

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001033-26.2021.8.05.0166 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CAIO GONCALVES DOS SANTOS Advogado (s): EDUARDO RAMILTON SANTOS REQUIAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSPORTAR DROGAS É ELEMENTAR DO CRIME DE TRÁFICO E DE CONSUMO PESSOAL. 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 ÍNFINA. CONTEXTO DA PRISÃO NÃO DEMONSTRA A MERCANCIA. POLICIAIS NÃO APONTAM O TRÁFICO. HAVENDO DÚVIDA, É IMPERIOSO O RECONHECIMENTO DO CRIME DE CONSUMO PESSOAL. NECESSIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. NÃO OCORREU A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. REMESSA DOS AUTOS PARA O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL POR SER CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. De pronto, calha destacar que a presente apelação tem como questão nuclear a absolvição ou a desclassificação do crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, para o delito de uso pessoal, descrito no art. 28 do mesmo Diploma. 2. De acordo com a denúncia, no dia 01 de setembro de 2020, por volta das 16:30 horas, na Rua José Lúcio, no Município de Miguel Calmon, policiais militares faziam ronda na região, quando encontraram o acusado e um menor que, ao avistarem a guarnição, começaram a andar descompassados. Diante de tal conduta suspeita, fora realizada abordagem pessoal, sendo o acusado flagrado com 24 (vinte e quatro) papелotes de cocaína, pesando, no total, 12,22g (doze gramas e 22centigramas). Por tal razão, fora ele denunciado e condenado pelas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006 – tráfico ilícito de drogas. 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 12,22g (doze gramas e vinte e dois centigramas) de cocaína, materializadas por meio de 24 (vinte e quatro) papелotes. A pessoa que compra substância ilícita para consumo pessoal não necessariamente adquire um ou dois papелotes. 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, afirmou que ligaram para ele oferecendo a droga e, como tinha trabalhado a semana inteira e o valor da droga estava barato, comprou as substâncias apreendidas. 6. Do contexto em que o acusado fora preso, depreende-se, apenas, que ele estava na companhia de um menor e que andara de forma descompassada ao perceber a presença da polícia. Não há indicativo de que estava usando a droga junto com o menor, muito menos de que estava repassando a substância para ele. Não bastasse, um dos policiais, ao ser ouvido em Juízo, fora claro ao asseverar que, além de não se recordar de nenhum traficante com o nome "Caio", não lembra de o réu ter informado que a droga era para vender. Outrossim, deve-se ressaltar que, dentre os bens apreendidos com o acusado, havia apenas a quantia de R\$100,00 (cem reais) e dois aparelhos celulares, não sendo encontrado com ele nenhum apetrecho que apontasse para o crime de tráfico, a exemplo de uma caderneta de anotações e cédulas de dinheiro trocado. Assim, seria desarrazoado reconhecer o crime de tráfico ilícito de drogas quando nenhuma das circunstâncias aponta para tal. 7. Diante deste contexto, impõe-se a 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, com a imediata remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por tratar-se de infração de menor potencial ofensivo. 8. Ressalte-se que, ao contrário do que fora pleiteado pelo acusado, não se trata de absolvição, pois a conduta de porte de droga ilícita para consumo pessoal não fora descriminalizada. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8001033-26.2021.8.05.0166, em que figuram como apelante CAIO GONÇALVES DOS SANTOS e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em CONHECER E DAR PARCIAL 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 provido em parte Por Maioria Salvador, 4 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001033-26.2021.8.05.0166 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CAIO GONCALVES DOS SANTOS Advogado (s): EDUARDO RAMILTON SANTOS REQUIAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Versam os presentes autos sobre Recurso de Apelação Criminal interposta por CAIO GONÇALVES DOS SANTOS, contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Miguel Calmon/BA que, nos autos da ação penal tombada sob o nº 8001033-26.2021.8.05.0166, julgou parcialmente procedente a denúncia formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA para condenar o acusado a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas). Em suas razões recursais, informa que: "Foi o recorrente denunciado pelo ilustre representante do Parquet, pela prática do tipo penal previsto no Art. 33 da Lei n.º 11.343/06, pois, segundo a exordial acusatória, foi preso em flagrante delito na data de 01 de setembro de 2020, por estar supostamente traficando substâncias entorpecentes". Explica que: "Diferentemente do que entendeu o ilustre Julgador a quo em suas conclusões, merece o acusado a

desclassificação do crime para a ira do art. 28, caput, da supracitada legislação". Assevera que: "Houve a informação do Recorrente em Juízo, tendo o mesmo apenas esclarecido como os fatos se passaram, sob a égide do contraditório e da ampla defesa, quando foram registradas fidedignamente as suas declarações, relembrando-se, por necessário, que, quando do seu interrogatório judicial, foi lhe dada a oportunidade de informar que era USUÁRIO; (...) diferentemente do que fez transparecer o Juízo "a quo" em seu "decisum", apenas na fase judicial (e não no Auto de Flagrante) as testemunhas de acusação não afirmaram que o Recorrente "seria traficante", não se sabendo como o mesmo chegou a tal conclusão, sendo certo, apenas, a imprestabilidade de tal afirmação para dar suporte ao decreto condenatório, vez que se trata de mera IMPRESSÃO PESSOAL, sendo estranho aos autos o motivo e/ou razões que o levou a tal conclusão". Esclarece que: "crime de tráfico de entorpecentes está previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, através da qual, além da previsão das condutas de tráfico (artigo 33), também previu a conduta do consumo (artigo 28), Definido o procedimento pela lei especial, distinguiu o tratamento para o crime de tráfico e de uso de entorpecentes, descrevendo as condutas que seriam punidas. Há entre os crimes de tráfico e consumo, elementares idênticas, a exemplo dos verbos ou núcleos adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar (artigo 33 da Lei 11.343./06); e, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo (artigo 28 da Lei 11.343./06), e, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Nobre Julgador deverá atender à natureza e à quantidade da substância apreendida (justificada pelo uso em excesso), ao local e às condições em que se desenvolveu a ação (em uma rua), às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (na época do crime era primário)". Acrescenta que: "Esqueceu-se o Órgão Ministerial, que a quantidade de droga encontrada, está devidamente comprovada, e a sua posse e destinação foram devidamente reconhecidas e confirmadas e não foi auferido o modus operandi do recorrente para praticar o crime. (...) segue-se os depoimentos das outras testemunhas, confirmando que o recorrente, é usuário de droga e desmentem a versão de tráfico". Ao final, requer que: "seja DADO PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO DE APELAÇÃO, reformando-se a sentença de 1º Grau, PARA QUE: Seja o Recorrente absolvido da acusação feita pelo Ilustre Representante do Ministério Público, tendo em vista que o mesmo incorreu no artigo 28 da lei exaustivamente citada, não havendo, portanto, o que se falar na prática do crime de tráfico de drogas, vez que restando excluído o DOLo". Em sede de contrarrazões, o Ministério Público 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 Maria de Fátima Campos da Cunha opinou pelo Conhecimento e Desprovimento do Recurso de Apelação. 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. 8001033-26.2021.8.05.0166 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CAIO GONCALVES DOS SANTOS Advogado (s): EDUARDO RAMILTON SANTOS REQUIAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 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 De pronto, calha destacar que a presente apelação tem como questão nuclear a absolvição ou a desclassificação do crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, para o delito de uso pessoal, descrito no art. 28 do mesmo Diploma. De acordo com a denúncia, no dia 01 de setembro de 2020, por volta das 16:30 horas, na Rua José Lúcio, no Município de Miguel Calmon, policiais militares faziam ronda na região, quando encontraram o acusado e um menor que, ao avistarem a guarnição, começaram a andar descompassados. Diante de tal conduta suspeita, fora realizada abordagem pessoal, sendo o acusado flagrado com 24 (vinte e quatro) papelotes de cocaína, pesando, no total, 12,22g (doze gramas e 22centigramas). 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. Dipõe 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. 339 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 penal10. 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 trazer 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>11</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. Na situação examinada, consta do auto de exibição e apreensão (ID 57858769, fl. 8) que fora apreendido com o réu 24 papelotes de cocaína, pesando 12,22g (doze gramas e vinte e dois centigramas), a quantia de R\$100,00 (cem reais) e dois aparelhos celulares. Atestando a natureza da substância, o laudo de constatação provisório (ID 57858769, fl. 17) e o laudo pericial definitivo (ID 57858775) constataram que fora positivo o resultado para benzoilmetilecgonina, substância proscriita e popularmente conhecida como cocaína. No que concerne à materialidade do crime, 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, os policiais Ronaldo Carvalho e Murilo Sampaio Matos confirmaram, em Juízo, que as substâncias proscriitas foram encontradas com o réu. Veja-se: “[...] que tem lembrança da diligência; que a abordagem no acusado e no menor; que o menor já era conhecido pelo fato de ser um rapaz bem problemático; que quando estavam patrulhando, percebeu uma atitude suspeita; quando resolveu abordar, percebeu que o acusado tinha dispensado um material e quando olhou aparentava ser cocaína; que não se recorda quantos papelotes eram; que Caio confessou a propriedade da droga; que não se recorda se ele falou que era para vender” (...)“que durante os 2 anos de trabalho em Miguel Calmon, não se recorda de um traficante chamado Caio; que estava acondicionada em pequenos sacos que são usados para geladinho; que pela quantidade acredita que a droga não era para uso; que a diligência ocorreu em um dos bairros problemáticos, que acha que era Braço Mindinho; que é dos bairros que mais intensificavam, principalmente a rua em que ocorreu o flagrante, onde é constante o tráfico de drogas ”. (SD/PM Ronaldo Carvalho) “[...] que foi testemunha de apresentação; que o réu foi conduzido à Delegacia pela Polícia Militar com droga; que viu a droga apresentada; que não se recorda se Caio confessou; que não lembra qual era a droga; que a família da mulher dele era toda envolvida com o tráfico de drogas”. (SD/PM Murilo Sampaio Matos) 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 cocaína. 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 12,22g (doze gramas e vinte e dois centigramas) de cocaína, materializadas por meio de 24 (vinte e quatro) papelotes. A pessoa que compra substância ilícita para consumo pessoal não necessariamente adquire um ou dois papelotes. 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, afirmou que ligaram para ele oferecendo a droga e, como tinha trabalhado a semana inteira e o valor da droga estava barato, comprou as substâncias apreendidas. 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. Do contexto em que o acusado fora preso, depreende-se, apenas, que ele estava na companhia de um menor e que andara de forma descompassada ao perceber a presença da polícia. Não há indicativo de que estava usando a droga junto com o menor, muito menos de que estava repassando a substância para ele. Não bastasse, o policial Ronaldo Carvalho, ao ser ouvido em Juízo, fora claro ao asseverar que, além de não se recordar de nenhum traficante com o nome "Caio", não lembra de o réu ter informado que a droga era para vender. Outrossim, deve-se ressaltar que, dentre os bens apreendidos com o acusado, havia apenas a quantia de R\$100,00 (cem reais) e dois aparelhos celulares, não sendo encontrado com ele nenhum apetrecho que apontasse para o crime de tráfico, a exemplo de uma caderneta de anotações e cédulas de dinheiro trocado. Assim, seria desarrazoado reconhecer o crime de tráfico ilícito de drogas quando nenhuma das circunstâncias aponta para tal. Neste mesmo sentido 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 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, com a imediata remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por tratar-se de infração de menor potencial ofensivo. Ressalte-se que, ao contrário do que fora pleiteado pelo acusado, não se trata de absolvição, mas, sim, de desclassificação, pois a conduta de porte de droga ilícita para consumo pessoal não fora descriminalizada. Consoante se observa do diploma legal, o porte de droga para consumo

pessoal permanece sendo um crime punido pelo ordenamento, havendo uma modificação, apenas, quanto ao caráter da penalidade, uma vez que não mais é admitido o encarceramento. Melhor explicando, de acordo com o art. 28 da Lei 11.343/2006, previsto no capítulo “Dos Crimes e Das Penas”, o consumo pessoal continua sendo um fato típico, ilícito e culpável e passa a ser punido da seguinte forma: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Rodrigo Azevedo e Laura Hypolito esclarecem<sup>1</sup>: “É importante enfatizar que a Lei 11.343/06 não descriminalizou o porte e consumo para fins de utilização pessoal. As condutas de consumir e portar continuam sendo tipificadas pela legislação. O que mudou, em comparação com o dispositivo legal anterior, foi apenas a resposta penal reservada ao usuário, a qual não pode mais ser a do encarceramento, fato que torna a legislação de drogas a única no ordenamento jurídico brasileiro com essa peculiaridade. Dessa forma, a lei prevê a despenalização e não a descriminalização. Esses conceitos possuem significados distintos, ainda que por vezes se confundam. Outra importante alteração se deu no sentido de equiparar o cultivo doméstico (art. 28, § 1º) à posse para uso pessoal. Na mesma lógica, foi definida uma mudança significativa em relação à conduta do consumo compartilhado (art. 33, § 3º), que deixou de ser equiparado ao tráfico, recebendo assim uma redução no apenamento, que a partir da nova legislação passou a ter sanção de seis meses a um ano de detenção, o que, de acordo com o art. 44, do Código Penal Brasileiro, permite a aplicação de penas restritivas de direitos, no mesmo sentido daquelas destinadas para o consumo.” Fazendo considerações sobre a descriminalização e a despenalização, Fiquene preleciona<sup>2</sup>: “a importância de não se confundir a descriminalização com a despenalização. Segundo ela, a primeira retira o caráter ilícito do fato, enquanto que a segunda apenas é um conjunto de medidas que buscam eliminar ou suavizar a pena de prisão, sem deixar de considerar a conduta como um delito.” Dessarte, tendo em vista que, malgrado tenha havido uma revitalização da pena, o porte de droga para consumo pessoal ainda persiste como crime, possuindo todas as consequências que uma condenação criminal possa ensejar, incabível falar em absolvição, sendo o correto dizer-se desclassificação.

3. DA CONCLUSÃO Diante do exposto, voto no sentido de CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Apelação para o fim de operar a desclassificação da conduta imputada ao acusado – tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) – para o crime descrito no art. 28 do mesmo Diploma Legal, determinando a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal, dado que o crime de consumo pessoal é de menor potencial ofensivo. Salvador, data da assinatura eletrônica. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator GLRG III 238 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. 4Curso 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). 6Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. 7Direito 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 “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 (...)” 10 “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 canábica (‘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).” 11QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23 12 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. A política criminal de drogas no Brasil. Um estudo contemporâneo sobre a legislação e seus impactos. Rev. Cien. Soc., Montevideo , v. 36, n. 53, p. 63–88, 2023 . Disponível em . Acesso em: 29 fev. 2024. <https://doi.org/10.26489/rvs.v36i53.3>.