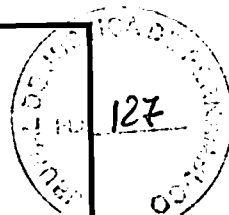




PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



Apelação Criminal nº: 0302471-3 (0000901-97.2012.8.17.0001)
Comarca Origem: Recife- 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes
Apelante: Rogério Martins da Silva
Apelado: Ministério Público do Estado de Pernambuco
Relator: Des. Mauro Alencar de Barros
Procurador de Justiça: Dra. Judith Pinheiro Silveira Borba
Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÕES FINAIS REQUERENDO A IMPROCEDÊNCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO NAS RAZÕES APELATIVAS. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO REALIZAÇÃO POR PARTE DO RECORRENTE DE NENHUM DOS VERBOS DESCRITOS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DA TENTATIVA. APELO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. No direito penal é mister a demonstração por parte do órgão acusatório de que o denunciado haja de fato praticado a conduta, o verbo descrito no tipo, bem como as demais elementares para que haja a decretação de uma condenação penal.
2. Ficou comprovado nos autos que o apelante não chegou a se apoderar da droga arremessada, ficando frustrada pela intervenção policial responsável pela guarda do presídio.
3. Apesar do crime previsto no art. 33 da Lei de drogas ser um delito de conteúdo típico alternativo, múltiplo ou variado, englobando diversas condutas, entendo que no caso em tela, não houve a incidência de nenhum dos núcleos incriminadores previstos no art. 33 da Lei 11.343/06.
4. Impossibilidade da forma tentada no caso em apresso.
7. À unanimidade de votos, **deu-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Apelação Criminal nº 0302471-3* da Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes, em que figuram, como apelante, **Rogério Martins da Silva** e, como apelado, o *Ministério Público do Estado de Pernambuco*, acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo, tudo consoante consta do relatório e voto anexos, que passam fazer parte do julgado.

Recife, 02 de 10 de 2013.


Des. **Mauro Alencar de Barros**
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS

120
L

Apelação Criminal nº: 0302471-3 (0000901-97.2012.8.17.0001)
Comarca Origem: Recife- 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes
Apelante: Rogério Martins da Silva
Apelado: Ministério Público do Estado de Pernambuco
Relator: Des. Mauro Alencar de Barros
Procurador de Justiça: Dra. Judith Pinheiro Silveira Borba
Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal interposta por **Rogério Martins da Silva**, contra a **sentença de fls. 83/85** dos autos prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Evanildo Coelho A. Filho, da 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes da Comarca de Recife/PE que condenou o apelante pelo crime previsto no **art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06**.

A instrução atendeu ao procedimento especial estabelecido pela norma regência, Lei 11.343/06, conferindo às faculdades processuais e garantias constitucionais das partes, sem incidências de nulidade ou irregularidade.

No curso processual, salienta-se que o representante do Ministério Público, em sede de **alegações finais**, acostadas aos autos às fls. 79/80, pugnou pela **improcedência desta ação penal** e a consequente absolvição do denunciado sob a alegação de que a conduta desempenhada pelo mesmo foi atípica.

Concluída a instrução criminal, e em desconformidade ao apelo ministerial, o recorrente foi condenado a ao mesmo foi imposta a pena de **07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão** a ser cumprida inicialmente em **regime fechado** e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, considerando as condições do recorrente o dia-multa foi fixado na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente.

Contra decisão condenatória o recorrente, através da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, apresentou recurso de **apelação à fl. 96** dos autos. Em suas **razões recursais 97/98**, a defesa pugna pela reforma da sentença para que o acusado seja **absolvido** sob o fundamento de a conduta do recorrente foi atípica. Aduz que o apelante não chegou nem sequer a ter a posse da droga apreendida, pois foi atingido por um disparo de arma de fogo perpetrado por um policiais que fazia a vigilância do presídio.

NA



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS

Nas **contrarrrazões** acostadas às **fls. 112/113**, o membro Ministério Público de 1ª instância pugna pelo provimento do recurso, e a consequente reforma da decisão recorrida para **absolver** o recorrente da imputação contida na denúncia. O representante do *Parquet* mantém os argumentos esposados nos memoriais de fl. 79, no sentido de que houve conduta atípica, posto que o apelante não se apoderou da droga arremessada.

A **douta Procuradoria de Justiça** ofereceu o parecer de fls. **116/117** dos autos, opinando pelo total **provimento do recurso**, uma vez que o recorrente não praticou nenhum dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11343/06.

É o Relatório.

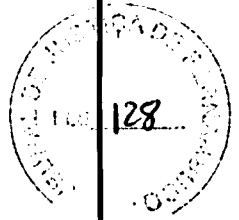
À Revisão.

Recife, 07 de 02 de 2013.


Des. Mauro Alencar de Barros
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



Apelação Criminal nº: 0302471-3 (0000901-97.2012.8.17.0001)
Comarca Origem: Recife- 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes
Apelante: Rogério Martins da Silva
Apelado: Ministério Público do Estado de Pernambuco
Relator: Des. Mauro Alencar de Barros
Procurador de Justiça: Dra. Judith Pinheiro Silveira Borba
Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

VOTO DO RELATOR

Presentes os pressupostos recursais de admissibilidade intrínsecos: legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo e extintivo, bem como os pressupostos extrínsecos: tempestividade e regularidade formal conhecem do recurso.

Como já consignado no relatório, trata-se de apelação criminal contra a **sentença de fls. 83/85** dos autos prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Evanildo Coelho A. Filho, da 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes da Comarca de Recife/PE que condenou o apelante pelo crime previsto no **art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06**.

Consta da denúncia que no dia 30 de dezembro de 2011, por volta das 08:45 horas, nas imediações do Posto 7 do Presídio Professor Aníbal Bruno, Recife-PE, pessoa não identificada lançou sobre o muro do presídio 02 (duas) sacolas plásticas com conteúdo até então desconhecido, momento em que o denunciado correu em direção às mesmas em desabalada carreira. Nesta ocasião o policial militar que se encontrava de serviço na guarita mais próxima desferiu disparo de arma de fogo que atingiu o denunciado.

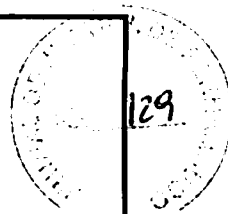
Concluída a instrução criminal, e em desconformidade ao apelo ministerial, o recorrente foi condenado a ao mesmo foi imposta a pena de **07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão** a ser cumprida inicialmente em **regime fechado** e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, considerando as condições do recorrente o dia-multa foi fixado na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente.

No presente recurso, pleiteia a defesa reforma integral do *decisum*, para que o apelante seja absolvido da imputação feita pelo órgão do Ministério Público, ao argumento a de a conduta do recorrente foi atípica. Aduz que o apelante não chegou nem sequer a ter a

M



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



posse da droga apreendida, pois foi atingido por um disparo de arma de fogo perpetrado por um policiais que fazia a vigilância do presídio.

A materialidade delitiva restou comprovada através do exame pericial realizado na droga apreendida à fl. 53, confirmando que a substância é de fato Cannabis Sativa Linneu, mais conhecida como maconha.

Todavia, no que concerne a **autoria** do delito em tela, esta **se mostra duvidosa**.

Ab initio, cabe salientar que a tese de atipicidade da conduta desempenhada pelo recorrente foi suscitada desde o início da ação penal de representante do *parquet*, o Dr. José Correia de Araújo. Em sede de alegações finais, acostadas às fls. 79/80, o diligente promotor de justiça argumentou ser atípica a conduta do acusado, ora recorrente, posto que, o mesmo não chegou a se apoderar da sacola arremessada, ficando frustrada a posse pela intervenção do policial responsável pela guarda do presídio.

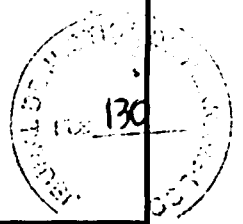
Em seu interrogatório o recorrente à f. 74 contou que tentou pegar as bolsas arremessadas para dentro do presídio, pois iria receber R\$300,00 (trezentos Reais) de Marcelinho para pegar as duas sacolas de propriedade dele, contudo Marcelinho não havia revelado o conteúdo do que havia nas sacolas. Relatou ainda, que tentou fazer o serviço em virtude de uma dívida em dinheiro que ele tinha com Marcelinho. Por fim, narrou perante o juiz que não conseguiu chegar até as bolsas, pois foi atingido por um disparo de arma de fogo.

A testemunha Josenildo Luiz da Silva à fl. 75 relatou que estava no Posto 07 quando visualizou uma pessoa que tentava arremessar duas sacolas para dentro do presídio e que diante de tal atitude efetuou o primeiro disparo para dentro do presídio, momento em que houve dispersão dos presos, mas o recorrente continuou se dirigindo no sentido do muro razão pela qual desferiu um tiro na direção do recorrente.

O também policial militar, Erick Fernandes dos Santos, à fl. 76 prestou seu depoimento nos mesmos termos do também funcionário Josenildo da Silva. Contou que no momento do ocorrido se encontrava no Posto 08 e viu o apelante correr em direção dos pacotes arremessados e que o mesmo conseguiu pegá-los. Narrou que provavelmente há um dono da droga arremessada, mas que não tem conhecimento de quem seja ou se ele ameaça alguém para fazer o trabalho de recebimento dos entorpecentes no presídio. Derradeiro relatou de depois de ferido o recorrente foi levado pelos outros presos para a entrada do Aníbal Bruno e de lá foi socorrido.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



Desta forma, não há presente nos autos prova produzida que autorize a condenação do recorrente pela prática do delito de tráfico de drogas. Como bem se sabe, no direito penal é mister a demonstração por parte do órgão acusatório de que o denunciado haja de fato praticado a conduta, o verbo descrito no tipo, bem como as demais elementares para que haja a decretação de uma condenação penal.

Como bem salientado no parecer da Douta Procuradoria de Justiça acostado às fls. 116/117 o apelante não chegou a se apoderar da droga arremessada, ficando frustrada pela intervenção policial responsável pela guarda do presídio. A 11ª procuradora de justiça defendeu em sua peça opinativa, a impossibilidade de condenação em razão da atipicidade da conduta, no mesmo viés das contrarrazões e das alegações finais apresentadas pelo Ministério Público.

Outrossim, apesar do crime previsto no art. 33 da Lei de drogas ser um delito de conteúdo típico alternativo, múltiplo ou variado, englobando diversas condutas, entendo que no caso em tela, não houve a incidência de nenhum dos núcleos incriminadores previstos no art. 33 da Lei 11.343/06. Assim, não cometendo o recorrente nenhuma das condutas, verbos arrolados pelo artigo da Lei há de se concluir pela atipicidade da conduta desempenhada.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

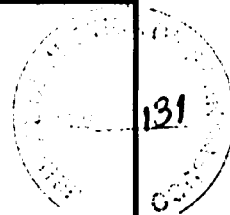
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Cabe salientar ainda, a inadmissibilidade da tentativa na hipótese da conduta de posse de entorpecente, uma vez que, em tal situação o delito se trata de crime de mera conduta. Entendimento perpetrado pelos Tribunais Superiores e pela doutrina majoritária.

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL COMPROVADO. TENTATIVA DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DE MERA CONDUTA. HIPÓTESE QUE SE AMOLDA A UMA DAS CONDUTAS TÍPICAS DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS QUE JUSTIFICA O AUMENTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE JÁ RECONHECIDA NA SENTENÇA. PERDÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO ART. 41



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



DA LEI DE TRÁFICO. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO ART. 40, V, DA LEI. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL REDUTOR MÁXIMO DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITRÁFICO. NÃO ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES EXIGIDAS PELO DISPOSITIVO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. É descabida a absolvição do crime de associação para o tráfico ao se constatar, por meio das provas coligidas nos autos, máxime as produzidas na instrução, o vínculo associativo estável entre os acusados, que prestaram apoio à ação delituosa, participando, efetivamente, do planejamento e da execução da empreitada. 2. **Uma vez que o crime de tráfico se trata de delito de mera conduta, improcede o reconhecimento da tentativa, pois que com a simples adequação a um dos núcleos do tipo, há a consumação, ainda que não tenha o acusado tenha adquirido o entorpecente.** 3. Inviável, por sua vez, a redução da pena-base do crime de tráfico de drogas, tendo em vista a quantidade de material apreendida (02kg), a qual justifica, a teor do art. 42 da Lei de Drogas, o aumento contestado. 4. Reputa-se contraditório o pedido de aplicação da atenuante da confissão espontânea quando constatado que já houve, em favor do apelante, o seu reconhecimento da sentença condenatória. 5. Inaplicável o perdão judicial com base no art. 13, da Lei n.º 9.807/99, pois que, em se tratando de crimes de tráfico, incide o instituto previsto pelo art. 41 da própria Lei de Drogas. 6. Inaplicável, ainda, o percentual redutor máximo do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. (TJ-AC - ACR: 463 AC 2010.000463-8, Relator: Des. Arquilau Melo, Data de Julgamento: 29/04/2010, Câmara Criminal)

Ante o exposto, em consonância ao parecer da Douta Procuradoria de Justiça, voto pelo **provimento do apelo**, para que o recorrete seja absolvido da imputação descrita na denúncia.

Recife, 02 de 10 de 2013.

Mf

Des. Mauro Alencar de Barros

Relator

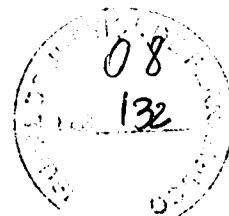


PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE CEP: 50010-040 Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)



APELAÇÃO CRIME Nº 0000901-97.2012.8.17.0001 (302.471-3)

COMARCA DE ORIGEM: Recife (2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes)

APELANTE(S): **Rogério Martins da Silva**

APELADO: Ministério Público Estadual.

RELATOR: Des. Mauro Alencar de Barros.

REVISOR: Des. Antonio Carlos Alves da Silva.

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA: Dra. Judith Pinheiro Silveira Borba.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

VOTO DE REVISÃO

Perante o d. Juízo da 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes da Comarca de Recife, Rogério Martins da Silva, devidamente qualificado, foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 33 e 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que no dia 30 de dezembro de 2011, por volta das 08:45 horas, nas imediações do Posto 7 do Presídio Professor Aníbal Bruno, pessoa não identificada arremessou por sobre o muro do referido estabelecimento prisional 02 (duas) sacolas plásticas com conteúdo não conhecido naquele momento, oportunidade em que o réu Rogério Martins da Silva correu em direção as mesmas. O policial militar que se encontrava de serviço na guarita mais próxima, observando àquela movimentação, procedeu a 04 (quatro) disparos para o alto, à título de advertência à pessoa do réu, todavia este ignorou a ação e continuou correr em direção as sacolas, chegando a alcançar as mesmas. Todavia, antes que pudesse tomar posse mansa e pacífica do que havia no interior delas, o miliciano, utilizando-se do seu último recurso administrativo para conter o réu, desferiu mais um disparo de arma de fogo, vindo a atingir o denunciado em região não letal, tendo o mesmo caído ao solo, ferido na perna.

Ao serem abertas as sacolas, restou constatado que no interior delas haviam 2,965 kg (dois quilos, novecentos e sessenta e cinco gramas) da substância entorpecente popularmente conhecida por "maconha", conforme Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14), Laudo Preliminar (fls. 22) e Laudo Pericial (fls. 23).

Após a instrução criminal, com o interrogatório (fls. 74) e oitiva das testemunhas (fls. 75/77), sobreveio a sentença de fls. 83/85, julgando procedente a pretensão punitiva, para condenar Rogério Martins da Silva como incurso nas sanções do artigo 33, c/c o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas totais de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixando o valor unitário no mínimo legal.

Inconformada, a defesa do réu recorreu (fls. 96), buscando em suas razões (fls. 97/98), basicamente, a reforma da sentença, com a absolvição do réu, considerando "*a precariedade das provas acerca do seu envolvimento com possível tráfico de drogas*", assim como a atipicidade da conduta, vez que "*o acusado sequer chegou a apoderar-se da droga apreendida*".

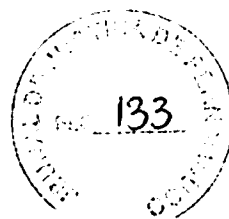


PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE CEP: 50010-040 Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)



Contrarrazões ministeriais às fls. 112/113, pleiteando pelo provimento do recurso defensivo, com a conseqüente absolvição do acusado, ao argumento de ser inadmissível a hipótese de tentativa de tráfico de drogas.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, na pessoa da Dra. Judith Pinheiro Silveira Borba, opinou às fls. 116/117, pelo provimento do recurso defensivo, ao argumento de que, realmente o apelante não teve a posse da droga, não praticando qualquer ato de execução do tipo pelo qual restou condenado.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Incorre, na espécie, qualquer nulidade ou irregularidade processual a ser enfrentada, razão pela qual não há impedimento para a análise do mérito.

Analisei atentamente as razões recursais da i. defesa, as contrarrazões recursais da combativa Promotora de Justiça, bem como o esclarecedor parecer da d. Procuradoria de Justiça e, atendo-me aos elementos coligidos, tenho que o apelo defensivo merece ser provido, pelos motivos que ora declino, senão veja-se:

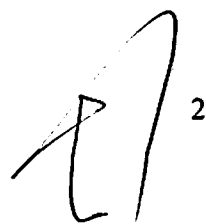
Compulsando detidamente os autos, percebe-se que a conduta imputada ao réu Rogério, tal como narrada pela denúncia, não constitui ilícito penal, eis que não se amolda a qualquer tipo penal previsto em nosso ordenamento jurídico.

Isso porque, em que pese ter restado comprovada sua intenção ao correr em direção as sacolas arremessadas para o interior do estabelecimento prisional, onde pretendia praticar o tráfico ilícito de drogas, tal objetivo, em verdade, não foi alcançado, ou seja, a intenção do ora apelante não se materializou em nenhuma conduta típica, sendo certo que o Direito Penal não pune o ânimo do agente, enquanto não exteriorizado em sua conduta, considerando que foi interceptado e alvejado pela guarda do Presídio antes de tomar posse da substância entorpecente.

Veja-se o que narra a inicial acusatória, relativamente aos fatos:

"(...) Aos 30.12.2011, por volta das 08:45 horas, nas imediações do Posto 7 do Presídio Professor Aníbal Bruno, nesta capital, pessoa(s) não identificada(s) lançou(aram) por sobre o muro do mesmo 02 (duas) sacolas plásticas com conteúdo até então era desconhecido, momento em que o denunciado correu em direção às mesmas em desabalada carreira. Nessa ocasião o policial militar que se encontrava de serviço na guarita mais próxima, a título de advertência à pessoa do denunciado, procedeu 04 (quatro) disparos de arma de fogo para o alto, fato este que não impediu a ação do denunciado, o qual chegou a alcançar as referidas sacolas. Entretanto, antes que pudesse fazer uso manso e pacífico do que havia no interior daquelas, o policial em questão, utilizando-se de seu último recurso administrativo para conter o denunciado, desferiu disparo de arma de fogo que atingiu o denunciado em região não letal, levando-o, ferido, ao solo (...)" (fls. 03).

É somente essa a conduta imputada ao apelante, a qual restou incontestavelmente comprovada ao longo da instrução processual.

 2



134

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE CEP: 50010-040 Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Contudo, tal conduta, a qual, repita-se, encontra-se comprovada nos autos, não constitui crime, eis que não se amolda à figura típica prevista pelo art. 33 *caput* da Lei nº 11.343/06, bem como a qualquer outra positivada em nosso ordenamento jurídico penal.

Veja-se a redação do supracitado dispositivo legal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Cotejando-se a conduta praticada pelo apelante com o texto legal acima, percebe-se que ela não se amolda a qualquer das hipóteses previstas, eis que o recorrente não chegou a praticar nenhum dos verbos elencados pelo artigo de Lei acima transcrito, muito provavelmente porque foi alvejado antes.

Ora, é certo que Rogério correu em direção as sacolas arremessadas para recolhê-las e posteriormente entregá-las ao seu verdadeiro dono, terceiro indivíduo, e por este serviço receber a importância de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Tal propósito do réu constitui, em tese, o crime de tráfico de entorpecentes, eis que ele estaria "transportando" ou "trazendo consigo" "drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Isso, por óbvio, se tal intenção tivesse se concretizado, isso é, se a execução material do crime tivesse ao menos se iniciado.

Contudo, no presente caso, tem-se que tal propósito não se materializou. Afinal, ele correu em direção as sacolas que continham a maconha que deveria transportar até o seu verdadeiro dono. Porém, o vigia que estava de guarda no Posto 7, ao perceber a movimentação tratou de impedir a ação que ele pretendia praticar, ou seja, sem levar consigo as drogas, não tendo, nesse sentido, se materializado o tráfico.

Nesse contexto, a verdade é que o elemento anímico presente na mente do apelante não chegou a se materializar em sua conduta externa, não tendo ultrapassado o nível da preparação de futura conduta criminosa, o que, por si só, não constitui conduta típica.

É curial que ao Direito Penal é absolutamente irrelevante o pensamento do agente enquanto ainda não iniciada a execução de eventual crime, independentemente de restar integralmente atingido o propósito delituoso ou não (figura do crime tentado), mas sendo imprescindível, em qualquer caso, ao menos o início da conduta ilícita.

Nesse sentido preleciona a melhor doutrina:

"Há um caminho que o crime percorre, desde o momento em que germina, como ideia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma no ato

PTC (apcr nº 302.471-3)

3

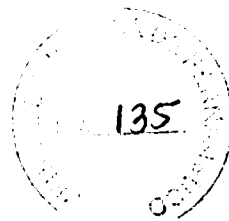


PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE CEP: 50010-040 Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)



*final. A esse itinerário percorrido pelo crime, desde o momento da concepção até aquele em que ocorre a consumação, chama-se **iter criminis** e compõe-se de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e de consumação), ficando fora dele o exaurimento, quando se apresenta destacado da consumação. Mas nem todas as fases dessa evolução interessam ao Direito Penal, como é o caso da fase interna (cogitatio).*

(...)

O primeiro momento é a chamada cogitatio. (...) Nesse momento puramente de elaboração mental do fato criminoso, a lei penal não pode alcançá-lo, e, se não houvesse outras razões, até pela dificuldade da produção de provas, já estaria justificada a impunibilidade da nuda cogitatio. Como ensinava Welzel, 'a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada'.

(...)

O passo seguinte é a preparação da ação delitosa que constitui os chamados atos preparatórios, os quais são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva; arma-se dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procura o local mais adequado ou a hora mais favorável para a realização do crime etc. De regra, os atos preparatórios também não são puníveis, apesar da opinião dos positivistas, que reclamam a punição como medida de prevenção criminal (teoria subjetiva), uma vez que o nosso Código Penal exige o início da execução." (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 465).

Aplicando tal teorização ao presente caso concreto, tem-se que o réu Rogério limitou-se à fase de preparação de futuro crime de tráfico, a qual consistiu na sua tentativa de pegar as sacolas plásticas arremessadas para o interior do Presídio.

Tendo sua conduta se resumido a isso, é incontestável que o crime de tráfico de drogas não chegou a ser executado, sendo certo que a agente apenas o preparou, mas não deu início à sua execução.

Nesse sentido, condenar o réu pelo crime de tráfico de drogas significaria, **concessa máxima venia**, punir a mera preparação de crime futuro e ainda não iniciado, e que não encerra, em si mesma, figura típica autônoma, o que não se admite no Direito Penal brasileiro.

Destaque-se, ainda, não haver que se falar na prática, pelo réu, do delito de tráfico em sua modalidade tentada, eis que esta se dá na hipótese de ter se iniciado a execução material do crime, o qual, contudo, não se consuma em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente. Assim, não tendo a execução do delito nem mesmo se iniciado, atendo-se o agente a meros atos preparatórios, descabe a classificação de sua conduta como crime tentado, eis que, em verdade, encerra conduta atípica e penalmente irrelevante.

Sobre o tema:

PTC (apcr nº 302.471-3)

4



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

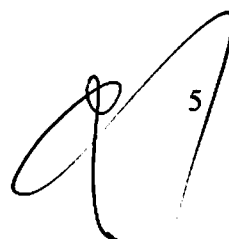
Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE CEP: 50010-040 Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

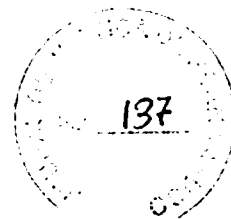
"CRIMINAL. RESP. TRÁFICO DE ENTORPECENTES DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. TIPO DE AÇÃO MÚLTIPLA DE CONTEÚDO VARIADO. DOLO GENÉRICO DE LEVAR CONSIGO A DROGA. CRIME DE TRÁFICO CONSUMADO. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. RECURSO PROVIDO. O crime de tráfico de entorpecentes se exaure na modalidade de trazer consigo a substância entorpecente, não podendo se falar em tentativa. O tipo penal previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas. Para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes imputado à recorrida, basta o dolo genérico de levar consigo a droga, com o "animus" de traficar. A causa de aumento de pena prevista no inc. IV do art. 18 da Lei n.º 6.368/76, incide sempre que quaisquer dos crimes referidos pela Lei Antitóxicos seja cometido nos lugares ali relacionados, não importando se o agente do crime é custodiado, ou não, pela instituição carcerária. Afastada a incidência da figura da tentativa deve ser restabelecida a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes. Dirimida a questão acerca da incidência do inc. IV, do art. 18 da Lei n.º 6.368/76, deve ser determinada a inclusão do respectivo aumento na dosimetria da pena imposta em 1.º grau de jurisdição. Recurso que deve ser provido para, reformando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença monocrática quanto à condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, anulando-a tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da causa especial de aumento de pena do art. 18, inc. IV, da Lei n.º 6.368/76. Recurso provido nos termos do voto do relator." (REsp 283.679/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 373)

"PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI . 368/76. ART. 12. CONSUMAÇÃO. "O crime previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76 é de ação múltipla e está consumado na modalidade "trazer consigo", não havendo que se falar em tentativa de importação de substância entorpecente. " (Precedentes). Recurso conhecido e provido. " (RESP N.º 113.303/PR; Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca; DJ 22/11/1999).

Registre-se que não se está a concluir pela insuficiência, uma vez que a conduta a ele imputada restou, de fato, solidamente comprovada, nos exatos termos em que narrada pela denúncia. O que se está a afirmar é que tal conduta não constitui crime, mas sim mera preparação de crime futuro que não chegou a ser executado.

Em conclusão, tenho por descabida qualquer condenação em desfavor do recorrente, já que a conduta por ele materialmente praticada, em si mesma, não encerra qualquer ilícito penal, sendo, por conseguinte, atípica, motivo pelo qual se impõe sua absolvição.

 5



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE CEP: 50010-040 Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso da defesa, ***para absolver o réu Rogério Martins da Silva***, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em se tratando de sentença absolutória, devem ser cancelados o pagamento das custas e eventuais registros cartorários.

Expeça-se alvará de soltura em favor de Rogério Martins da Silva, salvo prisão por outro motivo.

É como voto.

Recife, de de 2013.

Des. **Antonio Carlos Alves da Silva**
Revisor