTE, COM A DESCRIÇÃO DAS VESTIMENTAS DESTA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DELITIVAS QUE EVIDENCIAM O COMERCIO ESPÚRIO. CONDENAÇÃO DE RIGOR. Desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28, da Lei nº 11.343/06 Inadmissibilidade Os elementos fáticos da ocorrência, aliados a potencialidade lesiva da droga, a quantidade incompatível com o consumo e a forma de acondicionamento dos entorpecentes, bem relevam a mercancia ilícita. ..." (TJSP; APL 3012985-09.2013.8.26.0320; Ac. 8265254; Limeira; Décima Primeira Câmara

de Direito Criminal; Rel. Des. Salles Abreu; Julg. 25/02/2015; DJESP 18/03/2015).

Sendo assim, pelas provas coligidas, pelo flagrante e pela apreensão da droga, vislumbro a ocorrência da figura penal do art. 33 da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para uso de entorpecente (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

A verdade material a positivar a existência do delito reputa-se cristalina, espelhada na prova técnica consistente nos Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14-15), Laudo de Exame Preliminar de Constatação de Substância (fl. 38), Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 63-69).

A autoria do ilícito, por sua vez, é revelada por um conjunto de circunstâncias e indícios irretorquíveis, que vão desde o estado flagrancial, os informes testemunhais colacionados aos autos e a prova técnica angariada.

Como se observa acima, friso que os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão são harmoniosos e verossímeis, narrando as circunstâncias em que o apelante foi preso.

Ademais, mesmo diante das afirmações hesitantes do censurado, pronunciadas em juízo, de que não é traficante, faz-se imperioso pontuar que a droga foi encontrada no interior de seu estabelecimento comercial, em embalagem plástica e pronta para facilitar o comércio, aliado ao fato de que, em sua residência, ainda foram encontrados bicarbonato de sódio e sacos plásticos, além do fato de que a Polícia Federal recebera denúncias e já vinha investigando o apelante e, em diligências, logrou prendê-lo em flagrante, com a ajuda da Polícia Militar.

Por sua vez, as testemunhas inventariadas pela defesa não trouxeram a lume nenhum elemento de prova capaz de ilidir, com robustez, a imputação que ora se erige sobre o apelante (mídia de fl. 124).

De mais a mais, não há dúvida quanto à validade e a veracidade dos testemunhos fornecidos pelos policiais que efetivaram a prisão em flagrante do denunciado e, conforme jurisprudência, "*O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.*" (TJMG; APCR 1.0611.14.003869-0/001; Rel. Des. Doorgal Andrada; Julg. 10/03/2015; DJEMG 18/03/2015).

Assim, quando os depoimentos dos policiais são confirmados pelo restante do conjunto probatório, como sói acontecer na vertente hipótese, a condenação torna-se medida adequada. E outro não é o entendimento dos Tribunais, como se pode ver destes julgados:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Negativa do réu que não se sustenta diante do conjunto probatório. Condição de usuário de drogas que não se comprova, bem como não impede a configuração simultânea das condutas de traficante. Depoimento de policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante. Apreensão da droga em poder do acusado. Validade dos depoimentos policiais desde que não infirmados por outros elementos de prova. Circunstâncias da apreensão que descortinam o intuito mercantil, forte sobretudo pela quantidade de porções devidamente embaladas e por serem dois os tipos de entorpecentes. Hipótese de desclassificação não evidenciada. Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida." (TJMG; APCR 1.0223.14.007393-1/001; Rel. Des. Corrêa Carmargo; Julg. 10/03/2015; DJEMG 18/03/2015)

> "APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. ... IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO. 1. A autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas. Substâncias entorpecentes encontradas na posse do réu. 2. Depoimento do policial civil harmônico e uníssono no sentido da responsabilização criminal do réu. Validade do seu depoimento, mormente quando submetido ao crivo do contraditório e corroborado pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Precedentes do STF e do STJ. ..." (TJSP; APL 0010381-62.2013.8.26.0309; Ac. 8237892; Jundiaí; Primeira Câmara Criminal

Extraordinária; Rel. Des. Airton Vieira; Julg. 09/02/2015; DJESP 16/03/2015).

Ao se analisar o lastro substancial carreado, apesar de, quando interrogado, o acusado haver negado a prática da traficância, vislumbra-se a intenção dolosa do apelante de, realmente, praticar o citado ilícito.

Esse fato apresenta-se confirmado, de forma inconteste, por todo o arcabouço probatório contido no caderno processual, demonstrando, por demais, o intuito nocivo de comercializar a substância entorpecente.

Dessa forma, se o álbum processual revela, incontestavelmente, a materialidade e a autoria, em adição ao conjunto de circunstâncias que permearam o acusado no momento da apreensão efetuada, há que se considerar correta e legítima a conclusão de que a hipótese em exame contempla o fato típico de tráfico, reprovado pelo art. 33 da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar, assim, em absolvição.

Portanto, não tem qualquer amparo legal a pretensão defensiva, uma vez que se ergue incólume, de todo o conjunto probatório colacionado, a intenção delitiva do recorrente de desenvolver atividade de mercancia, independentemente da efetiva materialização da *traditio* a outrem, razão pela qual, neste particular, o recurso deve ser improvido.

2.2. Da exclusão da agravante da reincidência e da redução da pena corporal e de multa, aplicando o redutor máximo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, com mudança de regime e substituição da pena corporal por restritiva de direitos:

Na presente hipótese, o juiz, após análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixou a pena base em10 (dez) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 1000 (mil) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, tornando-a definitiva.

Nossa jurisprudência já assentou o entendimento de que o magistrado deve fixar a pena de acordo com as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, como, de fato, o fez.

Depois, em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, para ser considerada pelo sentenciante, deve seguir critérios rígidos e observar, espcialmente, se: a) o agente é primário e de bons antecedentes, b) não se dedique às atividades criminosas e c) nem integre organização criminosa.

Ora, dos autos se conclui que o apelante foi condenado ao cumprimento de uma pena anterior de de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, com trânsito em julgado em 29.1.2008 (Antecedentes Criminais de fl. 49).

Assim, cai por terra todo o argumento de que a condenação anterior teria sido por uso de entorpecentes, como pretendia a defesa e, por isso mesmo, não geraria reincidência.

Ora, o magistrado, ao prolatar sentença de fls. 164-166, teve o cuidado de destacar que o acusado não era primário, e o fez com acerto, uma vez que a condenação anterior foi por crimes de tráfico e de associação para o tráfico e o apelante não havia cumprido a pena, portanto, esta não fora extinta, gerando, indicutivelmente, reincidência específica.

Vejamos trecho da decisão de fls. 164-166:

> "... O réu não é primário e com base no que se contém nos autos é possível afirmar que possua maus antecedentes.
> …
> Não incide, *in casu,* qualquer das circunstâncias atenuantes ou agravantes..."

E, na nota de rodapé, arrematou:

> "Deixo de aplicar a agravante da reincidência por já ter considerado nas circunstâncias judiciais quando da análise dos antecedentes criminais."

Desse modo, não há que se falar em exclusão da agravante da reincidência posto que a sentença condenatória foi editada em estrita observância aos ditames legais, não merecendo qualquer reparo.

No que respeita à substituição da punição carcerária por restrições de direitos, o Plenário do STF, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, declarou, incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4° do artigo 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", constante do artigo 44, ambos da Lei nº 11.343/06, mostrando-se possível a conversão da sanção corporal por medida restritiva de direitos, <u>sempre que atendidos aos requisitos do art. 44 do Código Penal.</u>

Entretanto, no presente caso, não carece reforma a decisão de primeiro grau, especialmente porque não foram obedecidos os requisitos

do art. 44 do CP, nem quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, não merecendo tecer maiores comentários.

Assim justificou o nobre magistrado:

> "Não há causas de aumento de pena a se aplicar a este caso concreto, bem como não incide quaisquer causas de diminuição de pena a se aplicáveis. Deixo de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, em razão dos antecedentes criminais do réu que, uma vez condenado pelo mesmo crime de tráfico não se redimiu com as penas a si impostas, insistindo na delinquência, fazendo do crime um modo de vida habitual. Assim, não é merecedor de qualquer benefício redutor da pena, razão pela qual **à míngua de quaisquer circunstâncias a considerar, torno a pena definitiva em 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 (mil) dias-multa**." (destaques originais).

5. Conclusão

Ante todo o exposto, em harmonia com o parecer do Procurador de Justiça, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Presidiu ao julgamento, com voto, o Desembargador Joás de Brito Pereira Filho, dele participando, além de mim, Relator, o Dr. Marcos William de Oliveira (Juiz de Direito convocado para substituir o Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos).

Presente à sessão de julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Amadeus Lopes Ferreira, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões "Des. Manoel Taigy de Queiroz Melo Filho" da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, aos 31 (trinta e um) dias do mês de março do ano de 2015.

João Pessoa, 31 de março de 2015

José Guedes Cavalcanti Neto
Juiz de Direito Convocado
- Relator -