



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENA-BASE. REDUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO ALTERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA MANTIDA.

AUTORIA E MATERIALIDADE. Depoimentos dos policiais coerentes e uniformes de modo a demonstrar que a droga apreendida pertencia ao réu e o destino era a comercialização. A prisão foi resultado de prévia investigação. Cumprido mandado de busca e apreensão na residência do réu, foram encontrados sete tabletes de maconha, pesando 79,3 gramas e a quantia de R\$ 80,00, em cédulas diversas. A quantidade de droga apreendida é incompatível com o uso. Ademais, a forma de acondicionamento (embalagens de diferentes tamanhos, vedadas e prontas para venda) é característica da mercancia. A prova testemunhal, aliada às circunstâncias do flagrante, comprova a prática do tráfico de drogas. Não há, então, que se falar em absolvição, tampouco em desclassificação para o delito de porte para uso pessoal, devendo ser mantida a condenação.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Inexistindo elementos concretos e idôneos para exasperação da pena-base, deve a basilar ser mantida no mínimo legal.

REGIME DE CUMPRIMENTO. Fixação do regime inicial deve ser compatível com a pena imposta, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal (O STF, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90- HC 111840, em 27/06/2012).

SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO. A vedação da conversão em penas restritivas de direitos (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06) já era considerada inconstitucional. A eficácia do dispositivo legal foi expressamente afastada com a Resolução n.º 05, de 2012, do Senado Federal. No caso concreto, o réu é primário, as circunstâncias do artigo 59 são favoráveis e os requisitos do artigo 44 do Código Penal estão preenchidos, sendo adequada e suficiente a substituição da pena de reclusão por duas restritivas de direito (uma de prestação de serviço à comunidade e outra de limitação de fim de semana).

PENA DE MULTA. A pena pecuniária é preceito secundário do tipo, sendo obrigatória sua imposição. O pedido de isenção da multa com base na alegada impossibilidade financeira deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal.



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

APELO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70051711976

COMARCA DE TRÊS PASSOS

MARCOS SCHULBACH

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, dar parcial provimento ao apelo para alterar a pena privativa de liberdade, fixando-a em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviço à comunidade e outra de limitação de fim de semana.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO.**

Porto Alegre, 01 de fevereiro de 2013.

DES. JAYME WEINGARTNER NETO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

O Ministério Público ofereceu denúncia contra MARCOS SCHULBACH, dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei n.º 11.343/06, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 21 de outubro de 2011, por volta das 08 horas, na Rua Osvaldo Cruz, n. 20, no Município de Três Passos, RS, o denunciado MARCOS SCHULBACH tinha em depósito, guardava, expunha à venda e entregava a consumo, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, tabletes, pesando aproximadamente 79,3 gramas, de cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, destinada à comercialização, consoante auto de apreensão da fl. 46, relatório de mandado de busca e apreensão da fl. 05 e auto de constatação da natureza da substância da fl. 08 do anexo Auto de Prisão em Flagrante.

Na ocasião, cumprindo mandado de busca e apreensão em razão de que havia informações indicando que o acusado estaria traficando, a Delegada de Polícia lotada nesta cidade e policiais civis, com o apoio de militares, deslocaram-se até a residência do acusado e passaram a efetuar buscas, apreendendo as porções da droga acima descrita, que estavam no quarto do denunciado, acondicionadas em uma sacola contendo seis tabletes embalados em plástico, bem como em uma cristaleira localizada na cozinha, na qual foi encontrada outra porção embalada da mesma forma. Além do entorpecente, foram apreendidas duas sacolas plásticas que apresentavam cheiro de “maconha”, uma xícara com três pontas de cigarros feitos com a droga, 05 (cinco) folhas de cannabis sativa e R\$ 80,00 (oitenta reais) pertencentes ao acusado, numerário dividido em cédulas de diversos valores.

Constatada a procedência das informações acerca da atividade criminosa perpetrada, o denunciado foi encaminhado à Delegacia de Polícia, lavrando-se o respectivo auto de prisão em flagrante.

O réu foi notificado (fl. 195-verso) e apresentou defesa preliminar (fls. 396/397).



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

A denúncia foi recebida em 13 de janeiro de 2012 (fl. 127).

Após regular trâmite do feito, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a ação penal, para condenar o réu, aplicando-lhe a pena de 01 ano e 09 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 10 dias-multa, na proporção de 1/30 do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato (fls. 453/459).

Inconformado, o réu apela.

Em razões, alega a inexistência de prova suficiente a embasar o juízo condenatório. Destacou que não há prova da comercialização do entorpecente e que não se pode desconsiderar que as testemunhas são policiais. Alternativamente, requer a desclassificação para o delito de posse para uso próprio. Caso mantida a condenação, postula o redimensionamento da pena aplicada. Afirmar que nenhum dos vetores do artigo 59 do CP desfavorece o réu, de modo que não se justifica a exasperação da pena-base. Ressalta que, até mesmo considerando a natureza da droga (maconha), impõe-se que a pena fique no mínimo legal. Pleiteia o afastamento ou a redução da pena de multa, uma vez que o réu é pobre e a pena pecuniária, para que seja executada, depende de condições mínimas de solvência pelo condenado. Por fim, defende a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como a imposição de regime de cumprimento, nos termos do artigo 33, §2º, do Código Penal (fls. 471/476).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 478/483).

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 488/496).

É o relatório.

VOTOS



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04/26), pelo auto de apreensão (fl. 08) e laudo de constatação definitivo (fl. 361).

Da mesma forma, a autoria está evidenciada no contexto probatório.

O réu, por ocasião do interrogatório, admitiu a posse da droga encontrada em sua residência, alegando, porém, que era para consumo pessoal. Disse que já usou todo tipo de entorpecente, mas que ultimamente estava usando somente maconha. Ressaltou que todas as vezes que roubou foi para sustentar o vício. Afirmou que fuma um ou dois cigarros por dia e que a droga encontrada (79 gramas) seria consumida em uma semana. Disse que pagou R\$ 100,00 pelo entorpecente e que, apesar de trabalhar, quem o sustenta é sua mãe, pois gasta todo seu dinheiro na aquisição de drogas. Admitiu ser amigo de Paulo César da Silva Quadros, vulgo “Fofó”, porém disse que não saem juntos e não tem conhecimento de eventual traficância por ele praticada.

Em contraponto, os depoimentos dos policiais. Suas declarações são coerentes e uniformes de forma a demonstrar que a droga apreendida pertencia ao réu e o destino era a comercialização. Em face de denúncias acerca do tráfico perpetrado pelo réu, inclusive envolvendo outro indivíduo chamado Paulo, vulgo “Fofó”, ele foi investigado previamente, com expedição de mandado de busca e apreensão, cujo cumprimento culminou na apreensão de drogas (sete tabletes de maconha, pesando 79,3 gramas) e na quantia de R\$ 80,00 em cédulas diversas, na residência do réu.

Segundo declarações de Carolina Virginia Bamberg Machado, Delegada de Polícia, no cumprimento do mandado de busca e apreensão, foi encontrado na casa do réu uma quantidade de droga embalada da



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

mesma maneira como estava embalada a droga encontrada com Paulo, vulgo “Fofo”, preso em flagrante por tráfico de drogas pouco tempo antes. Nas palavras da Delegada, a droga estava embalada, já devidamente separada, e a maneira de vedação da embalagem “era o mesmo estilo que a gente ainda não tinha visto aqui, que eram os pacotinhos embalados como queimadas, assim, como forma de vedação”. A Delegada relatou, ainda, que o réu, na ocasião da prisão, afirmou para os policiais que “o maior, que o mais importante a gente não havia encontrado, meio rindo, meio debochado”. Afirmou também que a droga estava embalada em pacotes de diferentes tamanhos, o que não é usual no porte para consumo próprio; ao contrário, evidencia que o entorpecente estava pronto para ser comercializado, em diversas quantidades já devidamente prontas para entrega ao comprador. Referiu que foi apreendida uma quantia em dinheiro, cerca de R\$ 80,00, dentro de uma carteira de cigarro, no quarto do réu.

No mesmo sentido, o depoimento de Fábio Ruzicki Conceição, policial civil. Ele confirmou que o réu estava sendo investigado pela prática de tráfico de drogas a teor do recebimento de várias denúncias nesse sentido. Segundo ele, pouco tempo antes da prisão do réu, Paulo, vulgo “Fofo”, foi preso em flagrante pela prática de tráfico. Na ocasião, ele estava em companhia de Marcos e de outro indivíduo chamado “Scandiel”. Os policiais tinham várias informações de que Marcos e Paulo estavam traficando, o que se confirmou, quanto ao réu, no cumprimento do mandado de busca e apreensão. Em suas declarações, o policial descreveu detalhadamente as circunstâncias do cumprimento do mandado de busca e apreensão (fls. 428/431):

“[...] nós nos dividimos dentro da casa porque também havia a denúncia de que ele também estaria armado, fazia essa venda armado, armado de um revólver calibre 32, se não me engano. E aí nesse mandado



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

de busca nós nos dividimos e a colega Vera, no quarto do Marcos, a colega Vera encontrou dentro do travesseiro dele, encontrou a droga em tijolinhos, em princípio específica para a venda. Também encontramos um quadro, que a princípio, inicialmente achávamos que era uma pintura, que era desenhado, na delegacia nós constatamos que aquele quadro era folhas de maconha mesmo, que estavam lá exposto na casa dele. E também foram apreendidos celulares, se eu não me engano, e também plásticos, que esse até fui eu que encontrei. Quando eu entrei na área de serviço da casa, ao mexer nas coisas, ali ao verificar, veio aquele cheiro da maconha assim e... aquele cheiro estava nos plásticos, nas sacolas plásticas, acredito que ele tenha usado aquelas sacolas pra transportar a droga, a partir daí, encontrada a droga, ele foi encaminhado a delegacia e foi feito o flagrante [...]”.

Além disso, o policial Fábio confirmou a apreensão de dinheiro, em cédulas e moedas diversas:

Testemunha: Sim, “trocadinho”, se não me falha a memória, estava dentro de uma carteira de cigarros, o dinheiro ali, estava guardadinho ali. Essa é uma característica da venda, não só pelo troco, mas os usuários pra não perder tempo naquele... toda a situação ali, é uma situação de risco, tanto pra quem vende, quanto pra quem está comprando, então quanto menos tempo eles tem pra perder naquela transação, melhor. Então essa é a característica né, eles levam o dinheiro exato da droga. (...)

Rejane Salete Rucker, Escrivã de Polícia, disse que encontrou a droga dentro da fronha do travesseiro. Ratificou as declarações dos colegas no sentido de que a droga estava acondicionada em embalagens de diferentes tamanhos, as quais estavam vedadas, prontas para venda (fls. 424/427):

“[...] Juiz: Essa droga estava envolta num plástico?



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

T: Estava dentro de uma sacolinha plástica, uns tijolinhos embalados em um plástico que é coladinho assim, foi derretido o plástico e foi fechada as embalagens.

Juiz: Não era tijolo inteiro?

T: Não, eram pedaços pequenos, não tão pequenos [...]

J: Eram todos do mesmo tamanho os tijolinhos?

T: Não, eram tamanhos diferentes. Uns maiores, outros menores.

J: Eram todos para venda esses materiais?

T: Acho que sim, pela forma que estavam embalados né, estavam tipo "lacrados" assim, fechadinhos.

[...]

A prisão foi resultado de prévia investigação. A quantidade de droga apreendida é incompatível com o uso¹. Ademais, a forma de acondicionamento (embalagens de diferentes tamanhos, vedadas e prontas para venda) é característica da mercancia. Não é crível que alguém adquira, guarde ou traga consigo, para uso próprio, tamanha quantidade de entorpecente. A prova testemunhal, aliada às circunstâncias do flagrante, comprova a prática do tráfico de drogas. Não há, então, que se falar em absolvição, tampouco em desclassificação para o delito de porte para uso pessoal, devendo ser mantida a condenação.

Pena privativa de liberdade

O juízo singular fixou a pena-base em 05 anos e 03 meses. Justificou o aumento considerando desfavorável a culpabilidade porque se

¹ TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/2006). APELAÇÕES DEFENSIVAS (...) Com efeito, não podemos olvidar que com a quantidade de drogas apreendidas (cocaína = ± 84 g. e maconha = ± 37 g.) seria possível confeccionar, no mínimo, 840 "carreirinhas de cocaína (1 grama = 1.000 miligramas, sendo que 100 miligramas = 1 "carreirinha de cocaína, ou seja, cada grama = 10 "carreirinhas) e 37 cigarros de maconha. Informações prestadas, em feito similar ao ora em exame, pela Dra. Adriana Nunes Wolffenbuttel, então Chefe do Laboratório de Perícias e Fotografia do Instituto Geral de Perícias (...) (Apelação Crime Nº 70023716947, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 20/08/2009).



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

apresenta “em intensidade moderada, embora o acusado tivesse consciência do ilícito, sendo-lhe exigível conduta diversa”, bem como as consequências do crime, uma vez que “são graves, pois o tráfico de drogas é mola propulsora da prática de vários outros crimes, além dos efeitos sociais nefastos que causa, arruinando famílias e a vida de muitos jovens”. As demais vetoriais foram julgadas neutras.

No caso, a valoração negativa da culpabilidade não foi devidamente fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, a evidenciar a intensidade do dolo do agente. De igual forma, a justificativa apontada para a valoração negativa das consequências do crime é o resultado danoso decorrente de todo delito de tráfico de drogas. Assim, inexistindo elementos concretos e idôneos para exasperação da pena-base, deve a basilar ser mantida no mínimo legal.

Inexistentes atenuantes ou agravantes, a pena provisória fica no mesmo patamar.

Ausente recurso da acusação, mantenho a redução máxima aplicada pelo juízo singular em face do reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A pena definitiva resta fixada em 01 ano e 08 meses de reclusão.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (HC 111840, em 27/06/2012). Afastada, assim, a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime fechado para o condenado por tráfico de drogas. No caso, reconhecido o benefício incidente no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime inicial deve ser compatível com a pena imposta. Portanto, fixo o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal.



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

A vedação da conversão em penas restritivas de direitos (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06) já era considerada inconstitucional. A eficácia do dispositivo legal foi expressamente afastada com a Resolução n.º 05, de 2012, do Senado Federal. No caso concreto, o réu é primário, as circunstâncias do artigo 59 são favoráveis e os requisitos do artigo 44 do Código Penal estão preenchidos, sendo adequada e suficiente a substituição da pena de reclusão por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviço à comunidade e outra de limitação de fim de semana.

Pena de multa

A pena de multa deve guardar consonância com a pena privativa de liberdade. Mantenho a pena fixada em 164 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo.

O réu pretende o afastamento da pena pecuniária, sob o fundamento de que não tem condições financeiras para o pagamento.

A pena pecuniária está expressamente cominada ao delito, de forma cumulativa. Portanto, é preceito secundário do tipo, sendo obrigatória sua imposição. Ademais, o pedido de isenção da multa com base na alegada impossibilidade financeira deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal.

Nesse sentido, precedente desta Câmara Criminal:

LEI 10.826/03. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. ARTS. 12 E 16. EXISTÊNCIA DOS FATOS E AUTORIA. Certa a existência dos fatos, bem como a autoria. PENAS DE MULTA. Eventual dificuldade ou impossibilidade do pagamento é matéria a ser discutida no Juízo da Execução. PENAS SUBSTITUTIVAS. Se as circunstâncias judiciais, além da confissão, deixaram as penas no mínimo, sem fundamento válido a impossibilidade de substituição. APELO DEFENSIVO PROVIDO, EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Crime



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

Nº 70046820262, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 26/07/2012)

Assim, mantida a condenação ao pagamento da pena de multa.

Voto, pois, por dar parcial provimento ao apelo para alterar a pena privativa de liberdade, fixando-a em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviço à comunidade e outra de limitação de fim de semana.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO

Com a vênua do eminente relator, encaminho divergência.

Verifico que não há prova da materialidade.

A denúncia descreve que o réu tinha em depósito 79,3 gramas “maconha”. Ocorre que os laudos periciais de fls. 359-361 concluíram que “no material analisado foi identificada a presença de canabinoides, característica da espécie vegetal *Cannabis sativa*” (sic). Ora, é sabido que a substância *Cannabis Sativum* integra a lista E, referente a **plantas** que podem originar substâncias entorpecentes ou psicotrópicas. Todavia, na lista F, **que estabelece a lista das substâncias de uso proscrito no Brasil**, não há nenhuma menção a tal vegetal ou mesmo aos canabinoides identificados pelo laudo realizado.

Em verdade, cabia ao laudo constatar a presença de THC (tetraidrocanabinol), esta sim, substância psicotrópica, cujo uso é proscrito



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

no Brasil, conforme consta da lista F2, item 28, da Portaria nº 344/98 da ANVISA.

E, constando que se tratava de vegetal que integra a Lista E, quando, na verdade é se trata de produto industrializado/processado, não há demonstração de que, naquele material apreendido, há a substância da Lista F2, resultando, assim, incomprovada a materialidade. Pode parecer que há certo rigor na análise da prova constante do laudo pericial. Contudo, não havendo menção da presença da substância THC no material apreendido, é permitida a conclusão de que se trata de produto diverso de “maconha”. A prova penal deve ser, como se sabe, escorreita a admitir a condenação sem margem para dúvidas.

Esclareça-se, ainda, que se tivesse havido apreensão de plantas (vegetais) aí sim seria caso de constar do laudo que se tratava de “*canabis sativum*”. Tendo havido a apreensão de produto industrializado/processado, cabia constar do laudo a presença da substância THC, o que não ocorreu.

Nesse sentido foi julgada a apelação-crime nº 70049084635, de relatoria do Desembargador Nereu Giacomolli, de cujo voto transcrevo excerto:

É certo que a *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como maconha, integra a Portaria 344/98 da ANVISA, mais precisamente a Lista E, isto é, a lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Ocorre que na Lista F, onde se encontram as substâncias de uso proscrito no Brasil, exatamente na Lista F2 – Substâncias psicotrópicas, item 28, há referência expressa ao TCH – Tetraidrocanabinol. Em nenhum momento há alusão no rol taxativo de substâncias de uso proibido aos canabinoides. Assim, para haver comprovação da materialidade do fato seria imprescindível a demonstração de que a substância apreendida em poder do acusado realmente se tratava de maconha,



JWN
Nº 70051711976
2012/CRIME

contendo o TCH Tetraidrocanabinol, ou seja, a substância de uso proscrito, o que não foi feito. Portanto, não havendo certeza absoluta de que a erva esverdeada com característica de maconha se tratava realmente de substância entorpecente, a melhor solução para o feito é a absolvição por ausência de materialidade.

Então, a conclusão é que não há materialidade, impondo-se a absolvição do réu, sendo desnecessária a análise das demais teses defensivas.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso e absolvo o apelante, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - Presidente - Apelação Crime nº 70051711976, Comarca de Três Passos: "POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA ALTERAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, FIXANDO-A EM 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, SENDO UMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E OUTRA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. VOTOU VENCIDO O DES. DIÓGENES, QUE ABSOLVIA O APELANTE COM BASE NO ART. 386, II, DO CPP."

Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS LUIS AGOSTINI