



FC

Nº 70048082788

2012/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR JÁ CUMPRIDO EM REGIME FECHADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DUPLA PUNIÇÃO E/OU DUPLO PROCESSO PELO MESMO FATO COM BASE NA CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS E ESTATUTO DE ROMA.

1 - O contexto probatório não se presta a comprovar a traficância, pois as únicas provas a sustentarem a acusação são as afirmações de que havia intensa movimentação de pessoas na casa do acusado e a própria apreensão da substância entorpecente. Por outro lado, a quantidade/espécie de droga apreendida com o réu (72,73g de maconha), que estava fumando um “baseado” quando do flagrante, aliada à ausência de apreensão de outros objetos indicativos de tráfico reforçam a tese de desclassificação, já que possível que a posse da substância fosse apenas para consumo pessoal – o que foi afirmado pelo réu. De igual sorte, não lograram os policiais efetuar diligências investigativas pretéritas que dessem conta de que o acusado de fato vendia drogas. A desclassificação é, portanto, medida impositiva.

2. O delito do artigo 28 da Lei 11.343/06 é, em tese, da competência do JECRIM. Todavia, considerando o tempo em que o réu esteve preso preventivamente – por mais de 12 meses – em regime fechado, entendo por bem aplicar o princípio da proporcionalidade para evitar excesso de punição, porquanto o réu seria condenado a uma pena mais branda do que a prisão cautelar já cumprida. Deve, por isso, ser extinta a punibilidade, sem remessa ao JECRIM. Adoção do princípio da vedação da dupla punição e/ou duplo processo pelo mesmo fato com base na Convenção Americana dos Direitos Humanos e Estatuto de Roma (§ 2º do art. 5º da Carta Magna).

APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE OFÍCIO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70048082788

COMARCA DE SANTO CRISTO

JOAO BATISTA DE OLIVEIRA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo defensivo para desclassificar a imputação para o delito do artigo 28 da Lei 11.343/06 e, de ofício, extinguir a punibilidade pelo cumprimento, pelo réu João Batista de Oliveira, de medida mais severa da que seria aplicável pela desclassificação ora operada. Expeça-se alvará de soltura junto à origem se por *al* não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** E **DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS**.

Porto Alegre, 28 de junho de 2012.

DES. FRANCESCO CONTI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. FRANCESCO CONTI (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA, dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 20 de maio de 2011, por volta das 17h20min, na Rua Nicolau Bender, 157, Vila Philippsen, no Município de Santo Cristo/RS, o denunciado João Batista de Oliveira, tinha em depósito e guardava, para fins de comércio, aproximadamente 72,73g (setenta e dois vírgula setenta e três gramas) de Cannabis sativa, vulgarmente conhecida por "maconha", substância entorpecente



FC

Nº 70048082788
2012/CRIME

proscrita, sem autorização e em desacordo com determinação legal (auto de apreensão fl. 28).

Na ocasião, o acusado estava em um galpão, nos fundos de sua residência, momento em que foi flagrado, por um policial militar, o qual é vizinho de João Batista, fracionando trouxinhas de maconha retiradas de um volume maior da mesma substância. Em revista ao local, foram localizadas cerca de 72,73g (setenta e dois vírgula setenta e três gramas) de “maconha”, os quais estavam divididos em uma trouxinha pesando 3,47 gramas, outra trouxinha pesando 1,92 gramas, uma terceira contendo 2,21 gramas e um volume contendo 64,20 gramas, sendo preparados para a comercialização.

A denúncia foi recebida em 21/06/2011 (fl. 65).

Após regular trâmite processual, sobreveio sentença julgando procedente a denúncia para CONDENAR o réu JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, sem substituições (fls. 122/125).

A sentença foi publicada em 18/11/2011 (fl. 125v).

Inconformada com a decisão, a defesa interpôs, tempestivamente, recurso de apelação - recebido à fl. 131.

Nas suas razões (fls. 134/152), sustentou que não restou demonstrada a traficância por parte do acusado, razão pela qual pugna pela sua absolvição. Afirmou que o réu é viciado em maconha e que não realiza atos de traficância. Requereu, em consequente, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Tóxicos. Ao final, pleiteou, caso mantida a condenação, o redimensionamento da pena privativa de liberdade para o fim de ser fixada no patamar mínimo legal, afastando-se a agravante de reincidência. Pleiteou, ainda, o direito de recorrer em liberdade.

Apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 153/156v), subiram os autos a esta Corte.



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

Nesta instância, o Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 159/163v).

É o relatório.

VOTOS

DES. FRANCESCO CONTI (RELATOR)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na ausência de preliminares, passo diretamente ao exame do mérito recursal.

Segundo narra a peça incoativa, o réu foi abordado tendo em vista que foi flagrado por um policial militar, o qual é seu vizinho, fracionando trouxinhas de maconha retiradas de um volume maior da mesma substância. Ocasão em que, feita a revista no local, foram localizadas 72,73g (setenta e dois vírgula setenta e três gramas) de maconha, os quais estavam divididos em uma trouxinha pesando 3,47 gramas, outra trouxinha pesando 1,92 gramas, uma terceira contendo 2,21 gramas e um volume contendo 64,20 gramas.

Pois bem. Inobstante a apreensão da droga, demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 03/35) auto de apreensão (fl. 18), fotografias (fls. 59/60), laudo definitivo da substância apreendida (fl. 97) e a prova oral colhida no feito, não há prova robusta da materialidade e da autoria do delito de tráfico.

Senão vejamos.

Com efeito, o recorrente JOÃO BATISTA negou a prática delitativa, mas não a posse do entorpecente (fls. 94/95v). Alegou que é viciado em maconha. Disse que a droga estava inteira e não como foi apresentada.



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

Contou que a droga estava escondida dentro de um ventilador para que seus companheiros de serviços não achassem. Afirmou que o movimento na sua casa era só das pessoas que moravam com ele, mas que nunca levou ninguém para fumar no local. Aduziu que nunca vendeu drogas. Disse que foi o policial que, provavelmente, fracionou a droga e a apresentou dessa forma na delegacia.

O policial militar Person Kaiser Santiago disse que era vizinho do acusado. Contou que recebeu reclamações da vizinhança acerca da movimentação e do consumo de entorpecentes que estavam ocorrendo no local. Afirmou que quando chegou à casa do réu, este estava consumindo um cigarro de maconha e fracionando a droga apreendida. Aduziu ter pessoalmente visto intensa movimentação de pessoas na residência do acusado (fls. 85/86).

O policial militar Márcio Antônio Lauxen relatou que estava em patrulhamento quando a sala de operações o despachou para o local do delito, ocasião em que o acusado lhe disse que a droga era para consumo. Afirmou que, segundo informações anteriores dos vizinhos do réu, havia movimentação estranha no local (fl. 86v).

O policial militar Valdir Luis Rockenbach referiu que se deslocou até o local do fato após ser acionado pela sala de operações. Disse que quando o acusado foi preso, este alegou que as drogas não eram dele. Alegou que a droga estava separada em “três ou quatro trouxinhas” (fl. 87 e v).

Paulo César Butner disse que havia intensa movimentação de pessoas e veículos na casa do réu. Afirmou que quando chegou do trabalho o acusado já estava sendo conduzido para a viatura. Alegou que é vizinho do réu. Contou que já percebeu que havia gente consumindo entorpecentes no local (fls.88/89). No mesmo sentido foi o depoimento prestado pela



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

testemunha Silene Maria Monbach (fls. 89v/90), a qual referiu a intensa movimentação na casa do acusado.

João Gilberto Zavalía afirmou que residia com o acusado e que sabia que ele era usuário de maconha (fl. 91 e v).

João Pedroso disse que residia com o réu. Alegou que nunca o viu fumando. Afirmou não se lembrar de nenhuma pessoa estranha aparecer durante à noite. Mencionou que o acusado era trabalhador (fl. 92 e v).

Jean Carlos Kalsing igualmente disse que residia com o acusado. Negou que houvesse qualquer movimento estranho de pessoas na sua casa. Disse que sabia que o réu era usuário de maconha, porque ele própria havia contado, sem, contudo, presenciá-lo fumando. Afirmou que o acusado nunca lhe ofereceu drogas (fl. 93 e v).

O contexto probatório, portanto, deixa invencível dúvida quanto à traficância por parte do réu. Isso porque a prova da acusação resume-se à alegação do policial militar de que o acusado estaria fracionando a droga apreendida no momento da abordagem, bem como declarações da vizinhança de que havia intensa movimentação de pessoas na residência do réu.

Esta prova, pois, é deveras frágil para firmar um juízo conclusivo quanto à mercancia de entorpecentes.

Como visto, a abordagem policial não foi precedida por qualquer investigação pretérita acerca do suposto envolvimento do réu com o tráfico de drogas e decorreu exclusivamente de reclamações da vizinhança acerca da movimentação e do provável consumo de entorpecentes que estava ocorrendo na casa do acusado. Ademais, não há notícia de que teria sido visualizada qualquer situação de compra ou venda de drogas por parte do réu, havendo, por outro lado, relato dos vizinhos quanto ao odor estranho que vinha da casa do acusado, pressupondo-se ser oriundo do uso de maconha.



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

Destarte, o único indicativo da mercancia seria a droga – *maconha* -, já que outros artefatos indicativos de traficância (tais como balança de precisão, caderneta de anotações com relação de nomes e valores, pedaços de plástico picotados, armas, etc.) não foram apreendidos. Porém, a quantidade do entorpecente não é muita – 72,73 gramas – e não refoge aos padrões consumidos pelos dependentes.

Disso decorre que o caderno probatório carreado neste feito comprova apenas a posse de droga – o que impede, de pronto, o juízo absolutório -, a qual se presume ser para consumo, na ausência de prova robusta de que teria o tráfico como destino e tendo o acusado se manifestado nesse sentido.

Reitero, o contexto probatório não se presta a comprovar a traficância, pois as únicas provas a sustentarem a acusação são as afirmações de que havia intensa movimentação de pessoas na casa do acusado e a própria apreensão da substância entorpecente. Por outro lado, a quantidade/espécie de droga apreendida com o réu (72,73g de maconha), que estava fumando um “baseado” quando do flagrante, aliada à ausência de apreensão de outros objetos indicativos de tráfico reforçam a tese de desclassificação, já que possível que a posse da substância fosse apenas para consumo pessoal – o que foi afirmado pelo réu. De igual sorte, não lograram os policiais efetuar diligências investigativas pretéritas que dessem conta de que o acusado de fato vendia drogas. A desclassificação é, portanto, medida impositiva.

Não se está a negar a existência de indícios de prova da materialidade e da autoria do tráfico descrito na exordial. O que ora se realça é a falta de elementos contundentes nesse sentido.

De outra banda, havendo prova suficiente de que o acusado estava na posse da droga, bem como de que o entorpecente era para



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

consumo próprio, o que foi por ele admitido, a desclassificação para a figura do artigo 28 da Lei 11.343/06 é medida que se impõe.

Tratando-se, na hipótese, de um delito de menor potencial ofensivo, a competência, em tese, seria do JECRIM.

Entretanto, uma vez que o réu está preso preventivamente de 20 de maio de 2011 até a presente data, ou seja, **por mais de um ano em regime fechado**, e o porte de droga para consumo próprio ensejaria uma pena mais branda do que a privativa de liberdade, entendo seja caso de aplicar o princípio da proporcionalidade para evitar excesso de punição, porquanto **considero o tempo de prisão preventiva cumprido pelo réu como suficiente para repreender a sua conduta**.

Quanto à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade nos processos criminais, cito Delmanto Jr:

“... o conceito substancial do due process of law implica a aferição da proporcionalidade de uma medida que imponha restrições ao exercício de um direito constitucionalmente garantido. Essa análise, vinculada à chamada proibição do excesso, se desdobraria em três vértices: o da adequação da medida aos fins perseguidos; o de sua exigibilidade ou necessidade, ou seja, de que os fins visados não poderiam ser alcançados com a aplicação de meios menos violentos; e, enfim, o da proporcionalidade em sentido estrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais desproporcionais, excessivas, em relação aos fins obtidos, como observam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira” (As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 212 e 213).”

In casu, cumpre destacar, se está dando efetividade aos **princípios da vedação da dupla punição pelo mesmo fato e da proibição de dupla persecução penal** – estribados no preceito constitucional da legalidade -, previstos na Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8º, item 4¹) e no Estatuto de Roma (art. 20²), estes alçados no Brasil à

¹ Artigo 8º - Garantias judiciais



FC

Nº 70048082788

2012/CRIME

categoria de norma supralegal e encontrando força de atuação no §2º do art. 5º da Carta Maior.

Quanto ao princípio da vedação da dupla punição destaco os ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci³:

A proibição de dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso é decorrência de dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade em harmonia com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento. Este último encontra expressa previsão da Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8º, 4) e ingressa em nosso cenário constitucional pela abertura concedida pelo art. 5º, §2º, da CF. O primeiro é decorrência taxativa do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Quanto à legalidade, sabe-se não haver crime, nem pena, sem prévia definição e cominação legais. Para cada delito, prevê-se uma única possibilidade de aplicação de pena. Quando se avolumam os crimes, outras fórmulas são utilizadas para avaliar a pena cabível (concurso de delitos). Entretanto, inexistente autorização legal para a imposição de mais de uma penalidade para um determinado fato.

Sob outro aspecto, havendo a proibição de se instaurar processo criminal mais de uma vez, pelo mesmo fato, contra alguém, pouco importando a solução anterior – se condenatória ou absolutória – torna-se natural impedir-se a aplicação de dupla apenação por idêntica ocorrência. Se nem mesmo processo é viável instaurar-se, nem se cogite de dupla punição.

Note-se que tal princípio – o da vedação da dupla punição pelo mesmo fato – é uma faceta (sentido **material**) do conhecido Princípio da Vedação do *Bis in Idem*. Tal princípio tem ainda outros dois vieses: **de execução**, prevendo que ninguém pode ser executado duas vezes por

(...)

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

² Artigo 20.º

Ne bis in idem

1 - Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.[...].

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais penais e processuais penais. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 245 e v.



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

condenações relacionadas ao mesmo fato, e **processual**, dispondo que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato.

Noutras palavras, havendo condenação ou absolvição – não importa! -, o Estado, ao ingressar com um feito criminal por determinado fato contra alguém, esgota este poder/dever, não podendo sujeitar a mesma pessoa a novo processo pelo mesmo fato até que se dê por satisfeito com o resultado do julgamento.

No caso, já sendo processado pelo fato vergastado neste feito – havendo, inclusive, punição ao adotar-se concretamente medida mais gravosa que uma eventual condenação para porte de droga para uso próprio ensejaria –, significando a desclassificação uma absolvição quanto ao crime de tráfico, ilegal seria a determinação de remessa do feito ao JEC, porquanto importaria na abertura de um novo processo, vedado expressamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Estatuto de Roma.

Diante da fundamentação exposta, a conclusão a que se chega é que os referidos tratados internacionais, acolhidos expressamente pelo Brasil⁴, **garantem** ao indivíduo que o Estado não tem direito de processá-lo mais de uma vez pelo mesmo fato. Cabe, portanto, ao órgão acusador assumir essa responsabilidade quando da abertura de um processo criminal contra um cidadão, fazendo sua opção quanto aos termos da acusação, o que inclui o risco de não ser acolhida pelo Poder Judiciário.

Com estas considerações, **dou parcial provimento ao apelo defensivo para desclassificar a imputação para o delito do artigo 28 da Lei 11.343/06 e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pelo cumprimento, pelo réu JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA, de medida mais severa da que seria aplicável pela desclassificação ora operada. Expeça-se alvará de soltura junto à origem se por a/ não estiver preso.**

⁴ Através dos Decretos n.ºs 678/92 (Pacto de São José da Costa Rica) e 4.388/2002 (Estatuto de Roma).



FC
Nº 70048082788
2012/CRIME

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº 70048082788, Comarca de Santo Cristo: "À UNANIMIDADE, PROVERAM PARCIALMENTE O APELO DEFENSIVO PARA DESCLASSIFICAR A IMPUTAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 E, DE OFÍCIO, EXTINGUIR A PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO, PELO RÉU JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA, DE MEDIDA MAIS SEVERA DA QUE SERIA APLICÁVEL PELA DESCLASSIFICAÇÃO ORA OPERADA. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA JUNTO À ORIGEM SE POR AL NÃO ESTIVER PRESO"

Julgador(a) de 1º Grau: ROBERTO LAUX JUNIOR