



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000818889

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0070818-36.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA ANGELINA COELHO e JEAN CARLOS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Dr. Gustavo Henrique Bicudo, e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, Deram provimento em parte ao recurso para afastar a associação ao tráfico, reconhecer o redutor, alterar o regime para o ABERTO, nos termos do v. acórdão. v.u.

Expeçam-se alvarás de soltura clausulados em favor dos apelantes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEME GARCIA (Presidente) e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 8 de novembro de 2016

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

16ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0070818-36.2014.8.26.0050

Comarca: SÃO PAULO

Apelantes: MARIA ANGELINA COELHO e JEAN CARLOS DA SILVA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

VOTO nº 27.047

TRÁFICO. Art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Conduta de trazer consigo entorpecente destinado ao consumo por terceiros. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prova. Prisão em flagrante dos acusados. Apreensão de 86 gramas de cocaína. Negativa isolada de autoria. Validade dos depoimentos policiais desde que não infirmados pela prova dos autos. Condenação mantida. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Não configuração. Estabilidade e permanência não demonstradas segundo as diretrizes da ampla defesa e do contraditório. Interceptação telefônica. Ausência de provas quanto a seu conteúdo. Sequer relatórios de investigação foram juntados aos autos. Absolvição nos termos do art. 386, VII do CPP. Penas. Cabimento do art. 33, §4º da Lei de Drogas aos réus primários e de bons antecedentes, sem comprovação de que se dedicam a atividades ilícitas ou integram organização criminosas. Cabimento da substituição e do regime inicial aberto diante das circunstâncias do caso. Apelos parcialmente providos.

1. MARIA ANGELINA COELHO e JEAN CARLOS DA SILVA foram condenados, pela r. sentença de fls. 112/121, às penas de 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e às penas de 3 anos de reclusão, mais pagamento de 700 dias-multa, pelo crime previsto no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06, estabelecido o regime inicial fechado.

Segundo a denúncia, no dia 11 de agosto de 2014, às 13h30min, na Rua Santo Amaro, 418, bairro República, nesta Capital, os denunciados, associados entre si e com terceiras pessoas para a prática do tráfico de drogas, traziam consigo uma sacola plástica contendo 86 gramas de cocaína, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Intimados da sentença em audiência, recorreram os acusados, pugnano pela reforma do julgado. Em suas razões, MARIA ANGELINA articula que a conduta de tráfico imputada configura crime impossível, que não existe associação entre comprador e vendedor de drogas e que a associação é crime-meio para a consumação do tráfico, restando por ele absorvido. Aduz, também, que o flagrante esperado é nulo, bem assim a prova produzida a partir dos diálogos interceptados, que não foram objeto de perícia ou cientificados aos corrêus. Assim, busca a absolvição (fls. 155/169).

JEAN CARLOS, por sua vez, alega que o flagrante forjado evidencia a ilegalidade da ação policial, desconstitui a robustez do conjunto probatório e induz à absolvição motivada pela dúvida (fls. 202/207).

Contrarrazoados os recursos (fls. 172/177 e 209/213), sobreveio a juntada de carta de próprio punho da ré, na qual se diz arrependida pelo seu erro e clama por nova oportunidade (fls. 216/220).

Enfim, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos recursos (fls. 228/238).

É o relatório.

2. Os apelos comportam parcial provimento.

A materialidade do tráfico é incontroversa, porquanto demonstrada pelo auto de exibição de fls. 15/16, assim como pelos laudos de constatação (fls. 17/18) e de exame químico toxicológico (fls. 106), que registram a apreensão de 86 gramas de cocaína.

A autoria pelo tráfico também é certa.

No dia dos fatos, os policiais civis Uigi Yoshiwara e Luis Claudio Alves de Moraes Porta viram o momento em que MARIA ANGELINA saiu do edifício onde reside, cujo endereço está descrito na denúncia, tendo nas mãos uma



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sacola, a qual entregou para JEAN CARLOS. Ele acabava de chegar ao local e, tendo recebido a sacola guardava-a no baú acoplado à sua motocicleta, quando ambos foram abordados. Constatou-se, no interior da sacola plástica, a existência de substância entorpecente de uso e comercialização proscritos (mídia de fls. 128).

No momento da prisão, ambos confessaram os delitos aos investigadores mas, perante a autoridade policial, a postura individual deles foi diversa.

JEAN se manteve silente em seu interrogatório extrajudicial, ao passo que MARIA ANGELINA ofereceu confissão pormenorizada, esclarecendo, em suma, que havia se envolvido com o tráfico de drogas na região central da cidade de São Paulo há cerca de um ano. Atuava intermediando a venda de drogas para "Edema", traficante de origem nigeriana e recebia 10% do valor das vendas que fazia. JEAN era um comprador assíduo desde o mês de janeiro e adquiria cerca de 100 gramas de cocaína, semanalmente, pelo preço de R\$ 2.000,00. Quanto à apreensão dos entorpecentes, declarou que a droga encontrada em poder de JEAN, logo após ser entregue pela acusada, já estava paga, tendo o corréu deixado previamente um envelope na portaria de seu prédio com a quantia de R\$ 1.500,00 para tal finalidade (fls. 07/09).

Em juízo, as narrativas foram modificadas, tendo ambos os acusados mencionado suposto envolvimento amoroso entre eles. JEAN alegou ser usuário de cocaína, destacando que o entorpecente entregue pela corré se destinava ao consumo pessoal. Confirmou que MARIA ANGELINA intermediava a compra de entorpecentes para ele. Já a corré alegou que no interior da sacola entregue ao acusado existia apenas um chinelo e um boné, tendo sido ela falsamente incriminada (mídia de fls. 128).

Pois bem, à vista da prova oral produzida, não sobrevive a alegação da acusada, no sentido de que dentro da sacola entregue pelo corréu não existiam



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

drogas. Os investigadores e JEAN confirmam que o entorpecente foi apreendido tal como descrito na denúncia, não existindo margem, também, para questionar a atuação dos policiais, que ofereceram narrativa consentânea à apresentada pelos réus (MARIA ANGELINA na fase inquisitiva e JEAN em juízo).

Por outro lado, também não convence a tese de que a cocaína se destinava ao consumo pessoal do acusado, porquanto ele não fez prova de que teria condição financeira para sustentar seu vício.

Friso que a qualidade e pureza do entorpecente comercializado pelos acusados (mencionada pelos investigadores), se compatibiliza com o alto valor mencionado pela corré, que declarou custo de R\$ 1.500,00 por 100 gramas de cocaína.

A respeito das teses defensivas, certa é a consumação do delito de tráfico, configurado pela elementar "trazer consigo", pois, de fato, MARIA ANGELINA trazia a sacola com drogas consigo, até que a entregou a JEAN, o qual também passou a trazê-la consigo. Ambos tomaram parte, portanto, da conduta delitiva pela qual foram denunciados e condenados, não havendo que se falar em crime tentado ou impossível.

O flagrante esperado, ademais, não representa procedimento ilegal segundo entendimento pacífico. Veja-se:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI N. 11.343/2006. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N. 9.296/1996. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FLAGRANTE ESPERADO. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM DECORRÊNCIA DA ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ECSTASY. ART. 33, § 3º, DO CP. SÚMULA 7/STJ. 1. No flagrante preparado, o órgão policial provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível; ao passo que, no flagrante



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

forjado, a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico. Hipótese totalmente diversa é a do flagrante esperado, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão..." (STJ, AgRg no REsp 1356130/GO, Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior).

Enfim, a par dos elementos de convicção colhidos durante a persecução penal, dentre os quais se incluem a apreensão do entorpecente, o depoimento dos investigadores e confissão de JEAN quanto à existência de drogas no interior da sacola plástica apreendida, a solução condenatória era a única adequada à espécie, pois a versão defensiva não encontra respaldo.

A apreensão da droga é incontroversa. Induvidosa, outrossim, a propriedade dos entorpecentes, que, por sua natureza, quantidade e modo de acondicionamento, também revelam o intuito mercantil, afastada a hipótese de absolvição.

3. Já quanto à associação para o tráfico, embora mencionada pelos investigadores a ligação criminosa entre os réus, não vislumbro, à vista das provas arrecadadas, elementos suficientes para a integral procedência da ação penal.

Isto porque as provas se restringem, temporalmente, ao flagrante. A denúncia menciona apenas a negociação ilícita entre os acusados realizada no dia 11 de agosto de 2014, não oferecendo elementos seguros, a respeito das investigações efetivadas pela polícia civil.

É bem verdade que a inicial acusatória aponta o procedimento sigiloso (medida cautelar de interceptação telefônica nº 0025796-52.2014) que deu origem à prisão em flagrante, o qual, de fato, se encontra cadastrado no sítio eletrônico desta Corte e poderia ser acessível aos patronos dos acusados, caso houvessem manifestado interesse oportuno.

Com efeito, aqueles autos tratam de investigação de maior amplitude do que os fatos tratados neste processo, não convindo a juntada de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

documentos sigilosos que ocasionassem comprometimento daquela apuração.

Verifico, portanto, que a interceptação foi judicialmente autorizada e que são legítimos os dados por ela obtidos, assim como o flagrante que resultou na apreensão dos 86 gramas de cocaína aqui tratados.

Também reconheço ter existido uma investigação prévia, tal como mencionada pelos policiais civis, que já teriam diligenciado no local dos fatos e sabiam onde residia a acusada, conhecida até então por fotografia.

Todavia, porquanto ausentes as mídias das conversas telefônicas e das mensagens interceptadas, ou a degravação delas ou ainda o relatório de investigações, não existem elementos comprobatórios seguros para a condenação pelo crime de associação para o tráfico.

Não se está a desmerecer o depoimento dos policiais civis que bem desempenharam seu papel e assim propiciaram a apreensão de drogas, mas a se respeitar o sistema contraditório que atribui à acusação o ônus de comprovar suas alegações.

Não basta, portanto, o depoimento de policiais declarando que os réus estavam envolvidos com o tráfico de drogas há tempos. É imprescindível prova de tais condutas, descrevendo em quais dias e por quais atos se configurou a associação.

Nesse ponto, tenho que a prova produzida é realmente precária para autorizar a condenação pela associação, posto que, concretamente, à vista da atuação policial, nada restou demonstrado além de associação eventual ou mero concurso episódico.

Em verdade, emergem sérias dúvidas sobre a permanência e estabilidade do vínculo, requisitos imprescindíveis para a configuração da associação do artigo 35 da Lei de regência.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Colenda Câmara:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

"Associação para o tráfico. Artigo 35 da Lei nº 11.343/06. Não configuração. Estabilidade e permanência não demonstradas. Falta de prova da colaboração constante entre os acusados. Não se deve confundir o mero concurso eventual de agentes com a associação para o tráfico, que demanda provas veementes de sua estruturação. Dúvida que lhes favorece. Absolvição mantida" (Apelação Criminal nº 0085702-75.2011.8.26.0050, deste Relator, julgada em 21.03.13, VU).

Enfim, da conjugação de todos os elementos de convicção, favoráveis e desfavoráveis aos acusados, a solução que melhor se ajusta na espécie, à luz do princípio da presunção de inocência, é a absolvição fundada no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Remanesce, pois, a condenação por tráfico, justificando a pena concretizada na sentença, que merece, no entanto, alguns ajustes.

4. As penas-bases foram fixadas no mínimo porque favoráveis as circunstâncias judiciais. Ausentes agravantes ou atenuantes, na última etapa, faço incidir a causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei de Drogas.

De fato, os acusados são reconhecidamente primários e não ostentam maus antecedentes criminais. Não há, ademais, nos autos, elementos concretos que permitam que se conclua, com segurança, que se dedicavam às atividades criminosas ou integravam organização criminosa. E, sendo assim, em razão da natureza e média quantidade da droga apreendida (86 gramas de cocaína), diminuo-lhes as penas de 1/2, em razão do reconhecimento do redutor, tornando-as definitivas em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, no piso.

Diante do tempo da prisão preventiva (desde 11 de agosto de 2014), concedo excepcionalmente aos acusados o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional aberto.

O Senado Federal, através da Resolução nº 5 de 2012, suspendeu a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

expressão " *vedada a conversão em penas restritivas de direito*" originalmente constante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Impõe-se, assim, quando cabível e "socialmente recomendável" – para não fugir à literalidade do artigo 44, § 3º, do Código Penal –, resposta punitiva alternativa à prisão, verdadeira sanção pedagógica, considerada, porque não, a baixa periculosidade e a revelada potencialidade de se reintegrar à coletividade.

Busca-se, enfim, a regeneração individual, sem descurar-se da retribuição estatal, mas evitando-se o cárcere, lugar que deve ser reservado a hipóteses em que a periculosidade suplanta a esperança ou a mera expectativa de ressocialização, um dos fins da reprimenda penal.

Substituo, pois, a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma do artigo 44, § 2º, parte final, do CP, consistentes, a primeira, na prestação de serviços a comunidade ou a entidade pública, indicando, o Juízo das Execuções, tanto o destinatário, como a espécie de serviço a ser prestado pelo tempo da pena substituída – 2 anos e 6 meses de reclusão; e a segunda, no pagamento de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, a entidade pública ou privada com destinação social, também indicada por ocasião da execução.

Por derradeiro, tendo em vista o tempo que os recorrentes permaneceram provisoriamente presos, impõe-se, por Justiça, a aplicação, por analogia, do artigo 42 do CP, a fim de que, por ocasião da execução, seja o tempo de prisão cautelar descontado do período de cumprimento da prestação de serviços à comunidade.

5. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento parcial aos recursos defensivos para absolver MARIA ANGELINA COELHO e JEAN CARLOS DA SILVA do delito previsto no art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 386, VII do CPP e para reduzir suas penas impostas pelo art. 33, *caput* e §4º da Lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de Drogas a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso, deferida a substituição nos termos acima estabelecidos.

Expeçam-se alvarás de soltura clausulados.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
Relator