



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000657117

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0025831-60.2017.8.26.0000, da Comarca de Igarapava, em que é peticionário [REDACTED].

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deferiram parcialmente para desclassificar a infração penal, nos termos do voto da 8ª Juíza, que ficará com o acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRIO DEVIENNE FERRAZ (Presidente sem voto), KENARIK BOUJIKIAN, vencedor, FRANCISCO ORLANDO, vencido, ALEX ZILENOVSKI, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, FIGUEIREDO GONÇALVES, IVO DE ALMEIDA E LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 13 de agosto de 2018.

KENARIK BOUJIKIAN
RELATORA DESIGNADA
Assinatura Eletrônica

Revisão Criminal nº: 0025831-60.2017.8.26.0000

Peticionário: [REDACTED]

Comarca: Igarapava - 1ª Vara Judicial

Juiz de Direito: Clóvis Humberto Lourenço

Artigo da condenação: 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06

Pena: 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 800 dias-multa, no valor mínimo unitário

Órgão julgador da apelação: 5ª Câmara de Direito Criminal

Desembargador Relator: Sérgio Ribas

Pena: 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 800 dias-multa, no valor mínimo unitário

Autos originários nº. 0004989-51.2013.8.26.0242

VOTO Nº 11.222

EMENTA: Revisão Criminal. Tráfico de drogas. 2,74g de crack.

1. Fragilidade do conjunto probatório com relação à autoria imputada ao réu. Em que pese a materialidade do delito restar comprovada, a autoria se mostra duvidosa.

2. Inexistindo prova de que o entorpecente destinava-se a tráfico ilícito, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, é a solução que se impõe.

Revisão criminal deferida, para desclassificar a conduta imputada a [REDACTED], tendo-o como incurso no artigo 28, da Lei nº. 11.343/06, e aplicar a pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de cinco meses.

Vistos.

[REDACTED] ajuizou a presente Revisão Criminal (fls. 12/21) a fim de desconstituir acórdão, proferido pela 5ª Câmara de Direito Criminal, que manteve sua pena em 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa, no valor mínimo unitário por infração ao artigo 33, “caput” da Lei 11.343/06.

Alega que a sentença condenatória é contrária à evidência dos autos, sendo necessária a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28, da Lei nº. 11.343/06.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência do pedido revisional (fls. 24/29).

É o relatório.

Inicialmente, consigno que é o caso de conhecimento do pedido revisional, pois para a análise de eventual decisão contrária à evidência dos autos faz-se necessário adentrar o mérito.

Consta da denúncia que no dia 06/06/2013, por volta das 22h00, na Avenida Mogiana, nº. 3.266, Alto do Igati, Município de Igarapava, [REDACTED] trazia consigo, para fins consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, treze porções de crack, com peso bruto de 3,52g.

Consta do processo: auto de prisão em flagrante (fls. 02/13), boletim de ocorrência (fls. 14/16), auto de exibição e apreensão (fl. 17), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 19/22), laudo de exame químico toxicológico (fl. 65), prova oral colhida pelo sistema de gravação audiovisual (fls. 157/159; 179/182).

A revisão criminal comporta deferimento.

O réu exerceu o direito constitucional de permanecer em silêncio na fase policial (fl. 09) e negou a prática do delito quando interrogado em juízo. **Admitiu ser viciado, mas disse que não portava qualquer droga no momento da abordagem.** Os R\$811,00, apreendidos na ocasião, eram fruto de seu trabalho como apanhador de café. Nada possui

contra os policiais.

Helder Antônio de Paula, policial militar, informou que havia denúncias de tráfico praticado na residência do acusado, localizada em região conhecida pela venda de entorpecentes. A casa pertencia a Sebastião Mendes, grande traficante da região, e era locada ao réu, que trabalhava para Sebastião traficando naquela residência. As denúncias envolviam o acusado e um indivíduo denominado Léo. Na data dos fatos, o réu estava saindo de casa e, quando notou a presença da viatura, dispensou uma embalagem no solo, que continha pedras de crack, embaladas individualmente. Tentou fugir, mas foi contido e algemado. Léo também estava no momento da prisão do acusado, mas correu e não foi possível contê-lo. Valéria, companheira do réu, franqueou a entrada na residência e confirmou o tráfico. Levou os policiais até um quarto, onde mais de oitocentos reais foram localizados e apreendidos. Demorou para fazer buscas na residência porque estavam acompanhado de apenas outro policial. Enquanto detinha o réu, ouviu diversas descargas, que acredita terem sido acionadas na tentativa das pessoas da casa de dispensar outras porções possivelmente existentes. O réu negou a propriedade das drogas e nada mais disse. Já havia prendido o réu por tráfico em residência ao lado, pelo que foi anteriormente condenado.

[REDACTED], policial militar que também participou da prisão do acusado, faleceu durante o curso do processo e não foi ouvido em juízo (fl. 179).

██████ ██████ ██████ disse que não tinha conhecimento da prática de tráfico pelo réu, que é mero usuário. Estava dentro da casa quando ██████ foi abordado. O acusado tinha saído para comprar

refrigerante e não estava com qualquer droga.

A acusação desistiu da oitiva de Valéria Rodrigues da Silva (fl. 199), o que foi homologado pelo juízo (fl. 201). Em sede policial, alegou não ter conhecimento da prática de tráfico. Disse que [REDACTED] é usuário (fl. 07).

A testemunha civil [REDACTED], também ouvida somente na Delegacia, relatou que também foi abordado da ocasião. É usuário, mas nunca comprou drogas de [REDACTED] (fl. 08).

Os elementos coligidos aos autos indicam que **o acusado trazia consigo as porções de crack**. Ele negou esse fato em juízo, mas sua negativa permaneceu isolada nos autos e destoa dos demais elementos de provas que constam dos autos, pois o policial Helder foi seguro ao afirmar que o réu dispensou as pedras de crack que foram apreendidas.

Ademais, Leonardo informou que o réu é usuário de drogas, fato admitido pelo acusado, o que, de algum modo, dá verossimilhança à apreensão narrada.

Assim, o conjunto probatório fornece certeza no tocante à materialidade delitiva, devidamente comprovada pelo exame químico toxicológico, que atestou a quantidade e a espécie de entorpecente apreendido, ou seja, trata-se de treze porções de crack, com **peso líquido de 2,74g** (conforme indicado no laudo de exame químico toxicológico de fl. 65).

Em que pese a prova da materialidade, o mesmo não se

pode dizer em relação à autoria quanto ao delito imputado ao réu. **Não há prova que o entorpecente destinava-se ao tráfico ilícito.**

O policial que realizou a abordagem não viu o acusado fazer a entrega de droga para terceiros, em que pese a denúncia anônima versando sobre tráfico de drogas. Os termos da suposta denúncia não foram comprovados.

Não foram apreendidos petrechos relativos à mercancia e Vilmar, pessoa que foi abordada na mesma ocasião que o réu, afirmou que nunca adquiriu a droga do acusado (fl. 08).

A quantidade de entorpecente apreendido, por si só, não é suficiente para caracterizar o delito previsto no artigo 33, “caput” da Lei 11.343/06, sendo **indispensável a prova da destinação, pois não pode haver condenação por mera presunção.**

No caso em tela, observo que a quantidade apreendida (treze porções de crack, com peso bruto de 3,52g) não pode ser considerada um exagero para caracterizar a traficância. Frise-se que as testemunhas inquiridas não presenciaram o réu realizado qualquer ato que indicasse a mercancia ou fornecimento.

A prova da destinação à mercancia é obrigatória e caso não seja realizada, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, é a solução, como os autos indicam.

Verifique-se decisões do TJSP, neste sentido:

Não houve flagrante quanto a nenhum ato de venda, mas tão-somente a apreensão dos entorpecentes. A **quantidade de tóxico apreendida é ínfima e não caracteriza, por si só, o crime de tráfico**, que exigiria, para esse fim, a comprovação de atos inequívocos do comércio ilícito, o que aqui não se demonstrou. **Não foi encontrado qualquer objeto que pudesse indicar a finalidade mercantil da droga.** Nada há de concreto nos autos que aponte ser o apelante traficante. Meros indícios ou presunções não se conjugam com o restante da prova e, portanto, não autorizam o decreto condenatório. (TJSP; APL 0068452-34.2008.8.26.0050; Ac. 5203705; São Paulo; Décima Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Newton Neves; Julg. 07/06/2011; DJESP 29/07/2011)

Tráfico de Entorpecentes – **Sentença que desclassificou a imputação para o delito tipificado no art. 28, da Lei 11.343/06** – Recurso Ministerial – Condição de usuário que veio autenticada – **Prova frágil, no entanto, acerca da efetiva mercancia** – **Dúvida razoável que deve favorecer a defesa** – **Desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 mantida** – Pena imposta com critério – Recurso desprovido (TJSP; Apelação 0031786-14.2014.8.26.0506; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/06/2017; Data de Registro: 29/11/2017)

Embargos Infringentes - Tráfico de entorpecentes - **Possibilidade de desclassificação para o artigo 28 da Lei 1.343/06 - Prova testemunhai, condições do acusado, quantidade e tipo da droga não indicativos do tráfico - Dúvida que atua em benefício do réu** - Pena - Advertência - Prevalência do voto minoritário - Embargos Infringentes acolhidos. (TJSP; Embargos Infringentes e de Nulidade 0009948-68.2007.8.26.0309; Relator (a): Almeida Sampaio; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiaí - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/02/2011; Data de Registro: 25/02/2011)

O artigo 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas, fornece **indicativos para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal**, como a natureza e quantidade da substância apreendida, dentre outros.

No tocante à **quantidade**, creio ser importante verificar **pesquisas científicas** sobre o tema e o “Estudo Técnico para Sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da lei 11.343/2006”, de autoria de **Maria Tereza Uille Gomes**, de 2014, disponível em www.politicassobredrogas.pr.gov.br, traz valiosas informações de pesquisas científicas realizadas no Brasil. Vejamos:

Estudo realizado através de pacientes da Santa Casa de Misericórdia de Curitiba, constatou que os pacientes viciados em **cocaína** utilizavam **diariamente** esta espécie de droga, **na forma de sal, em variação de 1 a 10 (um a dez) gramas/dia, com média de 3,8 gramas por dia** (ACN Nassif Filho, SG Bettega, S Lunedo, JE Maestri, F Gortz- Repercussões otorrinolaringológicas do abuso de cocaína e/ou crack em dependentes de drogas. Revista das Associação Médica Brasileira, 1999; 45(3): 237-41).

“Segundo o **IC/PR, a médica de uso de cocaína, na forma de crack, é de 15 pedras diárias** e de acordo com a Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack realizada por meio da parceria entre SENAD/MJ e a Fundação Oswaldo Cruz-**FIOCRUZ é de 11 até 16 pedras diárias**. A referida pesquisa destaca, no entanto, que não há como definir de forma minimamente precisa o peso em gramas e o conteúdo do que cada usuário denomina 'pedra'. Desse modo, há uma subjetividade intrínseca às definições utilizadas pelos próprios usuários. Inobstante a ressalva feita pela pesquisa, **a informação técnica nº 023/2-13 SETEC/SR/DPF/RS (Superintendência Regional da Polícia Federal do Estado do RGS)**, constata que **cada pedra de crack pode variar de 01 a 1,5 gramas**”.

“Segundo o estudo realizado na Santa Casa de Misericórdia de Curitiba, a quantidade consumida por **usuários de crack variava entre 1 a 15 gramas** diárias, sendo que a **média identificada foi de uso de 5,2 gramas por dia**”.

Ainda, no trabalho “Usuário de drogas ilícitas internados em hospitais psiquiátrico: padrões de uso e aspectos demográficos e epidemiológicos”, de Paulo Borini e outros, publicado pelo Jornal Brasileiro de Psiquiatria, órgão oficial do IPUB – Instituto de Psiquiatria da Universidade Federal do RJ, volume 52, mai/jun 2003, estudo realizado em um hospital psiquiátrico, informa que cerca de 51% são usuários de monodroga e 49% de polidroga. **Indica que o consumo diário era igual ou menor de 15 (quinze) gramas de crack, 10 (dez) gramas de maconha e 5 (cinco) gramas de cocaína.**

A quantidade de entorpecentes apreendida com o réu se adequa àquelas indicadas nas pesquisas referidas.

Deste modo, com este conjunto de informações e os fatos que constam dos autos, **considero que o mais adequado é considerar o réu como incurso no artigo 28 da Lei de Drogas.**

Atenta aos antecedentes do acusado, aplico a pena prevista no artigo 28, II, da Lei 11.343/06, pelo prazo de cinco meses.

Por fim, não reconhecido o tráfico de entorpecentes, **de rigor o afastamento do perdimento** do valor elencados à fl. 52, depositado em juízo.

Estabelecem os artigos 62 e 63 da Lei n. 11.343/06:

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

Referidos artigos devem ser interpretados estritamente, de forma a admitir **o perdimento em favor da União apenas dos instrumentos habitual e intencionalmente utilizados para a prática do tráfico de drogas**. Nesse sentido, destaco as lições de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi:

Nos termos da lei basta, para a perda, que os veículos e demais instrumentos enumerados tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz, para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada. A amplitude do texto legal exige uma interpretação restritiva, sob pena de chegarmos ao absurdo de, por exemplo, vermos a perda de um automóvel só porque nele foram encontrados “pacaus” de maconha. Para a perda, repetimos, há necessidade de um nexó etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. Haveria a perda, p. ex., de um caminhão especialmente utilizado para o transporte de maconha. (Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 187)

Igual é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial.

Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Tráfico de entorpecentes. Perdimento de bens. Demonstração da utilização habitual ou da preparação específica dos bens para a prática da atividade ilícita. Necessidade. Agravo regimental improvido.

(...)

2. A tese sustentada pelo agravante não é inédita nesta Corte Superior, que firmou o entendimento de que o perdimento de bens utilizados para tráfico ilícito de entorpecentes, **depende da demonstração de que tal bem seja utilizado habitualmente, ou que seja preparado, para a prática da atividade ilícita.**

3. Tendo o Tribunal de origem consignado, expressamente, que "não restando demonstrado, *in casu*, que o veículo e os celulares apreendidos foram adquiridos com o produto do tráfico de drogas, tampouco que se destinavam precipuamente, para atividade ilícita", impossível autorizar a ordem de confisco, com fulcro na simples circunstância de apreensão das drogas no veículo, desacompanhada de qualquer outro elemento de convicção quanto a sua origem ou destinação.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 175.758/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ªT, julg. 06/11/2012)

Não há qualquer prova nos autos que a os bens e valores são originários da prática do crime de tráfico de drogas, que sequer restou caracterizada.

Isto posto, conheço e defiro a revisão criminal proposta interposto por [REDACTED], para desclassificar a conduta que lhe foi imputada, tendo-o como incurso no artigo 28, da Lei nº. 11.343/06, aplicando a pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de cinco meses.

Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu.

Kenarik Boujikian

Relatora designada

