

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0551185-75.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO Advogado (s):DAIANE OLIVEIRA NASCIMENTO, CARINE OLIVEIRA NASCIMENTO ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SENTENÇA QUE RECONHECEU E DESCLASSIFICOU PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ART. 28, § 2º, DA LEI 11.343/2006, ESTABELECE OS CRITÉRIOS PARA DEFINIR QUAL O CRIME PERPETRADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E PESSOAIS, BEM COMO ANTECEDENTES. RÉU FLAGRADO COM QUANTIDADE ÍNFIMA. CONTEXTO DA PRISÃO NÃO DEMONSTRA A MERCANCIA. POLICIAIS NÃO APONTAM O TRÁFICO. HAVENDO DÚVIDA, É IMPERIOSO O RECONHECIMENTO DO CRIME DE CONSUMO PESSOAL. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. De pronto, calha destacar que a presente apelação tem como questão nuclear a condenação do Apelado, como incurso nas sanções previstas nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, afirmando haver provas robustas acerca da autoria delitiva. 2. De acordo com a denúncia, no dia 23 de julho de 2018, por volta de 20:00h, na Rua Susunga, bairro de São Caetano, em Salvador/BA, policiais militares faziam ronda na região, quando encontraram o acusado e, suspeitando, procederam à sua abordagem e revista, sendo encontrado, dentro da cueca dele, 39 balinhas de maconha, massa bruta de 59,42g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, embaladas em plástico transparente e em papel alumínio, prontas para comercialização. 3. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adéque-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Por sua vez, com núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – a Lei de Drogas faz previsão, também, do crime de uso pessoal, previsto no art. 28. Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio. 4. Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais. 5. O primeiro ponto a se destacar é a ínfima quantidade encontrada com o réu, apenas 59,47g (cinquenta e nove virgula quarenta e sete gramas) de maconha, materializadas por meio de 39 (trinta e nove) porções. A pessoa que compra substância ilícita para consumo pessoal não necessariamente adquire uma ou duas porções. Compra-se, em verdade, a quantidade que utilizará em uma ou duas semanas, ou até mesmo o que consumirá em um mês. No caso dos autos, o acusado, ao ser ouvido em Juízo, negou a posse e propriedade de maconha para fins de comercialização, asseverando ser usuário e que pretendia adquirir entorpecente para seu consumo. 6. Não bastasse tais elementos, dos excertos referentes aos depoimentos prestados

pelos policiais, extrai-se que, malgrado as drogas tenham sido encontradas com o acusado, não há qualquer narrativa de que ela seria destinada ao tráfico, a formar a convicção necessária e exigida para se subsumir a conduta do réu ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Em verdade, o policial que testemunhou, ao ser ouvido em Juízo, fora claro ao asseverar que, além de nunca tinha visto o réu antes do fato em apuração, não lembra de o réu ter informado que a droga era para vender. Neste mesmo sentido, pontuou a Douta Procuradora de Justiça em parecer. Assim, portanto, seria desarrazoado reconhecer o crime de tráfico ilícito de drogas quando nenhuma das circunstâncias aponta para tal. 7. Diante deste contexto, impõe-se a manutenção do decisum vergastado, para desclassificação do crime descrito na exordial para o de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. 8. Parecer do Ministério Público pelo conhecimento e não provimento 9. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0551185-75.2018.8.05.0001, em que figura como apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e apelado o ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso de Apelação, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, Presidente Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Maioria Salvador, 6 de Junho de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0551185-75.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO Advogado (s): DAIANE OLIVEIRA NASCIMENTO, CARINE OLIVEIRA NASCIMENTO RELATÓRIO Versam os autos sobre Apelação Criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, irresignado com a sentença proferida nos autos da ação penal nº. 0551185-75.2018.8.05.0001, que tramitou perante o Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, cujo teor julgou improcedente o pedido constante da denúncia e desclassificou a conduta imputada por infração o art. 33, da Lei nº 11.343/2006, para aquela tipificada no art. 28, do mesmo diploma legal. Em suas razões recursais, informa que: “no dia 23 de julho de 2018, por volta das 20h00min, ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO, ora Denunciado, estava na posse de substância entorpecentes com a finalidade de comercialização, na Rua da Susunga, bairro São Caetano, nesta capital (...) Realizada perícia no material apreendido, verificou-se que corresponde a: 59,42g (cinquenta e nove gramas e quareta e dois centigramas) de maconha, distribuídos em 39 (trinta e nove) porções, algumas envoltas em plásticos transparente, e outras em papel alumínio, conforme Laudo de Constatação (fl. 21 do Inquérito Policial n. 119/2018)” Explica que: “O Auto de Exibição e Apreensão da (s) droga (s), dinheiro e outros pertences, indicando 39 (TRINTA E NOVE) TROUXINHAS DE UMA SUBSTÂNCIA QUE APARENTA SER MACONHA e a quantia de R\$ 9,00 (NOVE REAIS) (pg. 14); o Laudo de Constatação/ Toxicológico Definitivo positivo para maconha (pg. 29); e, os depoimentos e interrogatório (s) extrajudiciais (pgs. 07 e 09/10) e judiciais (pgs. 122/123 e 207/208) comprovam a existência do (s) crime (s), bem como demais dados do local, circunstâncias, comportamento do Apelado, forma “trazer consigo” e o acondicionamento das drogas.” Assevera que: “Não pairam dúvidas acerca do intuito mercante da substância, vez que disposta

em quantidade de porções e modo de acondicionamento característico e próprio de tal finalidade, a saber: 39 (trinta e nove) porções de maconha, massa bruta de 59,47g (cinquenta e nove gramas e quarenta e sete centigramas), envoltas individualmente em plásticos transparentes ou papel alumínio; além da quantia de R\$ 9,00 (nove reais) em espécie (Auto de Exibição e Apreensão, pg. 14; Laudo de Constatação/Toxicológico Definitivo, pg. 29).” Esclarece que: “não é crível que o Apelado portasse, em via pública, 39 (trinta e nove) porções individualizadas de maconha, perfazendo a significativa gramatura de 59,47g (-), sem o “escopo de difusão clandestina” (nas palavras do Juízo sentenciante, pg. 259), notadamente, por tal quantidade de estupefaciente não se adequar, em absoluto, ao mero consumo próprio de um único indivíduo naquele momento (ou quiçá em momento próximo).” Acrescenta que: “com lastro nas provas produzidas (especialmente os testemunhos judiciais e extrajudiciais condizentes com o Laudo de Apreensão das drogas e o Laudo de Constatação delas), não subsiste a hipótese de porte de drogas apenas para consumo próprio, ao contrário do que concluiu o Juízo a quo. Veja-se que o flagrante foi devidamente homologado pelo Juízo de Custódia, sendo concedida a liberdade provisória condicionada, não restando mácula na prisão. E mais, sequer houve uma mínima contradita em desfavor do testemunho do SDPM JOÃO VITOR PEREIRA DE SOUZA, arrolado na exordial acusatória e ouvido em Juízo.” Afirma que: “o (s) Apelado (s) possui (em) condenação (ões) e responde (em) a outro (s) processo (s) criminal (ais) também por tráfico de drogas, como evidencia breve consulta eSAJ/BA (condenação na AP 0523291-90.2019.8.05.0001, prolatada pelo Juízo a quo, com trânsito em julgado ocorrido em 08.09.21; e , condenação na AP 0704499-36.2021.8.05.0001, prolatada pela 1ª Vara de Tóxicos, em grau de recurso), além dos documentos já constantes dos autos, que reúnem os dados concretos do grave crime, no que explota personalidade voltada à prática criminosa, donde sequer lograr o benefício do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos (primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa – cuja única destas ocorrências é suficiente para extirpar tal minoração).” Ao final, requer que: “seja a mesma provida, para a reforma da r. sentença recorrida, quanto à improcedência e concomitante desclassificação do fato delituoso para o do art. 28, da Lei 11.343/06, proferida pelo Juízo a quo (pgs. 255/264), condenando, por conseguinte, ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO no tipo penal do art. 33, da Lei 11.343/06.” Em sede de contrarrazões, a Defesa refutou os argumentos do apelo interposto, pugnando pelo desprovimento do recurso. Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria. Remetidos os autos à Douta Procuradoria de Justiça, a ilustre Procuradora de Justiça Áurea Lúcia Souza Sampaio Loepp opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso de Apelação, a fim de que seja mantida a sentença a quo em todos os seus termos, conforme opinativo de Id. 62197672. Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador, data da assinatura eletrônica. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0551185-75.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO Advogado (s): DAIANE OLIVEIRA NASCIMENTO, CARINE OLIVEIRA NASCIMENTO VOTO 1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação

ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior<sup>1</sup> afirma que: “é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.” Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior<sup>2</sup> também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI<sup>3</sup>, l’appello è il mezzo di impugnazione ordinario che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “crítica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI, anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.” Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci<sup>4</sup>: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria<sup>5</sup>. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.” Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos<sup>6</sup>: “A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.” Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe<sup>7</sup>: “=>Requisitos objetivos: → Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593. → Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581. → Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri. → Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento. → Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não

habilitado. → Preparo: exige-se nas ações penais privadas. => Requisitos subjetivos: → Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.” Volvendo olhares para os autos, verificada a tempestividade dos recursos em tela, bem como a presença dos demais requisitos de admissibilidade exigidos para o manejo, deverão ser conhecidos, razão pela qual passamos à análise do mérito. 2. DO MÉRITO Emerge dos autos que o Magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido constante da denúncia em desfavor do recorrido ALEXANDRE DOS SANTOS TORQUATO e desclassificou a conduta imputada por infração o art. 33, da Lei nº 11.343/2006, para aquela tipificada no art. 28, do mesmo diploma legal. De pronto, calha destacar que a presente apelação tem como questão nuclear a condenação do Apelado, como incurso nas sanções previstas nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, afirmando haver provas robustas acerca da autoria delitiva. De acordo com a denúncia, no dia 23 de julho de 2018, por volta de 20:00h, na Rua Susunga, bairro de São Caetano, em Salvador/BA, policiais militares faziam ronda na região, quando encontraram o acusado e, suspeitando, procederam à sua abordagem e revista, sendo encontrado, dentro da cueca dele, 39 balinhas de maconha, massa bruta de 59,42g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, embaladas em plástico transparente e em papel alumínio, prontas para comercialização. Por tal razão, fora ele denunciado e condenado pelas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006 – tráfico ilícito de drogas. Pois bem. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adéqüe-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Dispõe o texto 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. Sobre este tipo penal, Luiz Flávio Gomes vaticina: “Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico.” Cesar Dário Mariano da Silva escreve: “Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica. Os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.” Sobre o delito em comento, Cleber Masson e Vinícius Marçal lecionam:8 “Como deixa claro o caput do art. 33 da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando a realização de alguma das condutas previstas no

tipo penal<sup>9</sup>. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas”. Extrai-se daqui, que não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância. Por sua vez, com núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – a Lei de Drogas faz previsão, também, do crime de uso pessoal, previsto no art. 28 nos seguintes termos: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio. Fazendo uma diferenciação simples entre o crime de tráfico e o de uso pessoal, Paulo Queiroz e Marcus Mota Moreira Lopes<sup>10</sup> ensina que: “Além disso, os verbos típicos não são exatamente os mesmos, embora coincidam no essencial. De todo o modo, temos que sempre que o agente praticar as ações descritas como constitutivas de tráfico (importar, exportar, remeter etc.) sem o objetivo de difusão (onerosa ou gratuita) para terceiros, mas visando apenas ao consumo próprio, responderá segundo o art. 28, na forma de adquirir, transportar ou trazer consigo droga.” Juarez Cirino dos Santos esclarece uma questão relevante sobre o concurso de condutas: “A conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas aparece no contexto de um concurso aparente de leis penais, porque está prevista em dois tipos legais da Lei 11.343/06: no art. 33, que define o tipo de tráfico; e no art. 28, que define o tipo de uso pessoal de drogas. O dilema de interpretação é óbvio: como saber se a conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas é subsumível no art. 33, como tráfico de drogas, ou no art. 28, como uso pessoal de drogas? O concurso aparente é resolvido pelo critério da especialidade: o tipo especial (art. 28)

exclui o tipo geral (art. 33), porque contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres especiais, que afastam o tipo geral, segundo o princípio *lex specialis derogat legi generali* (Jescheck; Weigend, 1996; Santos, 2022, p. 447). Assim, se não existe indicação probatória da ação de ter em depósito ou de guardar droga para comercialização, então o tipo especial menos grave (art. 28) exclui o tipo geral mais grave (art. 33) da Lei de Drogas. Logo, a opção judicial de subsunção da conduta preexistente no tipo legal mais grave do art. 33, ignorando idêntica conduta no tipo legal menos grave do art. 28, infringe o princípio da especialidade, o mais importante critério do concurso aparente de tipos penais.” Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais. Pois bem. No caso sub examine, a peça acusatória narrou que, no dia 23 de julho de 2018, por volta de 20:00h, policiais militares, em atividade de patrulhamento ostensivo na Rua Susunga, bairro de São Caetano, suspeitaram de um indivíduo e procederam à sua abordagem e revista, sendo encontrado, dentro da cueca dele, 39 balinhas de maconha, massa bruta de 59,42g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, embaladas em plástico transparente e em papel alumínio, prontas para comercialização. De logo, atestando a natureza da substância, o laudo pericial definitivo, colacionado aos autos em Id. 61897612, fl. 25, constatou que fora positivo o resultado para “maconha”, pesando 59,472g e acondicionada em 39 porções, que, consubstanciada no Auto de Exibição e Apreensão (fl. 10, Id. 61897612), demonstra a materialidade delitiva. “LAUDO PERICIAL 2018 00 LC 035510-01: (...) RESULTADO – Detectada a substância tetrahydrocannabinol (THC). O tetrahydrocannabinol (THC), um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa L., encontra-se relacionado na Lista F-2 (Substâncias Psicotrópicas de uso proscrito no Brasil) da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor”. Sobre o tema, interessante entender o conceito de droga. O parágrafo único do art. 1º da Lei 11.346/06 preleciona: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Trata-se de norma penal em branco, preenchida pelo teor da portaria Nº 344 da ANVISA, em que são elencadas quais as drogas proibidas. Somente constando nesta portaria e tendo o status de substância proibida é que o item poderá ser considerado droga nos termos da lei 11.346/06. Quanto à autoria, o policial João Vitor Pereira de Souza confirmou, em Juízo, que as substâncias proscritas foram encontradas com o réu. Veja-se: “que se recorda da prisão do acusado, mas não lembra com exatidão dos fatos; que na época do fato nunca tinha prendido o réu, mas posteriormente ao fato voltou a conduzi-lo por tráfico; que as duas conduções foram na rua da Sussunga em pontos de tráfico de drogas; que se recorda que o réu foi flagrado no dia do fato com maconha fracionada em pequenas embalagens; que não se recorda quem fez a busca pessoal no acusado; que se recorda da

apreensão de dinheiro, mas não ao certo da quantia; que nunca tinha visto o réu antes do fato em apuração; que não tomou conhecimento do réu ser ligado ao tráfico de drogas; que o réu não aparentava ter feito uso de drogas; que não se recorda se o réu informou qual a destinação da droga apreendida; que com a chegada da polícia alguns indivíduos evadiram, mas o réu foi alcançado." O próprio réu, ouvido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, confessou a propriedade da droga, confirmando sua prisão em flagrante por portar com maconha. Deste modo, não há dúvida acerca da materialidade e autoria, sendo o réu, de fato, preso em flagrante por transportar substância prosrita. Deve-se compreender, agora, se a droga encontrada com o acusado era para fins de tráfico ou uso pessoal. O primeiro ponto a se destacar é a ínfima quantidade encontrada com o réu, apenas 59,47g (cinquenta e nove vírgula quarenta e sete gramas) de maconha, materializadas por meio de 39 (trinta e nove) porções. A pessoa que compra substância ilícita para consumo pessoal não necessariamente adquire uma ou duas porções. Compra-se, em verdade, a quantidade que utilizará em uma ou duas semanas, ou até mesmo o que consumirá em um mês. No caso dos autos, o acusado, ouvido pela autoridade policial e ratificado em Juízo, negou a posse e propriedade de maconha para fins de comercialização, asseverando ser usuário e que pretendia adquirir entorpecente para seu consumo: "(...) que o interrogado nega a imputação que ora lhe é feita. Admite ser usuário de maconha e que se encontrava na Rua da Susunga, em São Caetano, no início desta noite, para adquirir maconha para o seu próprio consumo, quando foi abordado por Policiais Militares. Que o interrogado diz que, no momento da abordagem policial, os traficantes correram, ficando para trás o interrogado. Que as 'balinhas' de maconha foram recolhidas pelos policiais que estavam espalhadas pelo mato, sendo sua propriedade atribuída a si. Que nunca traficou drogas ilícitas. Que pretendia adquirir uma 'balinha' de maconha, pelo valor de R\$ 5,00 (cinco reais). Que nunca foi preso ou processado anteriormente" "que estava com sua namorada na praça; que desceu para comprar balinha de maconha; que a viatura 0920 estava entrando; que os dois traficantes falaram que" melou "; que como não tinha nada, não correu; que como os policiais acharam as drogas dos traficantes, colocaram o interrogado no canto da parede e disseram que o mesmo teria que entregar onde era a casa onde os traficantes armazenavam armas e drogas; que se o interrogado falasse seria liberado; que como não sabia de nada, foi levado para um campo em Pirajá; que um dos policiais era evangélico e não permitiu as agressões; que os outros dois falaram que o acusado iria assumir a propriedade das drogas; que os policiais rodaram com o acusado por outros locais até depois irem para DT; que o policial Lázaro Leno não estava na guarnição; que os policiais já perseguiram o acusado há muito tempo; que um dos policiais já matou o primo do interrogado; que não havia comprado a droga ainda; que estava passando o dinheiro para o vendedor quando os policiais chegaram" Não bastasse tais elementos, dos excertos referentes aos depoimentos prestados pelos policiais, extrai-se que, malgrado as drogas tenham sido encontradas com o acusado, não há qualquer narrativa de que ela seria destinada ao tráfico, a formar a convicção necessária e exigida para se subsumir a conduta do réu ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Em verdade, o policial João Vitor Pereira de Souza, ao ser ouvido em Juízo, fora claro ao asseverar que, além de nunca ter visto o réu antes do fato em apuração, não lembra de o réu ter informado que a droga era para vender: "que se recorda da prisão do acusado, mas não lembra com exatidão dos fatos; (...); que as duas



conduções foram na rua da Sussunga em pontos de tráfico de drogas; que se recorda que o réu foi flagrado no dia do fato com maconha fracionada em pequenas embalagens; (...) que não se recorda se o réu informou qual a destinação da droga apreendida;" Neste mesmo sentido, pontuou a Douta Procuradora de Justiça em parecer de Id. 62197682: "A materialidade do crime restara devidamente demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão (id. 61897612 – Pág. 10) e pelo Laudo Pericial (id. 61897612 – Pág. 25, atestando se tratar de 59,42g da substância "maconha"). Destarte, não obstante esteja comprovada a materialidade delitiva, percebe-se que o caso sub examine não se trata de tráfico de drogas, porquanto não há provas nos autos capazes de caracterizar qualquer comércio de substâncias entorpecentes, sobretudo, pela pequena quantidade de drogas encontrada. Ou seja, não há provas da atuação efetiva do Apelado em nenhum dos núcleos do tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06." Assim, portanto, seria desarrazoado reconhecer o crime de tráfico ilícito de drogas quando nenhuma das circunstâncias aponta para tal. É o entendimento jurisprudencial: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVAS DE AUTORIA INSUFICIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. 1. Admite-se, em recurso especial, a desclassificação do delito quando para tanto bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão, como no caso em exame. 2. A apreensão de 20g de cocaína com o acusado, que afirmou ser para uso próprio, indica, neste caso, a configuração do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, pois, além desses elementos, nada mais foi produzido que sinalize para a possível prática do crime de tráfico de entorpecentes, não bastando o fato de a droga ter sido apreendida em diversas "trouxinhas". (Precedente.) 3. A condenação pressupõe prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria, situação não ocorrente na espécie, em que o Juízo condenatório apoiou-se em uma presunção. 4. Agravo regimental provido. (STJ – AgInt no AREsp: 741686 RO 2015/0165441-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/08/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2021) TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: DESCLASSIFICAÇÃO – PORTE PARA USO PRÓPRIO – ADMISSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL – APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS SEM QUALQUER OUTRO ELEMENTO A INDICAR A MERCANCIA OU OUTRO ATO DE TRÁFICO – RECURSO PROVIDO. "Na dúvida, necessária a desclassificação, ainda que com isso esteja-se correndo risco de brindar imerecidamente aquele que, pela realidade desconhecida, merecia a condenação pelo tráfico." (TJ-SP – APR: 15003017920218260439 SP 1500301-79.2021.8.26.0439, Relator: Jayme Walmer de Freitas, Data de Julgamento: 14/03/2022, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 14/03/2022) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE USO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA SEGURA DO SUPOSTO ENVOLVIMENTO DO RÉU NO TRÁFICO DE DROGAS. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. MERAS SUPOSIÇÕES. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. – No delito de tráfico, a existência de meros indícios não autoriza o decreto condenatório, devendo estar comprovada, de forma segura e firme, a traficância exercida pelo acusado. Observância ao princípio in dubio pro reo – Não havendo provas de que a droga apreendida em poder do réu se destinava à comercialização e se as circunstâncias indicam que a substância se destinava ao seu próprio consumo, impõe-se a desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente – Recurso provido. (TJ-MG – APR: 10701180160312001 MG, Relator: Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 24/04/2019, Data

de Publicação: 02/05/2019) Havendo dúvida se o acusado é traficante ou usuário, deve sempre prevalecer o crime de uso pessoal, mais favorável ao réu. O Poder Judiciário não pode, indistintamente, reconhecer usuários como traficantes, quando as circunstâncias e a ínfima quantidade de droga não apontam a mercancia. Como bem ressaltado por Walter Nunes da Silva Júnior e Olavo Hamilton, na obra “Drogas e Punitivismo – Superlotação carcerária, aumento de criminalidade e fomento das organizações criminosas”, quando alguém é flagrado com uma quantidade de droga, a tendência imediata é enquadrá-lo no crime de tráfico, cabendo ao sujeito demonstrar que, na verdade, a substância era para consumo pessoal. In verbis: “Por outro lado, observa-se que, quanto à distinção entre o consumo de drogas e o tráfico, não se adotou o sistema objetivo, tendo sido dada preferência ao flexível, estratégia que, como se verá no item seguinte, se revelou um grande equívoco, pois fomentou a atuação policial tendo em mente que, na dúvida, a apreensão de drogas nas mãos de pessoas da periferia se enquadra como tráfico, dado que o que distingue um e outro crime é o tipo subjetivo, ou melhor, o que se acredita que seja a intenção do agente. A redação empregada pelo legislador estimula esse pensamento. Para o crime do art. 28, caput e § 1º, exige-se a comprovação de que a ação foi praticada para fins de consumo próprio. Para o crime do art. 33, caput e § 1º, apresenta-se suficiente, apenas, a identificação do dolo, desacompanhado de qualquer fim específico (BALTAZAR JR 2015, pos. 35741). Na prática, a autoridade policial, ao flagrar alguém com a droga, se não comprovado que era para consumo, por presunção, entende que se trata de tráfico. Isto é, o flagranteado que prove ser a droga com ele encontrada era destinada para consumo, em evidente maltrato ao princípio da presunção de inocência.” Tem-se, aqui, fugido a lógica natural, o que não pode ocorrer. Se o indivíduo é flagrado portando uma quantidade de droga, a presunção deve ser no sentido de que é para o consumo pessoal, e não o contrário. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006, somente se a quantidade e natureza da droga, bem como as demais circunstâncias apontarem a mercancia, que o crime de tráfico deverá ser reconhecido. Diante deste contexto, impõe-se a manutenção do decisum vergastado, para desclassificação do crime descrito na exordial para o de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. 3. DA CONCLUSÃO Diante do exposto, consoante no parecer ministerial, voto no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação, mantendo incólume a sentença vergastada. Salvador, data da assinatura eletrônica. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator GLRG VI 239 1Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. 2Idem, p. 1596. 3DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. 4 Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418. 5 “O termo apelação deriva do vocábulo latino *appellationem*, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo *appellare*, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal, v. IV, p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal, v. V, p. 280). 6 Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. 7 Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. –

São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710. 8 Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40–41. 9 “A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canabica (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes” (STF, HC 69.806/G0, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 04.06.1993).” 10 QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23