

Apelação n. 0002683-19.2014.8.24.0020
Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06). DENÚNCIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM A CONDENAÇÃO APENAS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DE DEFESA.

PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE 111,4G DE "COCAÍNA" E 1,9G DE "MACONHA" NA POSSE DO APELANTE. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS ENVOLVIDOS NA INVESTIGAÇÃO. CONFISSÃO DO APELANTE NA FASE INDICIÁRIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS QUE REVELAM O CONTATO COM OS USUÁRIOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE INCOMPATÍVEL COM A ALEGAÇÃO DE USO PESSOAL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. INVIABILIDADE. ATIVIDADE DE TRÁFICO EXERCIDA HÁ LONGA DATA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. APELANTE QUE CONFESSOU NA FASE INDICIÁRIA ESTAR EXERCENDO O COMÉRCIO DE ENTORPECENTES HÁ 06 (SEIS) MESES E QUE FAZIA DESSA ATIVIDADE SEU MEIO DE VIDA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. PENA MANTIDA, INCLUSIVE COM O AFASTAMENTO DOS PEDIDOS DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002683-19.2014.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é apelante André Lima Machado e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, com o início da execução provisória da pena. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Marcílio de Novaes Costa.

Florianópolis, 18 de outubro de 2016.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público com atribuição para atuar perante a 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma ofereceu denúncia (fl. II) contra André Lima Machado pelo cometimento do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nos seguintes termos:

No dia 22 de fevereiro de 2014, por volta das 23h30min, na Rua Adelina Dagostim Giassi, 273, bairro Morro Estevão, nesta cidade e Comarca de Criciúma, o denunciado foi surpreendido por Policiais Militares trazendo consigo 111,4g (cento e onze vírgula quatro gramas) da substância entorpecente *éster de metílico da benzoilecgonina* ou *cocaína*, a qual se destinava inequivocamente à comercialização e que havia adquirido momentos antes na cidade de Içara/SC e a transportado até a sua residência, além de 1,9g (um vírgula nove) gramas de droga *Canabis sativa L.*, vulgarmente conhecida como "maconha", cujo uso e comercialização são proibidas no território nacional, nos termos da Portaria SVS/MS nº 344, de 12/5/1998, atualizada pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA nº 06, de 18/2/2014, sem possuir qualquer autorização e em total desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos) em espécie, um cheque do banco HSBC, conta nº 15888, no valor de R\$318,00 (trezentos e dezoito reais) e diversos bens de origem duvidosa, descritos no termo de exibição e apreensão de fls. 4-5, dentre eles moeda estrangeira (dólares, euros, pesos uruguaios, etc).

Em seguida, o Ministério Público aditou a denúncia para incluir no polo passivo o corréu Gesiel Fernandes Sipriano e acrescentar a imputação do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, nos termos seguintes (fls. 77/78-v):

Em data e horário a ser apurado no decorrer da instrução criminal, aproximadamente nos primeiros meses do ano de 2014, os denunciados ANDRÉ e GESIEL associaram-se, com ânimo de caráter duradouro e permanente, com o fim de praticar o comércio ilícito de substâncias entorpecentes nesta cidade e Comarca de Criciúma, notadamente aquelas vulgarmente conhecidas como "cocaína" e "maconha", visando obter lucro fácil e estimular o consumo e a dependência química de terceiros, incumbindo a GESIEL a tarefa de obter o estupefaciente e posteriormente fornecê-lo a ANDRÉ para que este realizasse a venda diretamente para os consumidores e usuários desta urbe, utilizando-se, para tanto, da residência situada na Rua Adelina Dagostim Giassi, 273, bairro Morro Estevão, em Criciúma, para armazenamento da droga e posterior comercialização em outros locais.

Assim foi que, concretizando o objetivo principal da referida associação criminosa, no dia 22 de fevereiro de 2014, por volta das 21h30min, depois de obter de GESIEL a confirmação de que a droga tão aguardada por ambos já se encontrava disponível, ANDRÉ se dirigiu até a residência de cor rosa localizada

na Rua Projetada, bairro Aurora, no vizinho município de Içara/SC, local onde GESIEL forneceu e entregou a ANDRÉ 111,4g (cento e onze vírgula quatro gramas) da substância entorpecente estér de metílico da benzoilecgonina ou cocaína, destinava inequivocamente à comercialização nesta cidade de Criciúma/SC, cujo uso e venda são proibidas no território nacional, nos termos da Portaria SVS/MS n.º 344, de 12/5/1998, atualizada pela Resolução da Diretoria Colegiada RDC da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA n.º 06, de 18/2/2014, sem possuir qualquer autorização e em total desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ato contínuo, ANDRÉ transportou o estupefaciente descrito no parágrafo anterior pelas ruas da cidade a bordo do veículo RENAULT/Clio, placas MCO 0555, até a sua residência situada na Rua Adelina Dagostim Giassi, 273, bairro Morro Estevão, nesta cidade e Comarca de Criciúma, onde a droga seria armazenada e preparada para venda aos usuários, local em que, já por volta das 23h30min, foi surpreendido por Policiais Militares trazendo consigo o estupefaciente em questão, além de 1,9g (um vírgula nove) gramas de Cannabis sativa L., vulgarmente conhecida como "maconha", cujo uso e comercialização também são proibidas no território nacional, sem possuir qualquer autorização e em total desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos) em espécie, um cheque do banco HSBC, conta n.º 15888, no valor de R\$ 318,00 (trezentos e dezoito reais) e diversos bens de origem duvidosa, descritos no termo de exibição e apreensão de fls. 4-5, dentre eles moedas estrangeira (dólares, euros, pesos uruguaios, etc).

Após a regular instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para:

1) condenar Gesiel Fernandes Sipriano ao cumprimento da pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no mínimo valor legal, pelo cometimento do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, pena esta substituída por duas restritivas de direito;

2) condenar André Lima Machado ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo valor legal, pelo cometimento do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06; e

3) absolver tanto Geisel Fernandes Sipriano como André Lima Machado do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.

Intimados, tanto o Ministério Público como o corréu Geisel Fernandes Sipriano deixaram transcorrer *in albis* o prazo recursal (fl. 351).

Por outro lado, não satisfeito com a prestação jurisdicional oferecida, a defesa de André Lima Machado interpôs a presente apelação, em cujas razões (fls. 355/373), postula a desclassificação do crime de tráfico para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Subsidiariamente, postula a aplicação do privilégio previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, com aplicação de sua fração no patamar máximo, bem como a fixação do regime inicial aberto para o resgate da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 379/389), os autos ascenderam a este Tribunal, oportunidade em que a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 394/400).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, tem-se que o recurso deve ser conhecido.

Sem preliminares a serem analisadas, passa-se ao mérito.

1. Crime de Tráfico (art. 33 da Lei 11.343/06)

A apelação interposta visa à reforma da decisão que condenou André Lima Machado, ora apelante, pelo crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06) e absolveu-o do crime de associação para esse fim (art. 35 da Lei 11.343/06), figurando como corréu André Lima Machado.

Inicialmente, a defesa de André Lima almeja a desclassificação do crime de tráfico para a figura do uso pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06). Para tanto, levanta os argumentos de que o apelante utilizava droga "em turma", o

que justificaria a quantidade de droga apreendida na sua posse, e de que não há elementos conclusivos acerca da suposta negociação de droga entre o apelante e o corr u Gesiel Fernandes Sipriano.

As alega es, porém, não prosperam.

A autoria e a materialidade delitivas restaram comprovadas pelo Termo de Exibi o e Apreensão (fls. 04/05), pelo Auto de Apreensão (fl. 06), pelo Laudo de Constata o (fl. 09), pelo Laudo Pericial n. 9202.14.00109 (fls. 62/66), pelas conversas obtidas por meio das intercepta es telefônicas (autos n. 020.14.000891-8 – apensos 1 e 2) e pela prova oral colhida ao longo da instru o.

Aufere-se dos autos que, no início do ano de 2014, no Município de Criciúma, a Divisão de Investiga o Criminal – DIC da Pol cial Civil passou a monitorar o terminal telef nico do apelante André Lima Machado, pois haviam sido colhidas informa es de que ele estava exercendo o comércio de entorpecentes na sua própria residência, localizada no bairro Morro Estevão, sendo abastecido pelo corr u Gesiel Fernandes Sipriano.

Diante disso, no dia 22 de fevereiro do mesmo ano, por volta das 21h30min, por meio dos diálogos telef nicos, constatou-se que o apelante André Lima, na condu o do veículo Renault/Logan, placas MEW-6783, dirigiu-se até a casa do corr u Gesiel, localizada no Município de Içara, e adquiriu deste 111,4g (cento e onze gramas e quatro decigramas) de "cocaína".

Em seguida, o apelante transportou o entorpecente de volta   sua residência. Contudo, foi ele surpreendido por agentes do Pelotão de Patrulhamento Tático da Polícia Militar que, a par da atividade ilícita desenvolvida, diligenciaram no sentido de apreender a droga e realizar buscas no local.

Exitosa a opera o, restaram apreendidos na posse do apelante os 111,4g (cento e onze gramas e quatro decigramas) de "cocaína", 1,9g (um

grama e nove decigramas) de "maconha", além de R\$ 111,40 (cento e onze reais e quarenta centavos) em espécie, um cheque do banco HSBC, conta nº 15888, no valor de R\$ 318,00 (trezentos e dezoito reais) e outros bens de origem duvidosa, tudo discriminado no Termo de Exibição e Apreensão às fls. 04/05 e no Auto de Apreensão à fl. 06.

Nesse contexto, contrariando o que havia dito na fase indiciária e apesar de não negar estar na posse da droga, o apelante em juízo alegou ter comprado o entorpecente para uso próprio e de seus amigos e disse não tê-lo adquirido do corréu Gesiel Fernandes Sipriano.

No entanto, ainda que o apelante tente se esquivar da imputação que lhe é atribuída, as provas amealhadas confirmam o teor da denúncia contra ele oferecida e, principalmente, não deixam dúvida de que os narcóticos apreendidos na sua posse serviriam para o abastecer o atividade ilícita por ele desenvolvida.

Para melhor esclarecer o caso, o policial Elivan da Silva relatou em juízo como se procederam as investigações envolvendo o apelante André e o corréu Gesiel até o momento em que aquele adquiriu a porção de "cocaína" deste. Assim, conforme fielmente descrito em sentença, o agente público relatou que (fls. 307/308 e mídia de fl. 126):

[...] a investigação apontou que o André vendia drogas (cocaína) aos usuários (00'54"); e a **pessoa que abastecia o André era o Gesiel; no dia do flagrante houve o contato entre os dois; e o depoente avisou a polícia militar; eles fizeram lá o esquema deles para posicionarem a viatura; aí nisso o André ligou para o cunhado dele solicitando o carro do cunhado emprestado; o depoente se dirigiu até a casa do cunhado e verificou que o carro de André estava lá, porém o carro do cunhado não; passou esta informação para o P2; depois ele me ligou dizendo que o André havia sido abordado e pegaram ali com ele 100g de cocaína; o primeiro indício que o Gesiel era quem fornecia a droga para o André foi uma conversa, a partir disso também o telefone do Gesiel foi interceptado, e na interceptação ali o André ficou um período sem a cocaína, tanto é que tem algumas gravações que fiz questão de assinalar tais conversas, anotando que ele estava sem a droga, pessoas ligavam para André e ele dizia que estava**

sem; inclusive uma pessoa que trabalha na boate go go girl, e André comentou que disse que de ontem para hoje deixou de fazer R\$ 1.000,00; **André ligava para Gesiel e este dizia nada, nada; tem uma conversa entre André e Gesiel e que estes comentam que em razão da demora da chegada da droga, acreditam que pode ter dado um B. O. na estrada; no dia da prisão de André houve o contato com Gesiel dizendo que estava tudo em cima ou algo assim; a partir daí foi mobilizado o pessoal para fazer a abordagem; no dia 22-2-2014 o André se deslocou até a casa de Gesiel para pegar a droga, tanto é que tem uma ligação que André diz: 'tô aqui na na tua porta'**; os telefones quem monitorou foi eu e, participaram da investigação eu, o Mazzucco, o Fontanella; Dal Farra também teve uma participação, Giovanni também teve; nem André nem Gesiel eram conhecidos; **Através de André chegaram no Gesiel; a partir da interceptação de André e Gesiel**, a única vez que Gesiel entregou droga para André foi na de sua prisão; o André vendia droga diretamente para usuário; foi feito campanhas; muitos usuários frequentavam a casa de André, este mantinha uma relação de amizade com os usuários; as campanhas foram realizadas várias vezes; o movimento de usuários era médio; mas também o André não vendia só ali, ele se deslocava para vender drogas em outros locais, conforme a interceptação mostra [...]

Em consonância, o policial civil Luiz Carlos Fontanella também ofereceu informações acerca da investigação realizada, no sentido de que (fl. 308 e mídia de fl. 126):

[...] a investigação foi desenvolvida pelo policial Elivan, **a gente auxiliou em alguns atos e campanhas; participei da busca feita na casa do Zé, feita em Içara; foram feitas várias campanhas, mas que o depoente participou de duas; acompanharam o André na saída residência, porque havia um monitoramento telefônico, não foi abordado, pois não ficaram sabendo neste dia sobre a sua relação com tráfico de entorpecente; no dia da prisão de André, houve algumas ligações que antecederam a prisão, em que André combina com o Zé sobre a aquisição de entorpecente; no dia em que André se deslocou o Elivan comunicou a polícia militar e fez a abordagem e apreendeu o entorpecente na posse do André; ficavam sabendo pois Elivan acompanhava e comentava; realizaram busca na casa de Gesiel, não se recordando o dia preciso, foi apreendido um aparelho celular que ele fazia contato com o André, uma certa quantidade de dinheiro**; contra o Zé havia mandado de prisão preventiva e contra a esposa dele de nome Taíze tinha mandado de prisão temporária; foram cumpridos e depois o delegado liberou ela e encaminhou Gesiel para o presídio; neste dia não foi encontrado entorpecente; o depoente fez algumas campanhas na casa de André, o Gesiel morava em Içara, sabe da ligação dos dois pelas interceptações; no dia em que o depoente esteve com Elivan na campanha não viram usuários; a participação do depoente foi mais no apoio; não conhecia o

Gesiel, ele tinha emprego fixo e tinha essa ligação com o tráfico também; não foram apreendidos quaisquer acessórios para o tráfico; muitas vezes existem os entorpecentes, mas a polícia não acha; teve uma ligação com uma pessoa que este hospedada aqui e depois foi para o Mato Grosso, mas depois perdeu-se o contato; tinha uma denúncia que uma das fontes de André seria do Rio Grande do Sul; **os telefones que apareciam nas denúncias se referiam à Gesiel; [...]**

Os fatos relatados pelos policiais responsáveis pela investigação foram confirmados pelas interceptações telefônicas, cujo teor dos diálogos revela num primeiro momento que, dias antes da ocorrência, o apelante passou a questionar o corréu Gesiel, seu fornecedor, se já teria droga à disposição. Destacam-se, nesse sentido, os seguintes trechos de diálogos entre ambos:

Dia 11/02/2014, por volta das 19hs51m.

[...]

Gesiel - Fala meu.

André - Daí, chegou??

Gesiel - Só amanhã mesmo.

André - A porque o "gaúcho" tem!!

Gesiel - Não, mas não é meu então.

André - Não?? Onde é que ele arrumou??

Gesiel - Não sei!!

André - Será que é coisa boa??

Gesiel - Aí não sei te dizer. Não. Não é!!

André - Não??

Gesiel - Se ele arrumou, é aquela ruim (...)

André - (...)

Gesiel - Han??

André - O que ele consegue não é bom neh.

Gesiel - Não se é aquela que ele disse pra mim, é ruim.

André - É ruim? Ah então ta bom.

Gesiel - É. Mas, mas tenta pra ver neh.

André - É??

Gesiel - É!!

André - Será??

Gesiel - Não. Mas é ruim. É ruim.

André - É ruim?? Ah, então nem vou. Nem vou perder meu tempo com ele.

Gesiel - Ta. Olha aqui. Amanhã é de certeza ta. O cara me deu certeza agora. É. Me deu certeza agora.

André - Ah. Então ta beleza.

Gesiel - Falou, meu querido. Tchau.

FIM DO DIÁLOGO

O diálogo ocorre dia 14/02/2014, por volta das 16hs09m.

[...]

Gesiel - Oi meu querido.

André - Oh "Zezinho. Dai??

Gesiel (risos) - Nada, nada, nada.

André - (risos) - (...) ouvir essa musiquinha.

Gesiel - Rapaz. Já to até triste cara.

André - Mas o que é que ouve cara? Aconteceu alguma coisa?

Gesiel - Bah... Han??

André - Aconteceu alguma coisa com ele ontem?? Que ele não apareceu mais.

Gesiel - Não cara. Ele apareceu aqui, tudo aqui, mas ele ficou de vir e não voltou.

André - Pois é. Estranho neh.

Gesiel - Alô? Ta escutando?

André - Estranho neh. (...)

Gesiel - Pois é. É. Eu até achei que deu algum BO na estrada cara.

André - Pode ter sido. Qualquer coisa tu me liga depois então.

Gesiel - Não... não. Fica frio. E tu tem alguma coisa pra remédio não?

André - Porra nenhuma. Nem pra remédio rapaz.

Gesiel - (risos) tamu tudo fudido então neh André.

André - Tamu tudo fudido. O cara aquele lá que é amigo do Enoque ligou.

Gesiel - É??

André - Ahan. (...) pra mim.

Gesiel - Ah não. Mas pode ficar tranquilo que eu acho que vai dar liga sim. Daqui a pouco. Ta.

André - Tomara, tomara. Ta bom. Um abraço.

Gesiel - É. Como diz o outro. A esperança é a última que morre neh.

André - Claro.

Gesiel - (risos)

André - Se não tiver esperança nós tamu fudido.

Gesiel - É, não é. Então ta beleza cara.

André - (risos) Falou.

Gesiel - Falou.

André - Falou. Um abraço.

FIM DO DIÁLOGO.

No dia 14-2-2014, às 18h12min.

[...]

André - Opa...

Gesiel - Me ligasse agora??

André - Ahan!! Pra saber se já tinha dado certo.

Gesiel - Ah não. Ainda não.

André - Ainda não??

Gesiel - Ainda não!!

André - Não vamos ter hoje, esse final de semana de novo neh.

Gesiel - Ah. Tomara que sim cara. Que tenha neh. Vou dar uma volta pra ver. Vou dar um giro.

André - Han... Então ta.

Gesiel - Qualquer coisa nós conversa.

André - Qualquer coisa me liga. Ta bom falou.

Gesiel - Falou.

FIM DO DIÁLOGO

Dia 17/02/2014 por volta das 17hs50m.

[...]

Gesiel - Nada nada nada...

André - (risos) É um atentado.

Gesiel - Oh meu deus do céu. Ta uma tranqueira essa coisa aí.

André - Han??

Gesiel - Ta uma tranqueira.

André - Ta neh. Que merda neh.

Gesiel - Bah. E é quase...

André - Mas eles não apareceram pra ti falar contigo nem nada. Pra ti dar resposta nenhuma.

Gesiel - Teve hoje aqui.

André - E daí??

Gesiel - Daí ele disse que ta pra chegar, mas era pra chegar semana passada. Não chegou ainda e tal

André - É. Era pra chegar semana retrasada neh. (risos)

Gesiel - Foi... Foi o que ele falou. Daí ele assim: "cara, não tem como te dizer o prazo. Porque"...

André - Ahan.

Gesiel - O cara ficou de vim. Ta abafado.

André - Da nada então.

Gesiel - iiii...

André - Qualquer coisa eu ligo de volta. Tu me liga

Gesiel - E aí... e aí nada?

André - Aqui nada. Nem pra remédio.

Gesiel (risos) - Ah então ta beleza então.

André - To só na engorda Zé.

Gesiel - Tão ta beleza. Fica frio que daqui a pouco vem

André - Então ta bom então.

Gesiel - Tão ta.

André - Um abraço.

Gesiel - Falou.

André - Tchou.

FIM DO DIÁLOGO

[...]

No dia 22/02/2014 por volta das 20hs17m.

[...]

Taíze - Só um pouquinho ta.

André - Ta bom. Brigado.

Taíze - (falando com seu esposo Gesiel: "amor. Amor. André ó")

Gesiel - Oi.

André - Daí meu melhor vito?

Gesiel - Fechou todas!!

André - Fechou??

Gesiel - Fechou!!

André - Ta. To indo ai então.

Gesiel - Ta, daí tu, tu... como é que eu vou te explicar. Trás o... teu celular. Aquele.

André - Levo, levo. Levo o celularzinho aquele.

Gesiel - Tão ta.

André - Pra negociar neh. Ta bom então. Beijo

Gesiel - Isso.

André - Abraço.

Gesiel - Falou. Tchau.

FIM DO DIÁLOGO

Diante da informação neste último diálogo de que a droga havia chegado, o apelante dirigiu-se até a residência do corréu, localizada no Município de Içara. Fato que restou comprovado pelo teor do diálogo ocorrido às 21h26min, do dia 22 de fevereiro de 2014, quando o apelante, questionado por Gesiel onde se encontrava, afirmou estar na frente da casa deste ("Oi. To aqui na porta" – fl. 89).

Ressalta-se que a partir daí houve o monitoramento do apelante até a sua residência, onde policiais militares o abordaram e acabaram apreendendo a porção de psicotrópico adquirida (111,4g de "cocaína") e outra pequena quantidade de "maconha". A esse respeito, o miliciano Klalber Evilazio Wilamil relatou em juízo que (fl. 312 e mídia de fl. 126):

[...] a polícia civil para a guarnição da polícia que o André estaria indo em Içara, aonde já fazia isso a algum tempo, que era para trazer o entorpecente para fazer o comércio em Criciúma; **e a gente ficou aguardando em um ponto no Morro Estevão; a polícia civil informou que a casa era próximo à Delupo e deu sinal para fazer a abordagem; aí fizemos a abordagem no momento que ele ia entrar na garagem ele correu para dentro da**

residência; fragmentamos a guarnição onde fomos fazer o contorno que dava a impressão que ele ia fugir, mas ele foi jogar o entorpecente pela janela; que até jogou no meu colega Ricardo; André confessou que realmente ele tinha buscado o entorpecente; para nós o que ele passou foi que quem vendia o entorpecente dele era de Içara e que fazia contato telefônico com ele e entregava; tinha uma feminina na casa que era esposa de um amigo dele; ela comentou que havia um entra e sai de gente e tinha pedido para sair dali; a droga estava em um saco plástico; não se recorda de nada sobre Gesiel; no local foi informado à André o direito constitucional de permanecer em silêncio.

Diante das evidências de que a droga fora encontrada na posse do apelante e de que ele havia adquirido do corrêu, a questão se volta à sua destinação. E sobre isso, ao contrário do que sustenta a defesa, não se tem dúvida de que, como afirmado, ela serviria para alimentar o comércio espúrio desenvolvido pelo apelante.

Nesse sentido, corroborando as investigações capitaneadas pela polícia civil, verifica-se que o próprio apelante, na fase indiciária, confessou a prática do tráfico e admitiu que a droga encontrada na sua posse destinava-se ao comércio. Desse modo, afirmou que (fl. 19):

[...] atualmente está desempregado; que o interrogado possui um problema no braço esquerdo e por tal fato não consegue emprego; que por tal motivo começou a traficar; que alega que faz uns seis meses que está vendendo cocaína; [...] que Fernando lhe entregou 100g de cocaína, ficando combinado que depois de vender a droga o interrogado pagaria R\$ 2.500,00 para FERNANDO; que tinha acabado de chegar em casa quando a polícia militar apareceu; que estava segurando a sacola com a droga e jogou a sacola no chão; que na casa se encontrava FABIULA ESTELA FIGHERA, que mora de favor em sua residência; que FABIULA pegou a sacola da droga e jogou pela janela, mas os policiais encontraram a droga; (fl. 19 grifo nosso)

Fabiula Estela Fighera, pessoa a quem o apelante se referiu na fase indiciária, disse que já suspeitava que ele traficava e explicou como André pretendeu se desfazer do entorpecente. Relatou (fl. 14):

[...] faz dois meses que está morando de favor na residência de ANDRÉ LIMA MACHADO; que foi morar na casa de ANDRÉ juntamente com seu companheiro ANDERSON ROBSON SEBOLD; que ANDERSON é amigo de ANDRÉ e como estavam passando dificuldades financeiras foram morar provisoriamente na casa de ANDRÉ; que começou a suspeitar que ANDRÉ

estivesse traficando, pois era comum ANDRÉ receber ligação de celular durante a noite e muitas pessoas iam até a casa para procurar por ANDRÉ; que nesta noite estava em casa sozinha com quando ANDRÉ chegou; que passado uns dois minutos ANDRÉ entrou no seu quarto e disse "é a polícia" e jogou uma sacola na mão da depoente; que a depoente ficou assustada e a reação que teve foi jogar a sacola pela janela; que percebeu que na sacola havia pó branco; [...]

De fato, a par dos diálogos colhidos por meio das interceptações telefônicas, demonstrações não faltaram de que o apelante comercializava entorpecente e possuía uma vasta clientela, tanto que, dias antes de sua prisão em flagrante, não foram poucas as ligações de usuários procurando saber se ele já estava na posse da mercadoria, obviamente sempre sob um linguajar velado. Destacam-se, nesse sentido, os seguintes trechos (fls. 64/66 do apenso 1):

Dia 06/02/2014 por volta das 03h10min.

[...]

André - Alô.

Usuário - Oh meu melhor. Daí meu queridaço.

André - Daí mamá.

Usuário - Certinho. Oh Dedé.

André - Hum.

Usuário - Tem um brother meu quer um... existe?? (...)

André - Não!!

Usuário - Bah. Mas nem pra... É um clientinho meu cara. Gente fina.

[...]

André - Ouviu??

Usuário - Nem pra dor de dente??

André - Não !!

Usuário - Bah. Não, porque daí eu ia pegar rapidinho. Eu to de motinho cara. É porque eu liguei pra "manu" agora. Ela que me passou.

André - Não. Sei sim, mas não, não "alho".

Usuário - É??

André - Uhum !!

Usuário - Ta. Ta então ta. Valeu.

André - Falou. Um abraço

FIM DO DIÁLOGO

No dia 07/02-2014 por volta as 21h52m,

[...]

André - Oi bonita.

Usuária - Ta trabalhando amoré??

André - Hoje não. Não chegou ainda. Tu não acredita.

Usuária - Orra.

André - Ahan. Tô quase desesperado. Já deixei de ganhar quase mil real de ontem pra hoje.

Usuária - Ahan. A então ta neh. Fazer o que?

André - Se chegar até... sei lá. Eu te aviso. (...)

Usuária - Orra. Ta. Então ta. Me avisa.

André - Beijo. Tchau.

Usuária - Beijo. Tchau.

FIM DO DIÁLOGO

Dia 07/02/2014 por volta das da 22h22m.

[...]

André - Daí irmaozinho.

Usuário - Aí. Nada ainda??

André - Oh não chegou cara. Eu acho que hoje não vir não. Eu acho que só amanhã agora.

Usuário - Ah. Então deixa quieto então.

André - Tá bom!?

Usuário - Falou.

André - Se chegar, eu te dou um toque. Qualquer coisa a gente negoceia ta bom!?

Usuário - Se chegar por hoje até uma meia-noite ta, ta tranquilo ainda.

André - Então ta bom. Se chegar daí eu te ligo. Se eu não te ligar é porque não veio ta.

Usuário - Ta bom então.

André - Tão ta bom. Um abraço querido. Falou.

FIM DO DIÁLOGO

Dia 10/02/2014, por volta das 20h34m.

[...]

André - Alô.

Usuário - é o suga?

André - Quem?

Usuário - É o Diego.

André - Han. Fala peidão.

Usuário - U... Tais por aí não?? No morreva?? [...]

André - Eu tô em casa, mas não era hoje.

Usuário - É?? Só rocha.

André - É!! Tamo sem!!

Usuário - (...)

André - Falou. Liga amanhã.

Usuário - Falou. Ahan.

André - Ta. Falou. Um abraço.

FIM DO DIÁLOGO

[...]

Aliado a isso, ao contrário do que tenta fazer crer a defesa, entende-se que a quantidade de droga, consistente em 111,4g de "cocaína", além de 1,9g de "maconha", afigura-se expressiva e é evidentemente incompatível com a versão de que serviria para uso pessoal.

Aliás, quanto a isso, as circunstâncias acima demonstradas demonstram que a droga apreendida não teria outra finalidade a não ser a comercial mesmo que se tratasse de pequena quantidade de entorpecente.

Ressalta-se, ademais, que André não comprovou a origem lícita do numerário e do cheque encontrados, tornando-se lógico concluir tratar-se do lucro obtido com a atividade espúria desenvolvida, constatação reforçada pelo fato de que o apelante encontrava-se desempregado à época dos fatos, conforme por ele mesmo noticiado (fl. 19).

Depois, não é de se estranhar a ausência de petrechos ligados ao manuseio da droga, uma vez que informado pelo policial militar Klalber Evilazio Willamil que o apelante informou no momento da abordagem que vendia a "cocaína" por R\$ 50,00 cada "colherada" (fl.11).

Nessa senda, a suposta condição de usuário alegada pela defesa de André não é obstáculo, em absoluto, para a prática do crime em apreço. Como se sabe, é comum usuários comercializarem entorpecentes para sustentar seu próprio vício.

Nesse sentido, esta Câmara já decidiu na Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.065894-8, de Itajaí, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 03-11-2015:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECLAMO DEFENSIVO VISANDO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. APREENSÃO DE 83 PEDRAS DE CRACK, TOTALIZANDO 9,3 GRAMAS. DECLARAÇÕES FIRMES E UNÍSSONAS DOS POLICIAIS MILITARES. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. DESTINAÇÃO

COMERCIAL DOS ENTORPECENTES EVIDENCIADA. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO AFASTA O RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DELITIVA. INVIÁVEL A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. RECLAMO NÃO PROVIDO. 1 "Os depoimentos prestados por Policiais, quando suas declarações forem coerentes, merecem acolhimento, uma vez que não infirmadas por outras provas. Porque não faria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e depois lhe negar crédito quando fossem prestar contas acerca de suas tarefas no exercício da função" (TJSC, Apelação Criminal n. 2009.006293-5, j. em 4/5/2010). 2 A circunstância de o acusado ser dependente de drogas, por si só, não exclui sua responsabilidade pela conduta típica deflagrada, porquanto nada impede que o usuário ou viciado seja também traficante, como forma de sustentar o próprio vício.

Outrossim, pertinente esclarecer que, para a configuração do crime tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não há necessidade de o agente ser flagrado no ato da venda ou entrega da substância, pois tal delito é classificado como de mera conduta, ou seja, não prevê nem exige eventual resultado como pressuposto para sua caracterização, bastando que o agente pratique um dos verbos contidos no mencionado dispositivo legal - *in casu*, "adquirir", "transportar" e "trazer consigo" -, cuja destinação comercial é presumida pelas circunstâncias do caso concreto, causando perigo à incolumidade e saúde pública.

Assim, diante do quadro probatório demonstrado, em especial das palavras dos policiais envolvidos, das interceptações telefônicas, da expressiva quantidade de droga apreendida e da confissão do apelante na fase indiciária, mantém-se a condenação do apelante André Lima Machado pelo crime definido no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nos termos da sentença.

2. Tráfico Privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06)

Não atendido o pleito de absolvição, a defesa almeja subsidiariamente a aplicação do privilégio previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, argumentando estarem preenchidos todos os seus requisitos.

No entanto, razão novamente não lhe assiste.

De início, registra-se que, para a concessão da benesse que a defesa pretende ser reconhecida, qual seja, o tráfico privilegiado, devem estar preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: primariedade, ausência de antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa, conforme prevê o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, *in verbis*:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No que concerne à dedicação a atividades criminosas, tem-se a seguinte lição (GRECO FILHO, Vicente; Rassi, Daniel. Lei de Drogas Anotada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103):

Dedicar-se, segundo os dicionários, é 'consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se', o que significa um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa 'juntar-se; fazer parte integrante, participar de'. E essas circunstâncias, ainda que não exclusiva habitualidade e a participação como membro da organização criminosa, devem ser provas suficientemente para a exclusão do benefício.

Outrossim, anota Cesar Dario Mariano da Silva (Lei de Drogas Comentada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70):

Dedicar-se a atividades criminosas pressupõe reiteração de condutas tipificadas como crime, ou seja, habitualidade no cometimento de delitos. Tal circunstância poderá ser demonstrada por meio de folhas de antecedentes criminais, certidões cartorárias, cópias de outros processos, testemunhas, ou seja, qualquer meio hábil a provar a vida criminosa do acusado ou condenado. Como a norma não diz qual espécie de atividade criminosa, poderá ser qualquer uma, desde que, obviamente, não se trate de delitos culposos, que pressupõem ausência de vontade. A norma visa a impedir a redução da pena para aquele que de forma habitual e deliberada pratica qualquer espécie de crime. Com efeito, aquele que faz da vida criminosa seu modo de vida não é merecedor do redutor.

Sob essas premissas, verifica-se que o apelante exercia há longa data o comércio espúrio de entorpecentes o que se afigura o suficiente para se afastar a incidência do privilégio almejado.

Nessa vertente, repisa-se a constatação de que o apelante não

comprovou o exercício de profissão lícita – inclusive afirmou estar desempregado, na fase indiciária (fl. 19) -, tornando evidente que fazia do tráfico o seu meio de vida.

Além disso, ao ter confessado a prática criminosa na Delegacia de Polícia, admitiu que estava praticando o comércio há pelo menos 06 (seis) meses (fl. 19).

Se não bastasse, as interceptações telefônicas demonstraram uma frequência significativa de ligações de usuários buscando entorpecentes, corroborando a hipótese de que o apelante não é principiante no ramo (fls.64/66).

Portanto, diante dos elementos amealhados, verifica-ser inaplicável o benefício ao apelante, uma vez ser essa espécie de benefício destinado "[...] aos traficantes de primeira viagem ou de baixa periculosidade" (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.023304-9, de Porto União, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 08-08-2013), o que evidentemente não é o caso dos autos.

Isto posto, conservada a pena do apelante em 05 (cinco) anos de reclusão, verifica-se inviável a fixação do regime de pena aberto como pretende a defesa, uma vez que o *quantum* da sanção estabelecida, bem como a quantidade expressiva e a natureza nociva do entorpecente tornam impositiva a aplicação do regime semiaberto (art. 33, §1º, "b", do Código Penal).

Também em razão da quantidade da pena, não deve ser atendido o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

3. Execução Provisória da Pena

Por fim, mantida a condenação por esta Corte de Justiça, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e das razões contidas no voto vencedor deste Relator nos autos

n. 0000516-81.2010.8.24.0048, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, determina-se o início imediato da reprimenda imposta, com a expedição de mandado de prisão em desfavor do apelante.

Enfim, por todo o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, com o início da execução provisória da pena.

Este é o voto.