PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA

ACÓRDÃO
Apelação Criminal n. 0124211-15.2016.815.0371
RELATOR: Dr João Batista Barbosa, Juiz convocado em substituição ao Des. João Benedito da Silva
ORIGEM: 6ª Vara da comarca de Sousa
APELANTE: Moisés Alves Fernandes
ADVOGADO: João Marques Estrela e Silva
APELADO: Justiça Pública Estadual

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR. NULIDADE DO FEITO. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 55 DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. QUESTÃO QUE NÃO FOI SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE NÃO CONTESTA A PROPRIEDADE DA DROGA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DEMONSTRAM A FINALIDADE MERCANTIL DO ENTORPECENTE. RECURSO DESPROVIDO.

Verifica-se a ausência de demonstração de prejuízo à defesa pela inobservância do rito previsto no art. 55 da Lei nº 11.343/2006, motivo pelo qual descabe falar em nulidade do feito.

Esclarece o §2º do artigo 28 que para se concluir destinar-se a droga apreendida para ao consumo pessoal, ou não, deve o magistrado se ater à natureza e a quantidade do material ilícito, além do local e das condições em que se desenvolveu

o flagrante, entre outras circunstâncias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados;

ACORDA a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR, E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO, NOS TERMOS DO RELATOR, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.**

RELATÓRIO

Cuida-se de **Apelação Criminal** (fl. 141) manejada por **Moisés Alves Fernandes** face a sentença de fls. 129/132v., proferida pelo **Juízo da 6ª Vara da comarca de Sousa/PB**, que, julgando **procedente** a pretensão punitiva estatal, o **condenou** a uma pena de **05 (cinco) anos de reclusão,** em **regime aberto,** além de **500 (quinhentos) dias-multa** pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (**art. 33 da Lei n.º 11.343/06)**.

Em suas razões recursais (fls. 344/349), o Apelante pleiteia, **preliminarmente**, pela nulidade do feito, por não ter sido notificado para oferecimento de defesa prévia, nos termos do art. 55 da Lei 11.343/06.

No **mérito**, pugna pela pela absolvição. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da referida norma, alegando que a droga apreendida era destinada a consumo próprio.

Contra-arrazoando (fls. 162/165), o Representante do Ministério

Público *a quo* pugnou pela manutenção da sentença objurgada.

A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer (fls. 171/175), por intermédio do Procurador Álvaro Gadelha Campos, opinando pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O **Representante do Ministério Público *a quo*** ofereceu denúncia em desfavor de **Moisés Alves Fernandes,** dando-o como incurso nas sanções penais do **art. 33 da lei nº 11.343/06**.

Conforme se dessume da peça acusatória, no início da manhã do dia 03/06/2016, durante a Operação “NARCOS”, agentes policiais que davam cumprimento a mandado de prisão do acusado e de busca e apreensão em sua residência, encontraram, no interior do imóvel, 07 (sete) papelotes de maconha e dois aparelhos celulares, sendo que em um dos telefones foram verificadas conversas, via Whatsapp, nas quais o acoimado comercializava drogas.

Interrogado em sede policial (fls. 06/07), o acusado asseverou que o entorpecente apreendido era utilizado para consumo próprio.

Laudo de constatação toxicológica, às fls. 90/91.

O Laudo de Exame de Análise de Conteúdo Gravado, realizado no aparelho celular do denunciado (fls. 100/105), registrou apenas arquivos de áudio (músicas) que estavam gravadas na memória do aparelho periciado, contudo, **não** registrou eventuais diálogos oriundos de aplicativos de trocas de

mensagens (Whatsapp ou outros).

Devidamente instruído o feito, veio o juízo singular a julgar **procedente** a pretensão punitiva estatal, condenando o acusado, a uma pena 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa.

Aplicada a detração, nos termos do art. 387, §2º, do CP, o magistrado fixou o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda corpórea.

Irresignado, os apelantes vêm pugnar pela reforma do *decisum.* Preliminarmente, suplica pela nulidade do feito, por não ter sido notificado para oferecimento de defesa prévia, nos termos do art. 55 da Lei 11.343/06. No mérito, pugna pela pela absolvição. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da referida norma, alegando que a droga apreendida era destinada a consumo próprio.

Analisemos, então, as alegações produzidas pelo recorrente.

1. DA PRELIMINAR – INOBSERVÂNCIA AO RITO ESPECIAL DA LEI 11.343/06

O recorrente vem postular pela nulidade do feito processual, alegando que, após o oferecimento da denúncia, o juízo de origem não oportunizou a apresentação de defesa prévia, conforme o comanda o art. 55 da Lei Antitóxicos.

No entanto, a preliminar não merece ser acolhida

É que a inobservância ao rito dos art. 55 da Lei nº 11.343/06 gera nulidade relativa, a qual, além de exigir **arguição em momento oportuno**,

deve ser **precedida da demonstração do prejuízo sofrido.**

Nessa senda:

> PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA SEM AUTORIZAÇÃO DO PACIENTE E SEM MANDADO. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. NULIDADE PELA INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. ILEGALIDADE CONSTATADA. RECURSO PROVIDO. 1. No que tange à ilicitude da prova, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio. 2. **Ausente prejuízo à defesa na inobservância do rito previsto no art. 55 da Lei nº 11.343/2006, que determina o recebimento da denúncia somente após a apresentação da defesa preliminar, não cabe a declaração de nulidade do ato, nos termos do art. 563 do CPP.** 3. Não apresenta fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, quando se verifica apenas a referência às circunstâncias já elementares do delito, valendo-se de fundamentação abstrata e com genérica regulação da medida cautelar penal, evidenciando a ausência de fundamentos para o decreto prisional. 4. A não localização do réu ou impossibilidade de comunicação, unicamente considerados, não justificam inaplicação da lei penal. Precedentes. 5. Recurso em Habeas corpus provido, para soltura da recorrente, GABRIELLE PAULA SILVA DE OLIVEIRA, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão processual. (Recurso em Habeas Corpus nº 77.419/RJ (2016/0276484-3), 6ª Turma do STJ, Rel. Nefi Cordeiro. DJe 13.12.2016).

> APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS,

VIOLAÇÃO AO ARTIGO 55 DA LEI 11.343/06, OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - **TESES PRELIMINARES RECHAÇADAS** - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/106 - VEDAÇÃO LEGAL - DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO - NECESSIDADE - DECOTE DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE - POSSIBILIDADE PARA O DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE AOS MÍNIMOS LEGAIS - IMPOSSIBILIDADE - DECOTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - VIABILIDADE PARA UM ACUSADO - AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 62, I, DO CÓDIGO PENAL - INVIABILIDADE - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - NÃO RECONHECIMENTO - CONCURSO FORMAL DE CRIMES - INOCORRÊNCIA - ABRANDAMENTO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA - INVIABILIDADE - RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS - NECESSIDADE - REDUÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - VIABILIDADE - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO - AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. Verificado que a interceptação telefônica foi obtida por meio lícito, dentro das disposições da Lei 9.296/96 e em respeito aos princípios constitucionais que regem a matéria, não há que se falar em mácula processual. **A inobservância do rito específico da Lei de Tóxicos não torna nulo o processo, nem ofende os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando não houver prejuízo decorrente da inversão da ordem processual.** Se a dosimetria da pena for feita de forma escorreita, não há que se falar em ofensa ao princípio da individualização da pena. Diante da prova segura da autoria e da materialidade dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, é impossível absolver os réus. É vedada a aplicação da benesse prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 quando os acusados tiverem sido condenados pelo crime de associação para o tráfico, pois tal fato prova que eles se dedicam a atividades criminosas. Conforme a jurisprudência pacífica das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração da

> causa de aumento da pena prevista no artigo 40, III, da Lei de Tóxicos é necessário que haja efetiva comercialização de entorpecentes no interior do transporte público. O mero transporte de entorpecentes em ônibus não justifica o reconhecimento da causa de aumento da reprimenda. Havendo prova de que os réus praticaram o tráfico entre o Distrito Federal e Minas Gerais, é necessário manter a causa de aumento da pena do artigo 40, V, da Lei 11.343/06. É imperioso decotar a majorante se o delito de associação para o tráfico não tiver sido cometido nessas mesmas circunstâncias. Os maus antecedentes do réu impedem a redução das penas basilares para os menores patamares. Se o acusado tiver mais de uma condenação definitiva por crime anterior ao em tela é descabido o pleito de decote da agravante da reincidência. A condenação por fato posterior não configura a agravante da reincidência. Comprovado que o acusado dirige a atividade dos demais réus, a manutenção da agravante do artigo 62, I, do Código Penal é necessária. Se o réu confessou parcialmente os fatos, mas a confissão não foi utilizada como fundamento para condená-lo, não há como reconhecer a atenuante. Não há que se falar em aplicação do concurso formal de crimes em detrimento do concurso material se o acusado, mediante mais de uma ação, praticar dois crimes. O quantum das penas inviabiliza o abrandamento do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. A absolvição do réu e a ausência de prova de que os bens apreendidos têm ligação com prática criminosa impõem a restituição. É viável reduzir o valor da prestação pecuniária para guardar proporção (Apelação Criminal nº 0178358-84.2008.8.13.0093 (1), 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Flávio Leite. j. 05.09.2017, Publ. 11.09.2017).

Na espécie, não se verifica nenhum prejuízo sofrido pelo acusado, decorrente da inobservância do rito especial da Lei Antidrogas, haja vista que olhe foi conferido o execício da ampla defesa e do contraditório durante toda o curso processual.

De outra banda, o réu arguiu tal tese, tão somente, em sede de alegações finais, quando deveria tê-lo feito na primeira oportunidade em que se

manifestou nos autos, ou seja, na apresentação de sua resposta escrita à acusação.

Assim, se não restou demonstrado prejuízo sofrido pelo réu, bem como por não ter sido, tal pleito, suscitado no momento oportuno, não há como acolher a tese preliminar.

Por tais razões, **rejeito a preliminar arguida**.

2. DO MÉRITO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO E DESCLASSIFICATÓRIO.

No mérito, o apelante vem pugnar pela absolvição, ou, alternativamente, pela desclassificação do delito de tráfico (art. 33) para o crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28).

Em suas razões, aduz, o acusado, que os papelotes de maconha aprendidos pela força policial eram para consumo próprio.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelo Laudo de Constatação Toxicológica (fls. 90/91). Quanto à autoria, o acoimado, **tanto em sede policial como em juízo**, **assumiu** ser proprietário da droga apreendida na residência onde se encontrava quando foi preso em flagrante, negando, contudo, que aquela era destinada à mercância.

Desse modo, se o próprio denunciado **não** contestou (em nenhum momento processual, sequer nas razões do presente apelo) a propriedade do produto ilícito que fora encontrado em sua residência, o pedido de absolvição é notavelmente conflitante com suas alegações recursais, razão pela qual, deve ser rechaçado.

O cerne da questão, portanto, é estabelecer se o delito praticado

pelo ora recorrente amolda-se ao ilícito penal pelo qual fora condenado, ou se deve ser procedida a desclassificação para crime diverso.

Pois bem. Conforme já fora dito, o acusado, tanto em sede policial como na fase judicial, sustentou que não comercializava entorpecentes. Interrogado pelo juízo sentenciante, relatou o seguinte:

> Que já foi preso, processado e condenado pela prática de delito de roubo; que não são verdadeiras as acusações que lhe são imputadas; que foi preso quando dormia na casa de sua sogra; que a droga encontrada na casa de sua sogra era de sua propriedade, destinada para consumo próprio; que não comercializa drogas; que as conversas em seu celular, verificadas pela polícia civil, não versava sobre comercialização de drogas; que, no diálogo, um amigo do interrogado, de nome Igor, o convidava para fumarem maconha; que nunca negociou drogas; que havia levado a maconha para a casa de sua sogra para consumir; que havia comprado 10 (dez) papelotes de drogas, utilizou 3 (três), e o restante foi apreendido pela Polícia Civil; que comprou a droga a um desconhecido; que comprou cada papelote por R$ 5,00 (cinco reais).
> ***(Interrogatório Judicial do Acusado – mídia audiovisual de fl. 50)***

Não obstante, sua versão não se coaduna com os demais elementos do arcabouço probatório.

Os policiais civis **Hermes Cezar Limaverde Starkey** e **Eliel Tiburtino Leite**, quando prestaram depoimento, por meio de carta precatória (mídia audiovisual – fl. 79), relataram que o acusado é **conhecido como traficantes de drogas**; e que foi verificada a existência de **conversas registradas em seu celular, nas quais comercializava entorpecentes.**

> Que participou da Operação “Narcos”, realizada pela Polícia Civil, dando cumprimento a mandados de prisão e de busca de apreensão; que, na ocasião, deu

> cumprimento a mandado de prisão do denunciado; que, na companhia dos demais policiais que participavam da operação, realizaram busca no imóvel e encontraram certa quantidade de maconha, que estava escondida em baixo de um armário, além de dois aparelhos celulares; que os celulares pertenciam ao denunciado; **que os policiais acessaram as mensagens contidas nos celulares e constataram diálogos que versavam sobre comercialização de entorpecentes, por meio do aplicativo Whatsapp; que, pelo contexto dos diálogos, o acoimado estava negociando a venda de drogas a um indivíduo desconhecido**, utilizando-se de gírias conhecidas no mundo do crime.
> ***(Depoimento Judicial prestado pelo Policial Civil Hermes Cezar Limaverde Starkey - mídia audiovisual de fl. 79)***
>
> Que participou da Operação "Narcos", realizada pela Polícia Civil, dando cumprimento a mandados de prisão e de busca de apreensão; que, na ocasião, deu cumprimento a mandado de prisão do denunciado; que adentrou no imóvel, deu voz de prisão ao acusado, e passou a empreender buscas na residência; que, durante a averiguação no imóvel, a força policial encontrou 7 (sete) papelotes de maconha sob um armário; que os policiais também apreenderam dois aparelhos celulares na residência, os quais o censurado assumiu ser proprietário; que os policiais acessaram as mensagens contidas nos celulares e constataram diálogos que versavam sobre comercialização de entorpecentes, por meio do aplicativo Whatsapp; **que, segundo as informações dos demais policiais, o acoimado é conhecido como traficante da região** e já tinha outras passagens pela polícia.
> ***(Depoimento Judicial prestado pelo Policial Civil Eliel Tiburtino Leite - mídia audiovisual de fl. 79)***

Vê-se, portanto, que a tese defensiva encontra-se isolada nos autos, não podendo, portanto, ser acolhida, haja vista que os relatos fornecidos pelos agentes estatais que participaram da prisão do acusado, demonstram que a droga apreendida era destinada à mercância.

Ademais, há de se destacar que os relatos fornecidos pelo

acusado, durante seu interrogatório judicial, carecem de verossimilhança.

Isso, porque, ao ser questionado pela causídica que patrocinava sua defesa durante aquele ato processual, sobre a quantidade de droga que consumia por dia, o valor que gastava por mês em entorpecentes e quanto percebia mensalmente em seu trabalho, o acusado respondeu que fumava cerca **5 (cinco) papelotes de maconha por dia**, que recebia **R$ 200,00 (duzentos reais) mensais** em seu labor de servente de pedreiro, e que gastava cerca de **R$ 70 (setenta reais) todo mês na compra de drogas** para consumo próprio.

Ora, se o próprio acusado relatou que pagava **R$ 5,00 (cinco reais) por porção** de maconha e que fumava cerca de **5 (cinco) porções todos os dias,** seu gasto **diário** seria de **R$ 25,00** (vinte e cinco reais), já seu gasto **mensal** seria em torno de **R$ 750,00** (setecentos e cinquenta reais), valor totalmente incompatível com aquele que relatou perceber por mês.

Desse modo, diante das alegações pálidas e conflitantes do acusado, confrontada pela fala consistente e uníssona dos policiais que realizaram sua prisão, esta deve ser recepcionada em detrimento daquela.

Outrossim, importante frisar que, **apesar de ser pequena a quantidade de droga apreendida** (4,80 gramas de maconha), as demais circunstâncias que circundam o fato (***1*** entorpecente que estava escondido sob um armário, ***2*** apreendido na residência de agente que é apontado como traficante de drogas, ***3*** cujo aparelho celular continha diálogos tratando sobre a venda daquela droga) demostram que estas eram **destinadas à mercância**, e, portanto, fulmina a tese defensiva.

Assim, verificando as peculiaridades do caso em comento, tenho que resta devidamente caracterizado o delito de tráfico de drogas, sendo

incabível a desclassificação postulada.

Vê-se, assim, que o decreto condenatório fundou-se em elementos concretos dos autos, não cabendo falar que não restou demonstrada a finalidade de mercância na conduta do censurado.

Insta salientar que a decisão hostilizada não se limitou em alicerçar o édito condenatório tão somente nos testemunhos dos policiais, mas, sim, com a observância da induvidosa materialidade do delito em tela, sendo certo que a negativa de autoria por parte do recorrente, por si só, não desautoriza a condenação, se persistirem no caderno processual os elementos de prova contundentes em seu desfavor.

Desta forma, a condenação, no caso em atento, é medida imperiosa, por existir nos autos um conjunto probatório harmônico e consistente para tanto, não havendo que se falar em desclassificação do crime de tráfico ilícito para o de consumo pessoal descrito no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06.

É que, diante do que fora colhido no caderno processual, a pretensa desclassificação do delito para uso, previsto no artigo 28 da referida lei, não merece ser acolhida, uma vez que o elenco probatório conseguiu demonstrar de forma inequívoca a materialidade e autoria do crime de tráfico previsto no art. 33, caput da Lei n.º 11.343/06.

Portanto, **desacolho o pedido desclassificatório.**

Forte em tais razões, **REJEITO A PRELIMINAR ARGUIDA** e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO AO APELO.** Oficie-se.

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho, Presidente da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Batista Barbosa (Juiz de Direito com jurisdição limitada em substituição ao Exmo. Sr. Des João Benedito da Silva) e Márcio Murilo da Cunha Ramos. Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Amadeus Lopes Ferreira, Promotor de Justiça.

Sala de sessões da Câmara Criminal “Des Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, aos 08 (oito) dias do mês de março de 2018.

Dr. João Batista Barbosa
R E L A T O R – Juiz Convocado