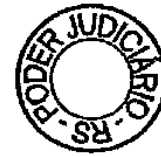




ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



08
f

COMARCA DE RIO GRANDE

3ª VARA CRIMINAL

Rua Silva Paes, 249

Processo nº: 023/2.17.0007256-2 (CNJ:.0019186-85.2017.8.21.0023)
Natureza: Produção e Tráfico Ilícito de Drogas
Autor: Justiça Pública
Réu: Gesiel Magenis Graciano
Juiz Prolator: Juiz de Direito – Regis da Silva Conrado
Data: 01/10/2018

Vistos, etc.

I. Relatório

O Ministério Público apresentou denúncia contra **GESIEL MAGENIS GRACIANO**, brasileiro, RG nº 6027086/SC, CPF nº 08018683948, nascido em 21.04.1995, com 22 anos de idade à época do fato, natural de Criciúma/SC, filho de Gesiel Espindola Graciano e Grasiela dos Santos Magenis, residente na Rua Luiz Pirolla, nº 1379, Criciúma-SC, atualmente recolhido à Penitenciária Estadual do Rio Grande, como incurso nas sanções dos arts. 35 e 33, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

1º Fato:

Em vários dias, horários e locais, em período compreendido entre os dias 20 de outubro e 11 de novembro de 2017, nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, GESIEL MAGENIS GRACIANO e indivíduos não identificados (apenas pelo prenome "Jean" e pelos apelidos "Juninho" e "Gringo"), além do condutor do veículo Voyage, placas PZK6240 (também não identificado), a que se fez referência no expediente policial, associaram-se para o fim de praticar crimes previstos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Conforme apurado, o denunciado e seus comparsas traziam drogas (cocaína e *crack*) do estado de Santa Catarina para a cidade de Rio Grande, onde realizavam a entrega da mercadoria a um indivíduo identificado como "Gringo" e retornavam para Santa Catarina com o dinheiro referente à droga (conforme conversas acostadas às fls. 291, 295, 296, 297 e 299).

Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:.0019186-85.2017.8.21.0023)

1





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



As viagens eram realizadas em dois veículos, sendo que um deles era conduzido à frente daquele no qual era o entorpecente transportado, tudo com vista a garantir que a droga chegasse ao seu destino livre de eventuais abordagens.

2º Fato:

No dia 11 de novembro de 2017, próximo ao posto da Polícia Rodoviária Federal de Rio Grande, localizado na BR 392, Km 28,5, nesta Cidade, o denunciado GESIEL MAGENIS GRACIANO transportava e trazia consigo, no interior do veículo *GM/Corsa*, placas LYR7153, em compartimento oculto, para fins de comércio, 20 (vinte) tabletes de *cocaína*, contendo cada um cerca de 900g (novecentos gramas) e 01 (um) tablete de *crack*, também pesando aproximadamente 900g (novecentos gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (laudo definitivo acostado às fls. 140/148), além da quantia de R\$ 107.000,00 (cento e sete mil reais), que estava dentro de uma bolsa plástica.

Na ocasião, policiais rodoviários federais do posto de Rio Grande receberam denúncia anônima de que os veículos *VW/Voyage*, placas PZK6240, e *GM/Corsa*, placas LYR7153 estariam transportando drogas, sendo que o primeiro veículo estaria realizando a função de "batedor", a fim de avisar ao segundo veículo, no qual estaria o entorpecente, sobre eventual barreira policial.

Assim que o veículo *GM/Corsa*, que era conduzido pelo denunciado GESIEL, passou pelo posto da Polícia Rodoviária Federal os policiais efetuaram a abordagem. Realizadas buscas no veículo foi encontrado um compartimento oculto localizado na parte traseira dos bancos do passageiro e do motorista sob o assoalho da caçamba (laudo pericial do veículo acostado às fls. 150/157) onde estavam os tabletes de cocaína e crack e a sacola plástica com os R\$ 107.000,00 (cento e sete mil reais), em espécie.

No momento em que o material foi encontrado pelos policiais, o denunciado GESIEL empreendeu fuga, correndo em direção a um banhado localizado no outro lado da rodovia, sendo perseguido pelos policiais, que conseguiram detê-lo e efetuar sua prisão em flagrante. Em poder do denunciado foi ainda apreendido um telefone celular, marca *Apple (iPhone 7)*, e R\$ 444,00 (quatrocentos e quarenta e quatro reais) em dinheiro.

O outro veículo, *VW/Voyage*, que realizava a função de "batedor", acabou não sendo abordado em razão do pequeno efetivo de policiais rodoviários no local. No entanto, a quebra de sigilo de dados realizada no telefone celular apreendido em poder do denunciado, confirmou que GESIEL estava sendo acompanhado por outro veículo, desde o estado de Santa Catarina, o qual possuía a função de informar se a estrada estava livre de barreiras policiais, conforme conversa





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



09
f

reproduzida às fls. 300/302.

O acusado foi preso em flagrante em 11.11.2017 (f. 02), restando a prisão convertida em preventiva no mesmo dia (f. 23-24).

Foi juntado o laudo definitivo das drogas aos autos (f. 140-148)

Notificado (f. 372), o réu apresentou defesa prévia, por meio de defensor constituído, à f. 210.

Ainda durante a instrução, foram ouvidas três testemunhas arroladas pela acusação, e, ao final, realizado o interrogatório do réu, tendo o mesmo negado a prática do delito (f. 445-447).

Às f. 380-388 foi apresentada reclamação com pedido de liminar pelo procurador do réu.

Foram atualizados os antecedentes criminais do acusado, inclusive de Santa Catarina (f. 467-468).

Em memoriais, o Ministério Público postulou a procedência da pretensão acusatória deduzida na denúncia (f. 469-473).

A defesa apresentou memoriais às f. 489-507. Preliminarmente, arguiu a nulidade da prova consistente no conteúdo do aparelho celular apreendido. No mérito, sustentou que inexistem provas suficientes para condenar o acusado pelos delitos imputados, requerendo sua absolvição. Subsidiariamente, requereu a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relato. Decido.

II. Fundamentação

Versa a presente ação acerca da suposta prática do delito de tráfico de drogas e de associação para o tráfico de drogas, tipificados nos art. 33 e 35, da Lei nº 11.343/2006, respectivamente, cuja autoria é atribuída a Gesiel Magenis Graciano.

No que se refere à alegação preliminar de nulidade da prova consistente no conteúdo do aparelho celular apreendido com o Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:0019186-85.2017.8.21.0023)





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



acusado, verifico que houve autorização de manuseio, decodificação e extração de dados em 15.12.2017, conforme decisão de f. 80-82, sendo que o laudo que apresenta do conteúdo do aparelho data de 09.01.2018.

Ademais, a alegação de que o celular teria sido analisado pelos policiais já no momento da abordagem não encontra amparo em nenhum elemento colhido nos autos, sendo que tal alegação sequer foi confirmada pelo réu em Juízo.

1º fato

O Ministério Público indica como prova do delito as mensagens verificadas quando do manuseio do celular apreendido (f. 288-303), o relatório de diligência policial de f. 74-75, que indica as datas em que o veículo GM/Corsa, placas LYR7153, apreendido com o acusado, e outro identificado como um VW Voyage, placas PZK6240, que comprovam o trânsito dos veículos.

Ocorre que, no que se refere ao registro de movimentação dos carros, o relatório abrange o período de 13.05.2017 até 13.11.2017, sendo verificada apenas uma passagem de ambos os carros na mesma data, o que ocorreu em 11.11.2017.

Quanto ao conteúdo do aparelho celular apreendido, o escrivão de polícia federal Fernando Cesar Christofoletti, referiu ser possível confirmar que Gesiel estava acompanhado por outro veículo considerando as conversas extraídas do celular do acusado, referindo que o acusado se comunicava com um terceiro a respeito de trechos do percurso de Florianópolis até Rio Grande. Referiu a existência de outras conversas que confirmariam que Gesiel realizava esse tipo de transporte em outras ocasiões. Questionado pela defesa acerca dessas conversas, disse que nas mesmas não eram utilizados termos que indicassem o transporte de entorpecentes, mas que, pelas circunstâncias, dava para deduzir. Afirmou, por fim, que Gesiel se comunicava com outro indivíduo, que teria a função de "batedor" de Gesiel no transporte da droga.

Ainda quanto às mensagens verificadas no aparelho celular apreendido com o acusado, em que pese possam indicar a prática





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



10
J

de tráfico, não são suficientes para comprovar a associação para a prática do delito, ao menos não de forma estável.

As conversas, em sua maioria, se dão com a antiga companheira do acusado, e em nada comprovam a associação imputada. De mesmo modo, em que pese às f. 300-302, com indivíduo não identificado, tratem de trechos da estrada, bem como de postos da PRF por onde passavam, tais circunstâncias não são suficientes para comprovar a associação do acusado para fins de traficância.

Em relação ao tipo do crime de associação para o tráfico, prevê a Lei nº 11.343/2005:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Prevê a Lei de Drogas a prática do delito quando, diferentemente da quadrilha ou bando, duas ou mais pessoas se associam com o fim de praticar os crimes de tráfico de drogas (art. 33) ou tráfico de maquinários (art. 34).

Para caracterização do delito de associação para o tráfico de drogas é necessária a presença de *animus* associativo, devendo haver comprovação de estabilidade na associação formada com o fim de traficância, o que não verifico no caso.

Consolidou-se o entendimento de que a prática do delito de associação pressupõe o vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a reunião episódica:

HABEAS CORPUS. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35 DA LEI 11.343/2006. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O verbo núcleo do tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 é associar-se. Portanto, a caracterização da associação para o tráfico de drogas depende da demonstração do vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional e episódica. Não se pode transformar o crime de associação, que é um delito contra a paz pública - capaz de expor a risco o bem jurídico

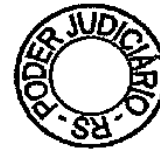
Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:.0019186-85.2017.8.21.0023)

5





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



tutelado -, em um concurso de agentes. Doutrina e jurisprudência.

2. No particular, concluiu-se pela condenação tão somente em razão da convergência ocasional de vontades para a prática do crime de tráfico. Noutras palavras, não se separou a vontade de se associar da vontade necessária para a prática do crime pretendido.

3. "Não é questão de prova saber-se da tipicidade de determinado fato, cuja veracidade não se discute, mas se admite como afirmado na sentença: cuida-se de simples qualificação jurídica de fato, operação à qual sempre se prestou o habeas corpus" (RHC 75236; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Segunda Turma, DJ 1º/8/1997). 4. Habeas corpus concedido para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), com extensão da ordem à corrê. (Supremo Tribunal Federal, HC 124164, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014).

Nesse sentido é também o posicionamento doutrinário, que não admite a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas se se tratar de associação eventual:

É bem verdade que a nova Lei de Drogas não contemplou a referida causa de aumento de pena [pelo concurso de agentes, que diferenciava claramente o concurso da associação]. Daí, todavia, não se pode concluir que, em virtude do uso da expressão "reiteradamente ou não", o crime de associação para fins de tráfico passe a abranger tanto o concurso eventual quanto o concurso estável e permanente de dois ou mais indivíduos. Se se trata de crime contra a paz pública, há de se entender que apenas a associação estável e permanente é capaz de expor a risco o bem jurídico tutelado. Logo, uma associação instável e efêmera, características inerentes ao concurso eventual de agentes, não tipifica, de per si, o crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06. (...) Tendo em conta que o art. 35 faz uso da cláusula "reiteradamente ou não", o ideal é concluir que este crime de associação estará caracterizado ainda que a finalidade dos agentes seja a prática de um único delito de tráfico de drogas, desde que, logicamente, evidenciada a estabilidade e permanência da associação"¹

(acrescentei trecho explicativo)

A lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação fosse eventual (sem estabilidade), é dizer, mero concurso de agentes. A atual aboliu essa majorante, mudança que deve retroagir em benefício do agente, alcançando fatos pretéritos, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada (art. 2.º, parágrafo único, do CP). Nem se diga que, agora, a

¹LLIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 1038.
Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:0019186-85.2017.8.21.0023)





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo da associação para o tráfico (antigo art. 14, agora art. 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula "reiteradamente ou não" significa somente que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções) punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora de crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo.²

No caso dos autos, não há informação da realização de investigação ou qualquer indicação prévia de que o acusado tenha envolvimento com o tráfico de drogas.

Ainda, os elementos juntados não comprovam a existência de relação de associação estável para o fim de praticar a traficância entre o acusado e o outro indivíduo, que não foi identificado. A quantidade de droga apreendida e o *modus operandi* realmente constituem fortes indícios de que haveria uma associação criminosa, na medida em que a própria aquisição de droga em tal quantidade, considerando o valor envolvido, inclusive o valor apreendido, muito provavelmente decorre de atuação coletiva. No entanto, essas presunções não são aptas a comprovar a existência de uma associação. Sequer se revelou como ela ocorreria e por qual período.

O acompanhamento do acusado e seu veículo por outro indivíduo, mesmo que identificado e preso, seriam aptos a comprovar a traficância em coautoria, não, necessariamente, a associação, considerando os requisitos previstos pela legislação, conforme jurisprudência e doutrina acima indicadas.

Assim, tenho como imperiosa a absolvição do réu pela imputação constante no 1º Fato da denúncia, nos termos do artigo 386, II e VII, do CPP.

2º fato

No que se refere à imputação pelo delito de tráfico de

²GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de drogas comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



drogas, de outro lado, verifico que a existência do fato e autoria vem consubstanciadas pelo auto de prisão em flagrante (f. 02-04) e auto de apreensão (f. 11-12), que confirmam a apreensão de 20 tabletes de cocaína pesando aproximadamente 900g, um tablete de crack, pesando aproximadamente 900g, e a quantia em dinheiro equivalente a R\$ 107.000,00, em poder do acusado, sendo a natureza das substâncias apreendidas comprovada através do laudo de f. 140-148. Tais elementos são corroborados pelas declarações colhidas tanto em sede policial como em Juízo.

O réu, em seu interrogatório, alegou que foi contratado por um indivíduo de nome Amilton apenas para trazer o veículo até Rio Grande e entregar para Reginaldo, no posto Buffon, sem ter conhecimento sobre o que havia no interior, referindo que foi contratado em razão de Amilton ter conhecimento de que viajava até o Uruguai a cada quinze dias para comprar bebidas e revender em sua cidade, sendo que após entregar o veículo, voltaria para casa de ônibus. Disse que conhecia Amilton, pois vendia bebida para ele, que é proprietário de uma boate, mas que não tinham maior contato, sendo que não questionou o motivo da entrega do automóvel. Referiu que veio sozinho de Florianópolis. Questionado, disse que as pessoas mencionadas em suas conversas no celular são vendedores de *free shops* no Uruguai, de quem compra bebidas, que lhe são entregues em Santa Vitória do Palmar, e que o nome do Free Shop é Gringo Free Shop. Os indivíduos que o encontravam em Santa Vitória do Palmar para entregar as bebidas são Juninho, Jean e Gringo, que conheceu através de um amigo seu que também trabalha com venda de bebidas, de nome Roberto da Silva.

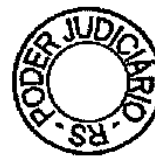
Conforme se depreende do depoimento do acusado, este não nega que conduzia o automóvel no qual a droga foi apreendida, com expressiva quantia em dinheiro. Contudo, limita-se a negar que tivesse conhecimento do que havia no interior do automóvel, referindo apenas que foi contratado para entregar o veículo a um terceiro, de nome Reginaldo.

Ocorre que o acusado referiu que foi contratado pois





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



22
f

Amilton, o contratante, tinha conhecimento de que Gesiel viajava até o Uruguai de quinze em quinze dias para comprar bebidas, todavia, o próprio acusado referiu que voltaria para casa de ônibus, a indicar que a viagem se deu apenas para a entrega do veículo. Ademais, Gesiel sequer referiu o que teria auferido em razão da contratação.

A versão do réu também não merece acolhimento diante das declarações dos policiais que realizaram a prisão.

A testemunha Diego Barreto, policial rodoviário federal, disse que abordou o veículo conduzido por Gesiel por volta das 8h da manhã, após ter recebido a informação por meio do serviço de inteligência de que um veículo suspeito estaria se aproximando. Segundo Diego, Gesiel parou o automóvel assim que lhe foi solicitado pelos policiais, que solicitaram que descesse do veículo e logo após passaram a revistar o automóvel, sendo que na revista encontraram aproximadamente 20 tabletes de cocaína, um tablete de crack e a quantia de R\$ 107 mil reais, acondicionadas em um acabamento de madeira no fundo da cabine. Disse que após encontrar as drogas e ir em direção a Gesiel, este tentou fugar do local, mas restou preso logo em seguida. Referiu que Gesiel disse que tinha conhecimento sobre as drogas, mas que não sabia da existência do dinheiro. Por fim, questionado pelo Ministério Público, referiu acreditar que seriam dois veículos suspeitos, mas que somente abordaram o que estava o acusado.

A testemunha Humberto Gautério de Souza, também policial rodoviário federal, também referiu que o acusado obedeceu à ordem de parada, sendo que ao ser questionado, negou que portasse qualquer ilícito no automóvel. Contudo, após a apreensão da droga encontrada no veículo, informou que entregaria a droga em um local pré-determinado, mas que não conhecia a pessoa para quem entregaria. Referiu que assim que o policial Diego encontrou as drogas, Gesiel percebeu e começou a correr, mas foi rendido em seguida. Disse não recordar do motivo da abordagem, mas que talvez o veículo conduzido por Gesiel tenha levantado suspeitas por ser uma caminhonete, de outra cidade e por possuir película escura nos vidros, mas não recorda se foi





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



feita denúncia ou se foi uma abordagem de rotina. Por fim, afirmou que Gesiel disse ter conhecimento das drogas, mas não do dinheiro.

Depreende-se do depoimento dos policiais, harmônicos e uníssonos, que a droga era de fato transportada por Gesiel, que no momento da apreensão teria confirmado que tinha ciência de tal fato, referindo que realizaria a entrega da droga a terceiro que não conhecia previamente.

Nesse sentido, ainda que negue em Juízo ter conhecimento acerca da droga encontrada no veículo, não trouxe aos autos qualquer elemento que corrobore sua versão, nem a indicar a suposta contratação para entrega do veículo na cidade de Rio Grande.

Não há que se falar em não configuração do delito, uma vez que o tipo penal em análise se caracteriza por condutas diversas do comércio, sendo o ato de transportar uma delas, pelo que não é necessária a efetiva venda do entorpecente para sua configuração.

Nesse sentido é o entendimento aplicado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em consonância com o tipificado na Lei nº 11.343/2006:

TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INVALIDADE DA PROVA PERICIAL. INOCORRÊNCIA. PROVA. PROPÓSITO DE FORNECIMENTO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO. APENAMENTO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MINORANTE. MAJORANTE (ART. 40, III, DA LEI ANTIDROGAS). REGIME PRISIONAL. MULTA. Não há falar em deficiência probatória, quer relativamente à posse das substâncias entorpecentes (trezentos e quarenta e oito gramas de cocaína e quinhentos e dezenove gramas de crack), quer com respeito a sua destinação, se, admitida aquela, o propósito de fornecimento é aceito pelo próprio acusado. A só circunstância de admitir o acusado ter em seu poder as drogas apreendidas, por ele guardadas para entrega a outra pessoa, configura a infração de que trata o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, mormente porque não é essa caracterizada pelo efetivo fornecimento, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como as de simplesmente levar consigo, guardar ou transportar as substâncias entorpecentes, desde que com tal propósito. Condenação mantida. Apenamento redimensionado. Regime prisional alterado para o fechado. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Crime Nº 70076105394, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 31/01/2018)

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO.

Número Verificador: 023217000725620232018264102

10

64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:0019186-85.2017.8.21.0023)





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



LB
J

INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Mérito. Prova dos autos suficiente a demonstrar que a ré trazia consigo, no interior da vagina, seis gramas de maconha para entregar ao seu companheiro, recluso no Presídio Estadual de São Vicente do Sul. Confissão corroborada pelo relato de agente penitenciária. Conduta tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, na modalidade de trazer consigo para entrega a terceiros, ainda que gratuitamente, substância entorpecente, não havendo se falar em atipicidade da conduta. Ausência de demonstração de que a ré tenha sido coagida a praticar o delito. Condenação mantida. Pena de multa. Não há como afastar-se a pena de multa, tendo em vista que se trata de pena cominada cumulativamente ao preceito legal em que condenado o réu, sendo, portanto, consequência da condenação. Falta de interesse recursal. No tocante ao apenamento, os pedidos feitos pela Defesa de reconhecimento da atenuante de confissão e da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não comportam conhecimento, uma vez que ausente interesse recursal, considerando que tais desideratos foram alcançados ainda em sentença. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70075732065, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 23/11/2017)

Nesse sentido, restou comprovado que o acusado transportava a droga consigo, em quantidade suficiente para caracterizar a finalidade de comércio, considerando que não referiu ser usuário. Além disso, transportava a expressiva quantia em dinheiro apreendida, elementos que se mostram suficientes para caracterizar o delito em tela, para o que também não apresentou justificativa plausível.

Portanto, diante da prova carreada nos autos, restou evidente a autoria do delito de tráfico de drogas por parte de Gesiel, razão pela qual sua condenação é medida que se impõe.

Por outro lado, inviável o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Em que pese o acusado seja primário, conforme certidão de f. 127, 467 e 468, tenho que a prova colhida indica que o acusado se dedicava à prática de atividades ilícitas, em especial o tráfico de drogas.

Ainda que o réu tenha juntado aos autos cópia de carteira de trabalho assinada (f. 448-462), tal elemento, isolado nos autos, vai de encontro aos demais indícios, que corroboram a versão acusatória, a

Número Verificador: 023217000725620232018264102 11
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:.0019186-85.2017.8.21.0023)





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



indicar que o réu realizava viagens de forma habitual.

Nesse sentido, pelo conteúdo das mensagens de f. 289-303 se depreende que o acusado fala em viagens em diversas datas, tanto em conversa com sua companheira, como com terceiro não identificado, referindo em conversa em 20.10.2017 estar com o carro cheio de dinheiro.

Há ainda conversas que tratam de viagens em 20.10.2017, 27.10.2017, 02.11.2017 e 11.11.2017. Corroborando os indícios de que se tratam de viagens, os registros de movimentação rodoviária identificaram que o veículo apreendido com o acusado trafegou nas proximidades de Rio Grande nos dias 08.10.2017, 20.10.2017, 02.11.2017 e 11.11.2017, sendo que nessa última foi o dia em que ocorreu a apreensão.

Ademais, conforme se verifica dos referidos registros, nas passagens em 20.10.2017 percebe-se que o veículo passou no pedágio em direção a Rio Grande às 8h, passando novamente na direção contrária às 18h02min.

Desse modo, há elementos suficientes a indicar que o acusado se dedicava à prática de atividades ilícitas, de modo que não se aplica a causa especial de diminuição de pena.

Por fim, há elementos a indicar a prática de tráfico interestadual de drogas, o que implicaria a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei nº 11.343/2006. No entanto, não houve pedido explícito na denúncia neste sentido e, mais do que isso, a descrição do fato na denúncia menciona apenas o deslocamento iniciado do Estado de Santa Catarina, não autorizando ao Juízo, sob pena de violação ao sistema acusatório e a garantia da ampla defesa e do contraditório, o reconhecimento da referida causa especial.

Assim, embora não esteja o Judiciário adstrito à capitulação constante na denúncia, há limitação de análise pelo Juízo em relação ao fato descrito na denúncia. No presente caso, tenho como insuficiente a descrição na peça incoativa quanto a eventual caracterização de tráfico interestadual. Nesse sentido:

Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:0019186-85.2017.8.21.0023)

12





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



148

(...) 5. Apesar de o delito ter sido perpetrado nas dependências de estabelecimento prisional, razão pela qual a pena foi aumentada em 1/6, forte no artigo 40, III, da Lei de Drogas, a causa de aumento deve ser excluída, por não ter constado na denúncia, em obediência ao princípio acusatório. (...) (TJRS, Apelação Crime Nº 70039094875, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, julgado em 21/06/2012)

(...) 3. Na hipótese, o Tribunal a quo, ao condenar o paciente, reconheceu a causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal (agressor que tem autoridade sobre a vítima), sem que a denúncia tenha descrito tal circunstância fática, o que causa evidente constrangimento ilegal, por cerceamento de defesa. (...) (STJ, HC 149.139/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

Em conclusão, deve ser julgada parcialmente procedente a denúncia para condenar Gesiel Magenis Graciano pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, devendo ser absolvido pela imputação contida no 1º fato, correspondente ao delito de associação para o tráfico de drogas, consoante o artigo 386, II e VII, do CPP.

Bens apreendidos

No que se refere aos bens, verifico que foi apreendida a quantia de R\$ 107.444,00, em relação à qual não houve a comprovação de sua origem lícita, estando, ainda, na posse do réu juntamente com a droga, pelo que a qual decreto o perdimento em favor da União, conforme art. 243, parágrafo único da Constituição Federal³ e art. 63, I, da Lei de Drogas, devendo ser revertido ao Funad.

Quanto ao veículo e ao celular apreendidos, além de não haver prova de origem lícita, restou comprovado que eram utilizados para facilitar o cometimento do delito de tráfico, pelo que decreto o perdimento dos bens, em atenção ao disposto no art. 243, parágrafo

³ Art. 243. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



único, CF e art. 63 da Lei nº 11.343/2006,

Quanto às drogas apreendidas, determino a destruição imediata, tendo em vista o disposto no art. 50, § 3.º, da Lei 11.343/06, reservando-se as amostras para contraprova. Com o trânsito em julgado, também deverão ser destruídas as amostras guardadas para contraprova, conforme art. 72 da Lei nº 11.343/06.

III. Aplicação da pena

Pena privativa de liberdade

A culpabilidade do réu, compreendida como o grau de reprovabilidade da conduta, não destoa do ordinário em relação ao tipo. O réu não possui antecedentes criminais. Não há elementos desabonatórios em relação à conduta social, nem dados sobre sua personalidade que indiquem traços dissonantes a repercutir desfavoravelmente na pena. Os motivos são inerentes a ação delitiva, que, por isso, não se reveste de motivo especial. As consequências não foram graves, pois a droga foi apreendida sem ter sido verificada a venda do produto. Não há comportamento de vítima a ser valorado.

As *circunstâncias*, notadamente a natureza e a quantidade de droga (art. 42, Lei nº 11.343/06), contudo, ultrapassam significativamente o normal, devendo ser valorada negativamente em patamar diferenciado. Nesse sentido, foram apreendidas drogas de naturezas diversas e de alto potencial lesivo, ou seja, cocaína e crack. Ademais a quantidade de droga apreendida, ou seja, 18 kg de cocaína (20 tabletes de 900 gramas cada) e 900 gramas de crack, é muito significativa, devendo ser considerada de forma desfavorável ao acusado.

Ademais, conforme prevê o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e reconhece a jurisprudência nacional, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente serão preponderantes sobre as circunstâncias previstas no art. 59, CP⁴.

4 "(...) TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO
Número Verificador: 023217000725620232018264102 14
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:.0019186-85.2017.8.21.0023)





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



15
8

Para além das circunstâncias relativas à droga, destaca-se também ser circunstância desfavorável a apreensão de quantia muito expressiva de dinheiro em espécie (R\$ 107.000,00), a revelar a prática de comércio intenso e que movimentava enorme quantia de valores.

Ante o exposto, considerando os vetores acima expostos, notadamente as circunstâncias extremamente desfavoráveis, fixo a pena-base em **08 anos de reclusão**.

Inexistindo agravantes e atenuantes, nem outras causas de aumento ou diminuição da pena, resta a pena definitiva em **08 anos de reclusão**.

Regime inicial de cumprimento da pena

Considerando o tempo de pena fixada, com o desconto do período de prisão provisória cumprida (10 meses e 20 dias) – art. 387,

42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. 1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. (...) (HC 424.201/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/06/2018, Dje 01/08/2018) (suprimi).
5 Reconhecendo a possibilidade de aumento significativo da pena-base pela natureza e quantidade da droga já decidiu o STF: "Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento a recurso especial. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do writ, por inadequação da via eleita. Inexistência, outrossim, de ilegalidade flagrante ou teratologia que justifique a concessão, de ofício, da ordem. Tráfico internacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Pena-base. Majoração, em metade, do mínimo legal cominado à espécie, em face, exclusivamente, da grande quantidade de cocaína apreendida (17,560 kg). Admissibilidade. Circunstância que, por si só, constitui fundamento idôneo para essa exasperação. Pretendida tarifação do aumento em, no máximo, 1/6 (um sexto). Descabimento. Critério não previsto em lei. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pretendida incidência da causa de diminuição de pena em seu grau máximo. Alegado *bis in idem* na utilização da quantidade de droga para a redução mínima. Não ocorrência. Redutor de 1/6 (um sexto) que não se amparou, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas, sim, na gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração da paciente com traficância organizada em larga escala, transportando droga, como mula, da Bolívia para o Brasil. Regime inicial fechado. Fixação com base, exclusivamente, na grande quantidade de cocaína apreendida. Admissibilidade. (...) 2. A elevada quantidade de cocaína apreendida (17,560 kg) justifica, por si só, na fixação da pena-base, a majoração de metade ao mínimo legal cominado à espécie, com base no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Não está o magistrado, na dosimetria da pena, adstrito à pretendida tarifação de, no máximo, 1/6 (um sexto) por circunstância judicial desfavorável, critério, aliás, não previsto em lei. Precedente. (...)” (HC 121389, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014). (destaquei e suprimi). No referido caso, estabelecida a pena-base em 07 anos e 06 meses pela quantidade de droga apreendida (17,560 kg), como se percebe do inteiro teor do julgado.

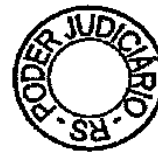
Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ.0019186-85.2017.8.21.0023)

15





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



§2º, CPP, a pena aplicada é superior a quatro anos e inferior a oito anos.

No entanto, as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são significativamente desfavoráveis ao réu, conforme acima analisado, pelo que fixo o **regime fechado** para início do cumprimento de pena, conforme art. 33, §2º, CP⁶.

A efetiva detração poderá ser oportunamente avaliada e reconhecida pelo Juízo da Execução, considerando que o tempo de prisão provisória poderá ser considerado pelo Juízo de Execução como pena cumprida em relação a outros processos ou como data de início de pena em relação a este.

Substituição da pena privativa de liberdade

Ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do disposto no art. 44, caput, da Lei n.º 11.343/06 pelo STF (ARE 663261 – Repercussão Geral), inviável no caso a substituição da pena privativa por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena (sursis), em razão do tempo de pena fixado.

Pena de multa

Aplico, ainda, pena de multa, que vai fixada em 700 (quinhentos) dias-multa, considerando as circunstâncias previstas no art. 59, CP, no valor equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato o dia multa, a ser atualizado na forma do §2º do art. 49 do CP, atento às condições financeiras do réu.

IV. Dispositivo

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão acusatória para:

a) **absolver** Gesiel Magenis Graciano da imputação pelo artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 (1º FATO), com base no artigo 386, II e VII, do CPP.

6 Conforme precedente acima referido: "(...) 4. No tráfico de drogas, é admissível a imposição de regime inicial fechado com base, exclusivamente, na quantidade ou na natureza da droga apreendida (17,560 kg de cocaína). Precedentes. (...) " (HC 121389, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014). (suprimi).

Número Verificador: 023217000725620232018264102

16

64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ:0019186-85.2017.8.21.0023)





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



16
J

b) **condenar** Gesiel Magenis Graciano como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (2º FATO), à pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento da pena de multa, fixada em 700 dias-multa, à razão 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido pelo IGP-M;

Condeno o réu ao pagamento de metade das custas processuais.

Determino, ainda, a destruição imediata das drogas apreendidas quando da prisão em flagrante, tendo em vista o disposto no art. 50, § 3.º, da Lei 11.343/06, reservando-se as amostras para contraprova.

V. Disposições finais

Restam mantidas as circunstâncias que fundamentaram a segregação cautelar do réu, pois se trata de prática de delito grave, equiparado constitucionalmente a crime hediondo, com gravidade em concreto acentuada diante da quantidade e qualidade da droga apreendida, circunstâncias reforçadas pelo decreto condenatório, motivo pelo qual mantenho a prisão preventiva.

Forne-se PEC provisório, independente de intimação das partes e eventual recurso interposto (art. 937, CNJ-CGJ) e encaminhe-se à VEC.

Transitada em julgado a sentença:

a) lance-se o nome do réu no rol de culpados, com a consequente comunicação à Justiça Eleitoral,

b) encaminhe-se as peças complementares à VEC,

c) encaminhe-se para destruição as amostras de droga guardadas para contraprova, conforme prevê o art. 72 da Lei nº 11.343/06;

d) comunique-se à SENAD nos termos do art. 63, §4º da Lei nº 11.343/06,

d) archive-se com baixa.





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio Grande, 01 de outubro de 2018.

Regis da Silva Conrado
Juiz de Direito

| | |
|--|--|
| | <p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente por: Signatário: REGIS DA SILVA CONRADO Nº de Série do certificado: 1A7526 Data e hora da assinatura: 01/10/2018 17:24:17</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na Internet, o endereço http://www.tjrs.jus.br/verificadocs e digite o seguinte número verificador: 023217000725620232018264102</p> |
|--|--|

Número Verificador: 023217000725620232018264102
64-2-023/2018/264102 - 023/2.17.0007256-2 (CNJ: 0019186-
85.2017.8.21.0023)

