

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

2ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO Nº 0006487-49.2013.8.19.0026

APELANTE: ZENILTON OLIVEIRA DE SOUZA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATOR: DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO

RELATORA (Designada): KATIA MARIA AMARAL

APELAÇÃO. Artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, em concurso material. Agente condenado porque, livre e conscientemente, tinha guardado, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de mercancia, 412,8 gramas de cloridrato de cocaína, prensados em um tablete, estando associado a seu irmão, Grimaldo, para a prática do nefasto comércio. **RECURSO DEFENSIVO.** Absolvição. Redução das penas-base aos mínimos legais. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da referida lei. Abrandamento do regime prisional.

1 – Ausência de dúvidas acerca da materialidade e da autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, à vista a segura prova oral produzida, além da grande quantidade de droga apreendida, somada às demais circunstâncias da prisão - em decorrência de denúncias anônimas dando conta da ocorrência de endolação e armazenamento de entorpecentes, sendo o local conhecido como ponto de venda de drogas-, além do fato de terem sido apreendido material para endolação, indicam destinava-se o entorpecente ao tráfico ilícito, elementos suficientes a invalidar o pedido de absolvição pelo delito do artigo 33, da Lei 11.343/06. Note-se que, não se mostra necessária a existência de provas de atos de mercancia, até porque, o verbo do tipo imputado ao ora apelante, foi o de “ter

guardado”, o que se demonstrou à saciedade. Aplicação da Súmula 70, desse Tribunal.

2 - Por outro lado, para a configuração do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06 é imprescindível a verificação do elemento subjetivo do tipo, qual seja o *animus* associativo, consubstanciado na convergência de vontade dos agentes em se unirem de forma reiterada ou não, com a finalidade de exercer o referido comércio, o que, no caso concreto, não ficou evidentemente comprovado. Com efeito, o fato de o agente ser preso em flagrante, porque guardava e mantinha em depósito material entorpecente, não autoriza a conclusão de que estivesse associado ao irmão “Naldo”, que sequer foi denunciado, porquanto não configurada a necessária *affectio societate* com este, sem qualquer prova produzida no sentido de que havia o ânimo de se reunirem com habitualidade, para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

3 - Se as penas-base foram, acertadamente, fixadas acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 6 meses de reclusão e 600 DM, à consideração da anotação da FAC, relativa a condenação anterior, por tráfico de drogas, entretanto, com punibilidade já extinta, do que se extrai tratar-se de réu com personalidade desvirtuada, além da quantidade de droga apreendida, em observância às diretrizes do artigo 42, da Lei 11.343/06, nenhum reparo há que ser feito.

4 - Diante os elementos colhidos na instrução, os quais indicam o envolvimento do acusado em atividade criminosa, o que se vislumbra das circunstâncias da prisão, e da apreensão de grande quantidade de droga, tudo a evidenciar o seu envolvimento em atividade criminosa, incompatíveis com um agente iniciante no nefasto comércio, ou com um traficante eventual, impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

5 - Incabível o abrandamento do regime prisional para o semiaberto. No que diz respeito ao delito de tráfico ilícito de drogas é crime equiparado a hediondo, cumprindo aplicar-se os ditames da Lei 8.072/90, que em seu artigo 2º, §1º, impõe o regime prisional inicialmente fechado, justamente, pela maior reprovabilidade que merecem tais condutas, independentemente da pena aplicada. Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado. Ocorre que, no caso dos autos, a quantidade de droga, as circunstâncias da prisão estão a amparar o regime inicial fechado.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006487-49.2013.8.19.0026, em que é Apelante Zenilton Oliveira de Souza e Apelado o Ministério Público, em Sessão realizada em 07 de junho de 2016, **ACORDARAM, POR MAIORIA**, os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora Designada, vencido o Desembargador Antonio José Ferreira de Carvalho, que negava provimento.

VOTO

A condenação do ora apelante decorreu do fato de que, 18/09/2010, livre e conscientemente, tinha guardado, em um terreno de casa abandonada, para fins de

tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 412,8 gramas de cloridrato de cocaína, prensados em um tablete.

Segundo a denúncia, o recorrente estaria, de forma livre e consciente, associado a seu irmão, Grimaldo de Souza, vulgo “Naldo”, com a fim de praticar o delito de tráfico ilícito de drogas, salientando que, ambos chefiavam o tráfico no bairro de Surubi, cidade de Itaperuna, encontrando-se o comparsa preso.

Inicialmente, há que se ressaltar que se mostra prejudicado o pleito de concessão de liberdade para recorrer, porquanto o réu está solto.

Inconteste a materialidade do crime de tráfico ilícito de drogas, pelos Laudos de Exame em Material Entorpecente (Docs. 00007 e 00031), pelo Auto de Apreensão (Doc. 000019), pelo Laudo de Exame em Material (Doc. 00046), não havendo dúvidas sobre a autoria, à vista da segura prova oral colhida no decorrer do processo.

À Autoridade Policial, o recorrente negou a imputação, relatando que *“não considera que tem o apelido de Preto, que algumas pessoas da comunidade onde vive o chamam assim, que no dia de hoje foi abordado por policiais militares na saída de um viela no bairro Surubi, Que esclarece que a referida viela existem várias casas com moradores; que os policiais pediram ao declarante para aguardar próximo a viatura, que aproximadamente 30 minutos após os policiais retornaram com uma sacola, que o declarante não sabia o que havia no interior da sacola, que foi conduzido à delegacia sem saber o que havia no interior da sacola, que foi informado de que não estava sendo acusado de nada e que seria conduzido à delegacia para prestar declarações; Que não tem conhecimento da casa abandonada onde foi encontrada a droga, que fica a mais de 150 metros do local onde foi abordado; Que desconhece a origem e propriedade da droga”* (Doc. 00020).

Ao ser interrogado, negou novamente a prática dos delitos. Disse foi abordado na saída da “confecção” em que sua esposa trabalhava, tendo encontrado com uma pessoa conhecida, de nome Pedro, e estavam conversando, quando policiais o abordaram e o revistaram, mandando Pedro ir embora, sendo que, depois de 40 minutos, os policiais retornaram da viela e o levaram para a Delegacia, dizendo que era apenas para averiguação de denúncia. Disse viu uma sacola em poder dos policiais, mas não lhe foi

apresentada qualquer droga apreendida, e que não estava com as mãos sujas de terra, uma vez que havia ajudado a esposa na confecção. Relatou ser irmão de “Naldo”, que está preso, aduzindo que, conhece a casa em que a droga foi apreendida, porém, não tinha acesso a ela, sendo seu apelido, desde a infância, “Preto” (gravação audiovisual).

Todavia, sua versão não encontra amparo na prova produzida.

Por isso que, o Policial Militar Rodrigo Dias Ferreira, corroborando as declarações extrajudiciais, relatou em Juízo que, em apuração à informação, recebida pelo disque-denúncia, dando conta de que indivíduo de vulgo “Preto” endolava e enterrava droga atrás de uma casa abandonada, pelo que se dirigiu ao local com sua guarnição, sendo que, ao se aproximarem do beco indicado, onde já foram feitas outras apreensões de drogas, observaram o réu saindo e o abordaram, mas nada foi apreendido em sua posse, entretanto, sentiram um forte odor de cocaína, estando o réu com as mãos sujas de terra, pelo que lhe pediram que os aguardasse, enquanto revistaram uma das casas daquele beco, do qual o apelante havia saído, asseverando que, apreenderam um tablete de cocaína enterrado atrás da casa e material para endolação, explicando que no local havia marcas alusivas à facção criminosa TCP. Ressaltou que, na época, o tráfico na área era chefiado por “Naldo”, irmão do recorrente, que era seu braço direito. Contou que o réu não admitiu a propriedade da droga. Aduziu que, o local é composto de dois becos, sendo um principal e composto por várias casas, e outro secundário onde havia somente a casa abandonada, tendo o réu sido visto saindo deste beco (Docs. 000017/ 000064 e gravação audiovisual).

Seu depoimento foi integralmente ratificado pelas declarações do colega de farda Gleidson Prevatto Rocha (Docs. 000015/000062 e gravação audiovisual).

A Defesa ouviu, em favor do réu, a testemunha Pedro Antônio Martins Vieira, morador da localidade em que ocorreu a prisão, a qual corroborou a versão defensiva. Contou estava conversando com o réu, quando os policiais chegaram, dispensando o depoente e detendo o apelante, cuja conduta elogiou (gravação audiovisual). Porém, nada mais falou em benefício do réu.

Frise-se, não há mais que se discutir a validade dos depoimentos dos agentes públicos responsáveis pela prisão, se coerentes entre si e com o conjunto

probatório, incidindo na hipótese, o entendimento consolidado nos Tribunais, inclusive nesse, por meio da Súmula 70.

Desse modo, a segura prova oral produzida, além da grande quantidade de droga apreendida, somada às demais circunstâncias da prisão - em decorrência de denúncias anônimas dando conta da ocorrência de endolação e armazenamento de drogas, sendo o local conhecido como ponto de venda -, além do fato de ter sido apreendido material para endolação, indicam destinava-se o entorpecente ao tráfico ilícito, elementos suficientes a invalidar o pedido de absolvição pelo delito do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Vale ressaltar que, para a caracterização do delito tipificado no artigo 33, da Lei 11.343/06, não se mostra necessária a existência de provas de atos de mercancia, até porque, o verbo do tipo imputado ao ora apelante, foi o de “ter guardado” o material entorpecente apreendido, o que se demonstrou à saciedade.

Por outro lado, para a configuração do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06 é imprescindível a verificação do elemento subjetivo do tipo, qual seja o *animus* associativo, consubstanciado na convergência de vontade dos agentes em se unirem de forma reiterada ou não, com a finalidade de exercer o referido comércio, o que, no caso concreto, não ficou evidentemente comprovado.

Com efeito, o fato de o agente ser preso em flagrante, porque guardava e mantinha em depósito material entorpecente, não autoriza a conclusão de que estivesse associado ao irmão “Naldo”, que sequer foi denunciado, porquanto não configurada a necessária *affectio societate* com este, sem qualquer prova produzida no sentido de que havia o ânimo de se reunirem com habitualidade, para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

Note-se que, dos Disque denúncias acostados aos autos, somente um deles é anterior aos fatos ora julgados (Docs. 000142, 000143, 000146, 000148, 000150, 000151).

Ademais, não se mostra suficiente, para a prolação do decreto condenatório, a ilação de que, se o réu realizava o tráfico ilícito de drogas em localidade dominada por facção criminosa, fatalmente estaria a ela associado. A se aceitar tal assertiva, estar-se-á admitindo uma condenação, sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que, não estava associado a outrem, para a prática de tráfico ilegal de drogas.

Nesse viés, a absolvição do apelante quanto ao crime do artigo 35, da Lei 11.343/06 é medida que se impõe.

Quanto aos pleitos alternativos, o apelo defensivo não merece prosperar.

Atento às diretrizes do artigo 42, da Lei 11.343/06, o Magistrado sentenciante, acertadamente, fixou as penas-base acima do mínimo legal, em 5 anos e 6 meses de reclusão e 600 DM sob os seguintes fundamentos:

“Em relação ao crime de tráfico de drogas, considerando as diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal e aquelas apontadas no artigo 42 da Lei de Drogas, em especial a existência de outra anotação na folha penal do acusado (fls. 67) e a significativa quantidade de substância entorpecente, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, no menor valor, definitivamente, em razão da inexistência de outras causas de aumento ou de diminuição da pena, não fazendo jus ao benefício contido no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, na medida em que será condenado por associação criminosa” (Doc. 00237).

Note-se que, consta da FAC do réu (Doc. 00075) outra condenação (Processo nº 1377.89.2001.8.19.0026), por violação dos artigos 12 e 14, ambos da Lei 6.368/76 com penas de 3 anos de reclusão, em regime fechado, e 50 DM e, 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 50 DM, respectivamente, e, ainda, pelo artigo 10, da Lei

9.437/97, fixada a pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, e 10 DM, por sentença transitada em julgado em 03/06/2002, já extinta a punibilidade, do que se extrai, trata-se de agente com personalidade desvirtuada.

Ademais, a quantidade de droga é significativa.

Assim, nenhum reparo há que ser feito na pena.

No que diz respeito à aplicação da causa de diminuição descrita no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, o mencionado dispositivo é claro quanto aos requisitos para operar-se a redução das penas, referindo-se, não somente, à primariedade e bons antecedentes do agente, mas, também, ao seu não envolvimento em atividade ou organização criminosa e, na presente hipótese, o acusado não os preenche em sua integralidade.

Com efeito, os elementos colhidos na instrução, indicam o envolvimento do acusado em atividade criminosa, o que se vislumbra das circunstâncias da prisão, e da apreensão de grande quantidade de droga, além de ostentar outra condenação por tráfico de drogas, tudo a evidenciar o seu envolvimento em atividade criminosa, incompatíveis com um agente iniciante no nefasto comércio, ou com um traficante eventual, deixando sem amparo a pretendida redução de penas.

Quanto ao pleito de abrandamento do regime prisional para o semiaberto, temos que, de acordo com o artigo 5º, XLIII, da Constituição da República, o crime de tráfico ilícito de drogas, é equiparado a hediondo, cumprindo, pois, aplicar os ditames da Lei 8.072/90, que em seu artigo 2º, §1º, impõe o regime prisional inicialmente fechado, justamente, pela maior reprovabilidade que merecem tais condutas, independentemente da pena aplicada.

Note-se que, com o advento da Lei nº 11.464/07, a redação original do aludido dispositivo foi alterada e, por conseguinte, passou-se a permitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, mas com a ressalva de que a pena deve ser *“cumprida inicialmente em regime fechado”*.

Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado.

Ocorre que, no caso, a quantidade de drogas, as circunstâncias da prisão, além de outra condenação, dados concretos, estão a sugerir que eventual abrandamento do regime prisional não surtirá o efeito necessário à ressocialização do ora apelante e, ainda, como resposta satisfatória à sociedade.

Importa salientar que, se trata de crime que vêm gerando maior instabilidade em nosso meio social a cada dia, levando medo, violência e intranquilidade a todos, clamando-se por medidas mais eficazes ao restabelecimento da ordem pública, pelo que deve a pena ser cumprida inicialmente em regime fechado, como bem fixado na sentença, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda.

Sobre o assunto trago à colação o seguinte julgado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/ 06, NA FORMA DO ART. 29, DO CÓDIGO PENAL (EMERSON) E ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/ 06 (ALEXANDRE). CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. PE-DIDO ABSOLUTÓRIO COM BASE NA NEGATIVA DE AUTORIA E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INOCOR-RÊNCIA. PROVA FIRME E ROBUSTA. DEPOIMEN-TO POLICIAL. INTELIGÊNCIA DO VERBETE N.º 70 DO E. TJERJ. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE TRÁFICO PARA AQUELA PREVISTA NO ARTIGO 37 DA MESMA LEI. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILI-DADE. MUITO MAIS DO QUE UM MERO COLABO-RADOR, OU SEJA, AQUELE QUE FICA EM POSIÇÃO ESTRATÉGICA PARA INFORMAR ACERCA DA ENTRADA E MOVIMENTAÇÃO DE POLICIAIS E TRAFICANTES RIVAIS NA COMUNIDADE, ESTAVA O APELANTE EMERSON PRATICANDO A VENDA DE

ENTORPECENTE NA COMPANHIA DE OUTRAS PESSOAS, NA SITUAÇÃO PRIVILEGIADA DE RE-CEPTOR DE INFORMAÇÕES. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INC. VI, DA LEI 11343/03. O CONJUNTO PROBATÓRIO APONTA A PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES NA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO. A REFERIDA CAUSA DE AUMENTO TEM NATUREZA OBJETIVA, POR-QUANTO PARA A SUA APLICAÇÃO BASTA A COM-PROVAÇÃO DO ENVOLVIMENTO, AINDA QUE EVENTUAL, DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE NO DELITO EM QUESTÃO, O QUE OCORREU IN CASU. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DI-MINUIÇÃO PREVISTA NO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE. VASTA QUANTIDADE E NATUREZA DISTINTA DOS ENTORPECENTES (COCAÍNA E MACONHA) DE-MONSTRANDO QUE O APELANTE SE DEDICA À ATIVIDADES CRIMINOSAS, NÃO SE TRATANDO DE TRAFICANTE EPISÓDICO. ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME INICIALMENTE FECHADO FIXADO NA SENTENÇA. EXPRESSO MANDAMENTO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO OU "SURSIS". QUANTITATIVO DA PENA IMPEDE A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA. DES-PROVIMENTO DOS APELOS DEFENSIVOS.

(...).

15 - No que tange ao regime de cumprimento de pena onde se postula o abrandamento para o aberto em relação ao recorrente Alexandre, entende esta relatoria, no ponto, faltar autorização legal para tanto. Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado. É sabido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 11.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deve

observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal. No caso dos autos, a despeito das circunstâncias desfavoráveis, não há que se cogitar do afastamento do regime inicial fechado, que se encontra justificado pela gravidade objetiva do delito. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Com efeito, o crime de tráfico ilícito de drogas permanece assemelhado aos hediondos, merecendo, destarte, um tratamento mais rigoroso e, por expressas disposições legais, deve ser cumprido inicialmente em regime fechado, como bem fixado na sentença, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda.

(...)" (Apelação 2238178-49.2011.8.19.0021 – Rel. Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO – 2ª. Câmara Criminal – TJRJ – Julgamento: 15/04/2014).

Por todo o exposto, votei no sentido de **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para absolver o ora recorrente do crime do artigo 35, da Lei 11.343/06, tornando sua condenação definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 600 (seiscentos) DM, no valor fixado, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 07 de junho de 2016.

(data do julgamento)

Rio de Janeiro, 16 de junho de 2016.

(data da entrega)

DESEMBARGADORA KATIA MARIA AMARAL
RELATORA (Designada)