



COMARCA DE TRÊS PASSOS
1ª VARA
Av. Júlio de Castilhos, 210

Processo nº: 075/2.11.0002295-5 (CNJ:.0005952-84.2011.8.21.0075)
Natureza: Posse de Drogas
Autor: Justiça Pública
Réu: Marcos Schulbach
Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. Marcos Luís Agostini
Data: 29/03/2012

Vistos.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra **MARCOS SCHULBACH**, brasileiro, solteiro, nascido em 02/09/1987, com 23 anos de idade na época do fato, com ensino fundamental completo, natural de Três Passos, (RS), filho de Hilton Hari Schulbach e de Emília Fátima do Amaral, residente na Rua Osvaldo Cruz, nº 20, em Três Passos, RS atualmente recolhido ao Presídio Estadual de Três Passos, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em razão de:

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.

Houve prisão em flagrante, homologada, sendo decretada a



prisão preventiva do réu (fls. 04/22, 147, 154/155).

Notificado pessoalmente (fls. 195/verso), o réu apresentou resposta à acusação (fls. 396/397).

Recebida a denúncia em 13/01/2012 (fl. 398).

O réu foi citado pessoalmente (fls. 405/verso).

Durante a instrução processual, houve o interrogatório do réu e foram inquiridas 04 testemunhas (fls. 411/4334).

Em memoriais, o Ministério Público postulou a condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 435/444).

A Defesa suscitou a nulidade do processo, por afronta ao princípio do devido processo legal, em razão da não observância do artigo 212, do CPP. No mérito, requereu a absolvição do denunciado. Alternativamente, postulou a desclassificação do fato para a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, face a ausência de comprovação da prática de tráfico de drogas (fls. 446/452).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É O RELATO.

PASSO A DECIDIR.

Da Preliminar de Nulidade:

A defesa alegou a existência de nulidade processual, arguindo violação ao princípio do devido processo legal, por ter o magistrado que presidiu a instrução realizado perguntas anteriormente às partes, desrespeitando a ordem estabelecida no artigo 212 do CPP.

A preliminar não merece acolhida. É certo que a nova redação do artigo 212 do CPP, dada pela Lei 11.690/08, alterou a sistemática de produção da prova testemunhal, permitindo que as partes formulem suas perguntas diretamente à testemunha. Ocorre que o dispositivo mencionado não proíbe o magistrado de iniciar os questionamentos, especialmente por ser ele o destinatário da prova.

Além disso, o parágrafo único do referido artigo 212 não estabelece que o juiz somente pode questionar sobre pontos não esclarecidos, como forma de complementação. Restou claro, com a devida vênia aos entendimentos contrários, que a intenção da alteração legislativa foi agilizar a colheita da prova, não ficando defeso ao magistrado arguir inicialmente.

De outra parte, segundo o sistema de nulidades adotado pelo CPP, não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullite sans grief*). Haverá prejuízo sempre que o defeito no ato processual causar cerceamento na segurança ou liberdade de atuação dos participantes do processo. Ocorre que, no caso em exame,



não se vislumbra a existência de prejuízo decorrente das arguições efetivadas pelo magistrado que presidiu a instrução, especialmente porque a defesa teve a possibilidade de fazer as indagações que entendeu necessárias. E mais, no momento da solenidade a defesa não manifestou qualquer contrariedade em relação ao procedimento adotado.

Nesse sentido:

EMENTA: LEI Nº 10.826/03. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ART. 14. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. (...) Nulidade inexistente. CPP. ART. 212. PROVA TESTEMUNHAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. Apesar da nova redação do artigo 212, CPP, não há impedimento a que o Juiz inicie fazendo perguntas às testemunhas. (...) PRELIMINARES AFASTADAS. APELO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70034298166, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 05/08/2010)

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. TENTATIVA. 1. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 212 DO CPP. QUESTIONAMENTOS FEITO PELO MAGISTRADO. DESACOLHIMENTO. Embora a Lei 11.690/2008 tenha alterado a redação do art. 212 do CPP, possibilitando que as partes formulem suas indagações diretamente à testemunha, ao juiz é dado interferir nos questionamentos, nada impedindo que as argua primeiramente, sem que com isso esteja a imiscuir-se na função de acusador. Texto legal que não obsta que o juiz, destinatário da prova trazida pelas partes, inicie os questionamentos. Modificação legislativa que alcançou apenas o método de inquirição, com supressão da intermediação do magistrado em relação às perguntas. Exposição de Motivos que precedeu às reformas processuais contidas na novel legislação cuja justificativa dá conta do escopo de agilização do procedimento de produção da prova testemunhal e para o atendimento da exigência de um contraditório mais efetivo, sem prejuízo do controle judicial na coleta da prova. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Nulidade inexistente. Preliminar desacolhida. (...) (Apelação Crime Nº 70037907169, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 15/09/2010)

EMENTA: EI Nº. 70.031.772.205 G/M 181 - S 16.10.2009 - P 11 EMBARGOS INFRINGENTES. TESE PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO, DE OFÍCIO. REJEIÇÃO. A nova redação conferida ao art. 212 do Código de Processo Penal não se filiou ao princípio acusatório, tampouco retirou do juiz criminal a condução substancial do processo na coleta da prova testemunhal. Se é certo que ao juiz não cumpre suprir as eventuais defecções do órgão acusador, não é menos certo que, na jurisdição da criminalidade comum e diante da histórica hipossuficiência defensiva dos acusados em geral, o juiz ainda será, até a efetiva conquista da maioridade orgânica e funcional da v. Defensoria Pública, o mais importante obstáculo à injustiça. Rejeição da tese preliminar invocada de ofício, diante da ausência de prejuízo concreto à defesa com a inversão dos ritos de perguntação na coleta da prova em audiência de inquirição de testemunhas abonatórias, cujos depoimentos, ademais, em nada influenciaram a elucidação do fato denunciado, sequer tendo sido utilizados como fundamento à condenação do réu. Hígidez e eficácia processual dos atos de coleta da prova testemunhal arrolada, não impugnados pela defesa técnica do réu até o final da audiência realizada. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70031772205, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 16/10/2009)

Desse modo, rejeito a preliminar suscitada.



Mérito:

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, sem nulidades para declarar ou outras preliminares a enfrentar, passo diretamente ao exame do mérito.

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04/26), auto de apreensão (fl. 08), laudo de constatação definitivo (fl. 361), bem ainda pela prova oral coligida ao feito.

A autoria delitiva é certa, consoante revelado pela prova oral.

Em seu interrogatório, o réu negou a prática do fato que lhe foi imputado na denúncia. Afirmou em juízo que a droga apreendida em sua residência era para uso próprio e não para a venda. Transcrevo parte do relato (fls. 413/419):

Juiz: Isso aconteceu? Isso é verdadeiro?

Interrogando: A droga estava na minha posse, isso eu não posso negar, né Doutor, teve na minha posse, tanto que foram lá em acharam né, tanto que acharam até a... Eu sempre fui consumidor né Doutor... Não sei essas informações aí... qual foram as informações que levaram a dizer que eu seja traficante, nunca fui traficante, né Doutor, nunca. Sempre fui usuário, tanto que já usei tudo que é tipo de droga, né Doutor, crack, cocaína, agora esses últimos tempos eu estava usando só maconha, né Doutor, tanto que eu estava até trabalhando pra sustentar meu vício né, porque todas as vezes que eu roubei, que eu tive passagem por roubo, sempre roubei para sustentar meu vício né.

Juiz: E essa droga que foi apreendida na tua casa, era tua?

Interrogando: Era minha, com certeza.

Juiz: Esse tablete de maconha?

Interrogando: Sim.

Juiz: Tu dizes então que era para teu uso próprio?

Interrogando: Era pra uso próprio. Tanto que acharam uma xícara cheia de ponta né Doutor, levaram até a xícara da minha mãe presa, por causa das pontas de maconha dentro.

Juiz: Costumava usar droga em casa?

Interrogando: Fumava só em casa. Mais de noite Doutor, mais de noite.

Juiz: Desde quando tu és usuário?

Interrogando: Desde os doze anos, já faz doze anos que eu sou usuário de droga. Agora fazem dois anos e pouco que eu parei com o crack.

Juiz: Tu era usuário de crack?

Interrogando: Usuário de crack também, cocaína.

Juiz: Como é que é o consumo da droga? Quanto tu consome num dia? Tu usa todos os dias?

Interrogando: É todo dia.

Juiz: Na base de um cigarrinho ou dois?

Interrogando: Na base de uns seis sete por dia. Mas mais é na parte da noite.

Juiz: Essa droga que tu tinha em casa, 79 gramas, ela te dura quanto tempo?

Interrogando: Uma semana.

Juiz: Só uma semana?

Interrogando: Sim.

Juiz: Em uma semana tu consome 79 gramas de maconha?

Interrogando: Sim, 79 gramas de maconha.

Juiz: Quanto tu pagou por isso?

Interrogando: Cem reais. É cem reais por 100 gramas, mas 79 gramas era o que tinha sobrado.

Juiz: Então tu trabalha pra... tua renda que perto de um salário mínimo, toda ela...

Interrogando: Praticamente vai tudo pra maconha.



Juiz: Como é que tu te sustenta, pra comprar roupa, comida?

Interrogando: Pra ser bem sincero pro senhor, tenho até vergonha de falar isso, mas, minha mãe. Minha mãe trabalha né, ganha... não é que ganha bem né, Doutor, mas ganha pra sustentar eu, minhas irmãs, a casa e os alimentos que nós consumimos.

Juiz: A gente tem visto, usuários circularem com uma quantidade menor, e tu tinhas uma quantidade maior. Tu não estavas vendendo para sustentar teu vício?

Interrogando: Não Doutor, jamais Doutor, jamais, jamais. Tanto se eu fosse traficante iria ter uma investigação contra a minha pessoa né Doutor...

Juiz: Conhece o Paulo César da Silva Quadros?

Interrogando: Conheço.

Juiz: O que ele é teu?

Interrogando: Ele é... parente não é, mas a mãe dele é minha madrinha de batizado, me batizou em casa.

Juiz: Mas vocês são, assim, amigos?

Interrogando: Somos amigos.

Juiz: Saem juntos?

Interrogando: Não, juntos não.

Juiz: Saem pra festa?

Interrogando: Não a gente se vê por aí, mas não somos assim de estar andando juntos.

Juiz: Mas e ele tem algum envolvimento com o tráfico de drogas?

Interrogando: Acho que não, creio eu que não Doutor. Tanto que eu nem estava morando aí né Doutor.

Juiz: A casa dele é longe da tua?

Interrogando: Ele mora na Frei Olímpio.

Juiz: Tu compraste aqui em Três Passos essa droga?

Interrogando: Não, Excelentíssimo. Comprei no Alto Uruguai.

Juiz: Alto Uruguai é em Tiradentes do Sul?

Interrogando: É pra lá de Tiradentes do Sul, é na divisa ali com a Argentina né.

Juiz: Tem uma informação da polícia, que no dia em que tu foi preso, na certidão dos policiais, tu teria dito que "o principal eles não levaram, porque está muito bem guardado".

Interrogando: Eu falei isso Doutor?

Juiz: É, tu falou isso.

Interrogando: Não, não. Desconheço esse fato, desconheço.

Juiz: Estava muito nervoso no dia em que foi preso?

Interrogando: Não, não. Eu estava tranquilo Doutor, bem tranquilo, tranquilíssimo.

Juiz: Você ficou sabendo que também foi encontrado uma porção de droga com o Paulo César? Conhecido por "fofo"?

Interrogando: Fofo. É fiquei sabendo Excelentíssimo, fiquei sabendo.

Juiz: Tu sabias disso, que ele era usuário?

Interrogando: Sempre foi, sempre foi.

Juiz: Também era usuário?

Interrogando: Quando eu o conheci, bah, acho que esse aí nasceu já fumando a tal da maconha.

Juiz: E chegaram a usar droga juntos alguma vez?

Interrogando: Não, juntos não. Tanto que eu fiquei sabendo aí, meio por cima, disque ele tem até uma carteirinha de dependente da maconha né. (...)

Ocorre que a versão apresentada pelo acusado não se sustenta diante do contexto probatório. De efeito, a quantidade de droga apreendida, as circunstâncias da apreensão, aliada a prova oral carregada ao feito, tornam certa a autoria delitiva e a configuração do delito de tráfico de drogas.

Com efeito, a testemunha CAROLINA VIRGINIA BAMBERG MACHADO, Delegada de Polícia, afirmou em juízo que foram recebidas denúncias



anônimas de que o réu estava traficando drogas, iniciando-se investigação policial, redundando na busca e apreensão da substância na residência do mesmo. (fls. 420/423):

Juiz: (lido a denúncia). A senhora pode falar sobre esse fato, essa investigação?

Testemunha: Ano passado nós tivemos algumas denúncias de que o Marcos estaria traficando entorpecente. Teve um dia, eu não me lembro agora qual, acho que foi em outubro mesmo, ou setembro, final de setembro, em que policiais militares abordaram o "Fofó", que é o Paulo, próxima a Avenida, portando droga, entorpecentes. Eles receberam uma denúncia de que este Fofó estaria junto com o Marcos lá na Concha da Praça Central. Com o Fofó foi encontrado umas 10 gramas de droga, escondida nele, uma trouxinha e mais uma outra um pouquinho maior, uma buchinha pronta e outra um pouquinho maior. Foi feita a prisão do Fofó né, do Paulo e encaminhado ali ao presídio, e aí nós solicitamos busca e apreensão na casa do Marcos. No cumprimento do mandado de busca, foi encontrado na casa dele uma quantidade de droga, estava embalada da mesma maneira de como estava embalada a droga do Fofó, a maneira de vedação era o mesmo estilo que a gente ainda não tinha visto aqui, que eram os pacotinhos embalados como queimadas assim, como forma de vedação. Foram encontradas então, eu não me lembro qual a quantidade, mas pedacinhos já devidamente "separadinhos", prontos para a venda, e aí foi feita a prisão do Marcos com base nisso. O Marcos negou que conhecesse o Fofó, o Fofó disse que conhecia ele, se não me engano que conhecia ele de vista. Indo pro Presídio, o Marcos afirmou para os policiais que o maior, que o mais importante a gente não havia encontrado, meio rindo, meio debochado e que a arma... porque a denúncia era que ele também teria arma, que a arma seria... que ficaria enterrada até enferrujar, tanto que a gente retornou na casa dele para fazer nova busca no mesmo dia e devido a ele ter falado isso, no entanto não encontramos mais nada. Após ele estar preso, também de forma anônima, de que continuaria o tráfico na casa dele lá, através da irmã dele, da Marieli, se eu não me engano. Solicitamos nova busca, mas não encontramos nada, não encontramos mais droga.

Juiz: Essa primeira informação, a denúncia de que ele estaria traficando drogas, também foi anônima?

Testemunha: Também foi anônima.

Juiz: Foi de uma pessoa?

Testemunha: Foi de uma pessoa, que fez... se eu não me engano, houveram algumas outras informações, as pessoas tem medo de falar, então muitas vem até a Delegacia e falam pra nós. Nós sabemos as vezes quem faz, mas eu não quero identificar isso de maneira alguma e az vezes vem por telefone.

Juiz: Eles davam comentários específicos de como eles faziam ou era assim...

Testemunha: Ele está traficando na rua, na rua eles falavam, ele tem escondido em casa, que nem veio para os policiais militares, teve uma pessoa nesse dia que foi pego o Fofó, uma pessoa atacou os policiais militares e disse estava o Lucas junto, o Fofó que é o Paulo e o Marcos, eu não sei se tinha mais uns juntos, agora não estou me recordando, estão lá na concha, me ofereceram droga e o Marcos está com um revólver, a pessoa atacou eles brigadianos, só que a pessoa também não quis se identificar, os brigadianos não identificaram a pessoa. Aí eles foram até lá, fizeram algumas buscas, encontraram só o Fofó vindo já, descendo na Avenida, aí abordaram ele e encontraram a droga, o Marcos não foi encontrado naquele dia. Teve um outro dia também que foi feito um TC de outros dois indivíduos, se eu não me engano, ou três indivíduos, agora não estou recordando, que também estavam em companhia do Marcos e também foi pego droga, quando a polícia chegou eles descartaram um pouquinho de droga, foi feito um TC, o Oziel, eu não me lembro bem todos os nomes deles, então esses eram os... Inclusive o Marcos também falou que naquela noite, ele se diz usuário, que ele fumou demais, por isso que nós o pegamos, se não nós não teríamos pegado ele de bobeira, então a droga estava toda ela pronta pra vender.

Juiz: O conhecimento que nós temos aqui é de que o Marcos é usuário de drogas...



Testemunha: Sim, já foi pego outras vezes.

Juiz: Inclusive ele tem vários furtos, tem outros processos de posse, vários furtos, típico de quem é usuário, pratica pequenos furtos pra sustentar o vício.

Testemunha: Sim.

Juiz: Tanto que foi novidade a questão do tráfico pra ele. Ele estava com uma quantidade expressiva... foi pego 79 gramas na casa dele. Como é que foi a apreensão? A droga estava já confeccionada pra venda, uma quantidade, pela sua experiência, na investigação de que tipo de crime, uma quantidade que o usuário não mantém em casa?

Testemunha: Assim, até o usuário poderia manter em casa, a gente não tem muito... assim dependendo do usuário, a gente pega com o usuário, geralmente a gente pega pouca coisa, a gente pega na rua, não pega quase na casa do usuário, a gente não vai quase buscar, fazer busca na casa do usuário, quando pega, pega na rua, então pega um baseado, pega uma buchinha, só que como estava acondicionada a droga na casa dele, sabe, geralmente o que a gente tem conhecimento, quando o usuário compra pra uso dele, ele compra uma quantidade grande, vamos dizer assim, uma quantidade um pouquinho maior, mas um pedaço só, ele não compra em porções pequenininhas, sabe até porque o que vende, vai vender um tijolinho, um pouquinho maior e não em "tabletinhos" prontos pra... vamos dizer assim, prontos para comercializar.

Juiz: Essa que foi apreendida na casa do Marcos...

Testemunha: Eu acho que eram cinco ou seis "tabletinhos", semelhantes aos que foram encontrados com o Fofo.

Juiz: Cada "tabletinho" da para fazer...um cigarrinho ou dois?

Testemunha: É, isso pra fazer uns, acho que dava... cada um dava pra fazer uns cinco cigarrinhos, vamos dizer assim, "tabletinho". Um "tabletinho" assim ó...

Juiz: Foi encontrado dinheiro também?

Testemunha: Foi encontrada uma quantia em dinheiro também, agora não me recordo bem, acho que uns oitenta e poucos reais, trocado também, estava dentro do quarto dele, da carteira de cigarros. Uma parte da droga estava dentro do quarto dele escondida, uma estava aberta, a outra estava dentro da cristaleira, um outro "tabletinho" um pouquinho maior, então assim, dava pra ver, pelo que a gente já aprendeu, que eram diversos tamanhos, vamos dizer assim de diversos preços, se alguém quisesse um pouquinho maior, se alguém quisesse um pouquinho menor, sabe, coisas que eu acho que o usuário não compraria, compraria um pedacinho um pouquinho maior.

Juiz: Ele alega que tinha fumado na noite anterior inclusive teria sido apreendido, cigarros...

Testemunha: Foi apreendido, foi apreendido sim, acho que tem até... O que a gente tem, pela experiência, é que vários usuários traficam também para manter o seu vício, não só pra isso, mas também para manter o seu vício. Cometem o delito de tráfico também pra manter...

Juiz: Pode ser o caso dele?

Testemunha: Pode ser o caso dele, mas que a gente tem notícia de que ele estava traficando, e tudo indica, pelo que foi apreendido, pela maneira de que foi apreendido, ele estava realmente cometendo o delito de tráfico, ele estava realmente fazendo isso. Como foi apreendido também com o Fofo, a mesma forma de vedação, agora eu não me recordo a maneira de como foi pego do Oziel e desse outro TC ali, se estava no mesmo estilo, agora não estou recordando. A gente cuidou disso aí, que não é tão usual. E também foi apreendido também no Marcos, sacolas, se eu não me engano, duas sacolas onde tinha forte cheiro de maconha, onde foi feito perícia e constatou-se resquício de maconha, então quer dizer que ali deveria estar condicionado uma quantidade maior de maconha, porque se está dentro do "tabletinho", não fica resquício, se está bem embalada, não fica e naquelas duas sacolas, uma preta e uma branca, de plástico, essas de mercado tinha resquício de droga, então ali dentro estava acondicionado, além de ele ter falado para os policiais que a maior parte nós não tínhamos pego, falou em tom de deboche, então isso que levou a crer que ele realmente estava traficando. (...)

A testemunha REJANE SALETE RUCHERT, Escrivã de Polícia,



corroborou as informações prestadas por LUCIANA (fls. 424/427).

Já FÁBIO RUZICKI CONCEIÇÃO, policial civil, também referiu que o réu era investigado por envolvimento no tráfico de drogas, principalmente após o recebimento de várias informações nesse sentido. Ainda, contou detalhes acerca do cumprimento do mandado (fls. 428/431):

Juiz: (lido a denúncia). O senhor participou da investigação, do cumprimento do mandado? Pode relatar o que sabe?

Testemunha: Aconteceu assim, o Marcos tem um histórico de pequenos furtos, de arrombamento e também de consumidor, ele tem esse histórico, porém começaram a vir pra nós, informações de que o Marcos estaria vendendo e não mais só consumindo, estaria vendendo também. Foi feito um Inquérito, o qual teve início com a prisão em flagrante do Fofo, esqueci o nome dele agora, o flagrante deu início a essa prisão. Nas declarações, não do Fofo, mas nas declarações dos policiais militares foi relatado que apreenderam o Fofo e que ele estava na praça, em companhia do Marcos e do Scandiel, e ligado a isso, já haviam informações anteriores de que os dois estavam frequentando aquela praça e que ali haveria o comércio. Diante dessa situação, diante dessas informações, diante da declaração dos policiais, foi resolvido então solicitar um mandado de busca, tanto na casa do Scandiel, quanto na casa do Marcos, na casa do Scandiel não foi encontrado nada e na casa do Marcos foi encontrado um travesseiro de... 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 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.

Juiz: A droga não estava acondicionada num tijolo, eram pequenos tabletes?

Testemunha: Pequenos tabletes.

Juiz: De diferentes tamanhos?

Testemunha: De diferentes tamanhos.

Juiz: Foi apreendido dinheiro também?

Testemunha: Acho que foi apreendida alguma coisa sim, dentro de uma carteira de cigarros. Se eu não me engano. Foi apreendida uma quantia sim.

Juiz: Chamou atenção de vocês, a forma de como a droga estava acondicionada?

Testemunha: É, foi a primeira vez que nós encontramos dentro de um travesseiro né.

Juiz: A informação aqui é de que ela estava envolta num plástico e as pontas queimadas?

Testemunha: Sim.

Juiz: E também estaria assim a droga encontrada com o Paulo César, o Fofo.

Testemunha: Sim, justamente ela não nos surpreende, ela qualifica a denúncia da venda, porque aquilo ali, pra nós não é o consumo, aquilo ali estava "separadinho" para o usuário venha e ele já entregue né, de uma forma imediata.

Juiz: Pela sua experiência, até por (inaudível), por ter conhecimento de que o Marcos era usuário, tinha outros envolvimento como posse de droga, mas sempre na condição de usuário. Pela sua experiência então, a forma de como estava acondicionada, a quantidade de droga, não é comum o usuário ter isso em casa?



Testemunha: Não, não é comum. Pra começar, o usuário não fica com essa quantidade em casa, ele fuma tudo, ele consome de imediato, ele não se preocupa com estoque, tem estoque ele consome, isso aí é uma característica de quem vende, porque quem utiliza não permite o estoque, ele detona, essa é a nossa experiência. E assim Excelência, o Marcos até então ele não tinha trabalho fixo e as vestes que ele andava, que nós encontramos na casa não era de alguém que vive apenas do salário da mãe ou da Bolsa Família, é totalmente incondizente, é também uma percepção nossa né.

Juiz: Ele alegou que na noite que antecedeu a busca e apreensão, ele teria fumado maconha no quarto dele, foi encontrado né?

Testemunha: É foi encontrado sim no... foi, foi... é possível, ele é consumidor.

Juiz: Ele seria um consumidor que traficava também para manter o vício?

Testemunha: Sim, eu acredito nisso.

Juiz: Pelo Ministério Público.

Ministério Público: No momento da lavratura, no auto da prisão em flagrante do Marcos, você certificou no inquérito policial que ele teria referido a você que ele fumou muito na noite anterior e só por isso vocês tinham conseguido pegar ele, e aí também existe uma certidão da tua colega, da Luciana, dizendo que ele disse pra ela, nesse momento do auto, que o principal vocês não tinham encontrado, a quantidade, se referindo em tese a quantidade maior de drogas que ele teria. Você recorda disso?

Testemunha: Recordo. Eu não sei se na época, ele estava se referindo a quantidade maior de drogas ou a arma, porque nós também estávamos a procura de uma arma, então a mim, me ressalta aquela dúvida se era uma quantidade maior de droga ou a arma. Quanto essa questão de ele ter fumado, eu compreendido que ele não estava alerta, nesse sentido, de ele não estar alerta, por isso que nós chegamos e pegamos ele dormindo praticamente, sem ele ter tido tempo de poder esconder adequadamente a droga e até os sacos plásticos, que eu acredito que essa droga deve ter ficado nesses sacos plásticos por um bom período, porque o cheiro nas sacolas vazias já havia se impregnado totalmente, porque quando eu toquei, aquele cheiro veio, eu até achei que a droga estava ali, porque era um cheiro muito forte. Então eu acredito, a minha certidão foi nesse sentido de que ele me disse, as palavras dele “inspetor, é que eu fumei bastante na noite anterior, senão não tinha me pego”, acho que justamente por essa condição de ele não estar alerta né.

Ministério Público: No momento da prisão, ele não referiu eu tinha a droga para o consumo ou enfim, ele não tentou justificar aquilo de alguma outra forma ou ele se mostrou, enfim resignado com o fato de ter sido apreendida a droga?

Testemunha: Eu não me recordo se ele fez alguma referência, eu realmente não me recordo, até pode ter feito, mas eu sinceramente não me recordo.

Ministério Público: O Doutor até já perguntou, mas mais especificamente no seguinte sentido, nós descrevemos na denúncia o fato de que no dia teria sido encontrado dinheiro com ele, dinheiro muito trocado, que é uma característica que a gente observa se é comum a quem efetiva a venda de drogas para fins de comércio, para dar troco para o usuário. Você recorda que teria sido encontrado cerca de oitenta reais, com ele?

Testemunha: Sim.

Ministério Público: Com essas características que eu mencionei?

Testemunha: Sim, “trocadinho”, se não em 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. (...)

No mesmo sentido foram as declarações da testemunha LUCIANA ROLIM, Escrivã de Polícia (fls. 432/434).

Nesse contexto, impende reconhecer que a prova produzida é



segura em demonstrar a autoria do delito. Verifica-se que o próprio acusado reconheceu a posse da droga apreendida em sua residência, fato confirmado pelos testemunhos dos policiais que cumpriram o mandado de busca e apreensão no local.

Registre-se que a quantidade de droga apreendida (79,3g), incompatível com a condição de usuário, a forma como estava acondicionada e escondida, a fuga do réu no momento da apreensão da substância, somados às declarações das testemunhas inquiridas, indicam que o mesmo mantinha a droga em depósito para revender a terceiros, e não apenas para consumo próprio.

Quanto a credibilidade dos depoimentos dos policiais, releva mencionar que a jurisprudência, de maneira absolutamente majoritária, tem fundamentado juízos condenatórios amparados em seus testemunhos. Cuida-se de testemunhas compromissadas, não contraditadas pela defesa, nada havendo nos autos que indique eventual ato emulativo da delegada de polícia e dos policiais para prejudicar o réu. De outra parte, o fato de serem servidores públicos, implica aos mesmos maior dever de dizer a verdade em juízo, inexistindo no caso em exame qualquer indicador que macule o teor dos depoimentos prestados.

A conduta praticada pelo réu é típica, subsumindo-se no crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Isso porque o acusado mantinha em depósito e guardava 79,3 gramas de *maconha*, e, como referido anteriormente, pela quantidade da droga, as circunstâncias da apreensão, a forma como estava acondicionada e escondida, as declarações das testemunhas, restou evidenciado tratar-se do crime de tráfico de drogas.

No contexto, embora haja elementos de prova indicando que o acusado é usuário de drogas, tal fato, por si só, não afasta a incidência da regra estabelecida no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, especialmente quando a apreensão vem corroborada por outros elementos que indiquem que a droga era destinada a mercância, como é o caso dos autos, pois muitos usuários de drogas tornam-se traficantes para poder sustentar o vício.

Assim, rejeito a tese defensiva de desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Em razão disso, não há como acolher o pedido da defesa de remessa do feito ao Juizado Especial Criminal.

Nesse contexto, inexistindo causas excludentes de ilicitude ou da culpabilidade a reconhecer, estando comprovadas a autoria e a materialidade, sendo típico o fato, a condenação do acusado é medida impositiva.

Finalmente, considerando que o acusado é primário, isto é, não está configurada a reincidência, e não há prova de que se dedique a atividades criminosas, nem integre organização dessa natureza, incide ao caso a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Consigno que embora conste na certidão das fls. 141/145 outros envolvimento criminais do réu, não há registro de trânsito em julgado de condenação, nem outro processo em tramitação por tráfico de drogas.



Nesse sentido:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO EM FLAGRANTE DE 4,5 KG DE MACONHA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPUNHA. (...) APENAMENTO BASE ADEQUADAMENTE FIXADO SEGUNDO A ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. O § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é aplicado segundo a análise das condições pessoais do agente e não em relação à qualidade ou quantidade da droga apreendida. Sendo primário, de bons antecedentes e não comprovado que integre organização criminosa ou se dedique às atividades ilícitas, a redução de pena é aplicável. Apelos parcialmente providos. (Apelação Crime Nº 70040157075, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 06/04/2011)

Passo à Dosimetria da Pena:

Com observância do método trifásico de aplicação da pena previsto no artigo 68 do Código Penal, dou início a fixação da pena-base considerando as circunstâncias do artigo 59 do mesmo diploma legal, bem assim o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06.

A culpabilidade, considerada como a reprovabilidade da conduta, apresenta-se em intensidade moderada, embora o acusado tivesse consciência do ilícito, sendo-lhe exigível conduta diversa. O réu é primário (fls. 141/145). A conduta social, assim entendida como o comportamento do agente na família, trabalho e comunidade, não foi esclarecida. A personalidade do agente, segundo o apurado nos autos, não pode ser aquilatada. Os motivos do crime não foram esclarecidos. As circunstâncias do crime não lhe são desfavoráveis, já que próprias ao tipo penal, considerando ainda a natureza e quantidade da droga. As consequências do crime 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. Não há que se falar em comportamento da vítima, diante do tipo penal em exame.

Assim, por considerar necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da pena, diante da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, torno provisória a reprimenda em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Finalmente, inexistindo causas de aumento e em razão da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em **01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão.**

Considerando as circunstâncias do artigo 59 do CP, já referidas, fixo a pena de multa em 164 (cento e sessenta e quatro) dias-multa, face ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a razão de 1/30 do salário mínimo, tendo em conta a situação econômica



do réu, com fulcro no artigo 60 do Código Penal.

Fixo o regime inicial fechado para cumprimento da pena, com base no artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07. Não obstante a declaração de inconstitucionalidade e alteração legislativa possibilitando a progressão de regime de cumprimento, o delito de tráfico de drogas continua com o caráter de equiparado a hediondo, mesmo reconhecida a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, merecendo tratamento diferenciado, aplicando-se o regime mais gravoso após a integralidade que é o fechado.

Deixo de efetuar a substituição por pena restritiva de direitos, diante da ausência de preenchimento dos requisitos do artigo 44 do CP, pois não é suficiente a referida substituição e em razão da vedação legal expressa contida no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Também deixo de conceder ao réu a suspensão condicional da pena, pois não estão preenchidos os requisitos do artigo 77 do mesmo diploma legal.

Isso posto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão contida na denúncia para CONDENAR o réu MARCOS SCHULBACH às penas de **01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 164 (cento e sessenta e quatro) dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo**, como incurso nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, sem direito a substituição da pena por restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena.

O réu permaneceu preso durante a tramitação do processo, estando a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública. Na esteira do disposto no artigo 387, parágrafo único do CPP, entendo que os pressupostos autorizadores da segregação cautelar não estão mais presentes. Veja-se que o acusado está segregado a mais de 05 (cinco) meses, a ordem pública está acautelada, foi reconhecido na sentença o chamado tráfico privilegiado e o mesmo não é reincidente, não constando outros envolvimento com o tráfico de drogas (fls. 141/145). Assim, concedo ao réu o direito de apelar em liberdade. **Expeça-se imediatamente o alvará de soltura.**

Deixo de fixar a indenização civil prevista no artigo 387, inciso IV do CPP, eis que que incabível no delito em exame, diante da inexistência de vítima individualizada.

Após o trânsito em julgado, determino:

- a) forme-se o PEC, remetendo-o à VEC;
- b) preencha-se e remeta-se o boletim de estatística (BIE);
- c) preencha-se e remeta-se a ficha PJ-30 de forma eletrônica;
- d) lance-se o nome do réu no rol dos culpados;
- e) comunique-se ao TRE, para fins de suspensão dos direitos políticos, consoante o artigo 15, III, da Constituição Federal.
- f) Encaminhe-se a droga apreendida para destruição, observados os termos do Ofício-Circular nº 018/05-CGJ.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



As custas processuais são devidas pelo réu, cuja exigibilidade resta suspensa, pois defiro-lhe o benefício da AJG, face a pobreza declarada e patrocínio da defesa pela Defensoria Pública.

Sem prejuízo, remeta-se o feito à Distribuição para alteração da classe/natureza da ação penal.

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

Três Passos, 29 de março de 2012.

Marcos Luís Agostini
Juiz de Direito