

Tráfico de entorpecentes - Condenação - Ausência de provas suficientes - Dúvida - Desclassificação - Art. 28 da Lei nº 11.343/2006 - Posse para uso próprio - Prescrição - Ocorrência - Extinção da punibilidade decretada

Ementa: Tráfico de drogas. Insuficiência de provas. Desclassificação para uso. Possibilidade. Prescrição. Reconhecimento.

- Inexistindo nos autos provas seguras a demonstrar, sem qualquer resquício de dúvida, que a substância entorpecente apreendida em poder dos agentes se destinava à traficância, é de rigor a desclassificação de suas condutas para o art. 28 da Lei 11.343/06.

- Operando-se a desclassificação para o delito de porte para uso, nos termos do art. 30 da Lei 11.343/06, verifica-se o transcurso do lapso temporal necessário para o reconhecimento da extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua modalidade retroativa.

Recursos providos, declarando-se extinta a punibilidade dos apelantes pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.08.949546-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Luciano Teodoro dos Santos - 2º) Emerson Júlio da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2012. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte, Luciano Teodoro dos Santos e Emerson Júlio da Silva, alhures qualificados, foram denunciados por

suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/03 que, no dia 03.03.2008, por volta das 12 horas, durante patrulhamento de rotina, os militares depararam-se com os dois denunciados em atitude suspeita, razão pela qual foram abordados e submetidos a buscas pessoais, sendo arrecadado em poder dos mesmos cerca de 78,96 g (setenta e oito gramas e noventa e seis centigramas) de maconha, que traziam consigo para a venda a varejo, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Citado por edital, nos termos do art. 366 do CPP, foi determinada a suspensão do feito e do curso prescricional em relação ao acusado Luciano Teodoro dos Santos (f. 126/128). Posteriormente localizado, o processo retomou seu curso regular (f. 142/143).

Regularmente processados, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 179/184, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Luciano Teodoro dos Santos e Emerson Júlio da Silva como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, impondo ao primeiro as penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e 700 (setecentos) dias-multa, fixados no patamar mínimo; ao segundo, foram impostas as penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no patamar mínimo.

Inconformados com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, apelaram os réus (f. 191 e 195-v.). Em suas razões recursais (f. 197/208), pleiteiam os apelantes a desclassificação de suas condutas para a de posse para uso. Alternativamente, o apelante Emerson busca a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como a alteração do regime de cumprimento da reprimenda corporal e a sua substituição por restritivas de direitos. Por fim, requerem os apelantes a isenção do pagamento das custas processuais.

O recurso foi contrariado pelo representante do Ministério Público (f. 209/222), pugnano pelo desprovemento dos apelos.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do il. Procurador Dr. José Fernando Marreiros Sarabando (f. 229/243), opina pelo parcial provimento dos apelos, para que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 ao apelante Emerson, sendo concedida a isenção das custas processuais a ambos os apelantes.

Era o que havia de relevante a relatar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos apresentados.

Não sendo arguidas preliminares e não vislumbrando nulidades nem irregularidades a serem sanadas de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Conforme relatado, pleiteiam os apelantes a desclassificação de suas condutas para a de posse para uso. Alternativamente, o apelante Emerson busca a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º,

da Lei 11.343/06, bem como a alteração do regime de cumprimento da reprimenda corporal e a sua substituição por restritivas de direitos. Por fim, requerem os apelantes a isenção do pagamento das custas processuais.

Diante da minuciosa análise das provas acostadas aos autos, pedindo respeitosa vênias ao il. Magistrado sentenciante, entendo não haver provas suficientes para lastrear um decreto condenatório em desfavor dos ora apelantes pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que, nesta hipótese, a dúvida e a prudência induzem à desclassificação de suas condutas para a de posse de entorpecentes para o consumo pessoal.

A materialidade delitiva encontra-se sedimentada pelo termo circunstanciado de ocorrência (f. 08/09), boletim de ocorrência (f. 21/22), laudo de constatação preliminar (f. 12) e laudo toxicológico definitivo (f. 28).

Por outro lado, a autoria do delito de tráfico não se mostrou bem delineada nos autos.

Registre-se que uma decisão condenatória por tráfico de drogas, pela gravidade de seu conteúdo e a severidade das penas a serem impostas, deve estar sempre calcada em certeza e provas seguras, o que não ocorre na hipótese dos autos, pois, ainda que existam indícios acerca do envolvimento de ambos acusados com o comércio de entorpecentes, as provas judicializadas não nos fornecem a certeza necessária para sua caracterização.

Luciano Teodoro dos Santos, em seu depoimento de f. 146/147, nega veemente a destinação mercantil das substâncias apreendidas em sua posse, aduzindo que foram adquiridas para seu consumo pessoal, pelo valor de R\$ 40,00 (quarenta reais), das mãos de um desconhecido, no aglomerado Sumaré, nesta capital. Afirma, ainda, desconhecer o corréu Emerson.

O acusado Emerson Júlio da Silva (f. 158/159) também nega a prática do delito de tráfico de entorpecentes, afirmando que as drogas se destinavam ao seu uso exclusivo, as quais foram adquiridas também no aglomerado Sumaré. O mesmo afirma ter se encontrado e conhecido o corréu Luciano apenas ao ser colocado dentro da viatura, visto que não foram abordados conjuntamente.

Não se descarta a possibilidade de que os acusados tenham realmente envolvimento com o tráfico de drogas na região, sobretudo por terem sido abordados e presos em um local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, bem como em razão de certos deslizes em seus depoimentos. Contudo, as provas colhidas não são indenes de dúvida e geram, ao menos, dúvidas acerca da destinação das drogas, devendo esta dúvida ser interpretada em favor dos réus, razão pela qual suas declarações merecem certa credibilidade.

Com efeito, os policiais militares afirmam terem abordado os acusados apenas em razão de os mesmos se encontrarem em atitude suspeita em um ponto de ônibus da Av. Carlos Luz, próximo ao aglomerado Sumaré, nesta capital, tendo sido esta a primeira e única vez que se depararam com os mesmos.

Em seus depoimentos, o policial Rodrigo Concesso da Silva destaca que “até a presente data não recebeu quaisquer informações a respeito do envolvimento deles com o tráfico de drogas naquela região” (f. 39/40 e 160).

Tal depoimento foi corroborado pelos demais policiais ouvidos ao longo da instrução criminal.

Não bastasse isso, ainda que a quantidade de entorpecentes apreendidos com os acusados não possa ser tida como de pequena monta, totalizando 78 g (setenta e oito gramas) de maconha, a forma como estavam acondicionados, divididos em apenas dois invólucros, um com cada acusado, nos leva a crer, aliada às circunstâncias da apreensão, que se destinavam ao consumo pessoal.

Portanto, as narrativas que englobam as circunstâncias do crime não são, em absoluto, suficientes para configurar a diretiva normativa prevista no art. 33 da Lei 11.343/06. A dúvida que recai sobre os autos é tamanha que, inicialmente, ao serem abordados e lavrado o termo circunstanciado de ocorrência (TCO), os acusados foram conduzidos ao Juizado Especial Criminal como incurso nas sanções do art. 28 da Lei 11.343/06, quando, então, a nobre Promotora requereu a remessa dos autos à Delegacia de Polícia para a apuração de possível crime de tráfico de drogas.

É sabido e consabido que conjecturas e probabilidades existentes em desfavor dos réus, por si sós, se mostram insuficientes para sustentar uma condenação, pois o Órgão ministerial não se desincumbiu satisfatoriamente de seu mister, ou seja, comprovar as acusações feitas na denúncia. Neste caso, afastando-se os indícios em desfavor dos acusados, há de prevalecer a versão apresentada por estes.

Na verdade, competia ao Ministério Público, de forma cabal, provar o alegado na denúncia, visto que a finalidade da prova é convencer o julgador a respeito da verdade de um fato litigioso, na busca pela verdade real.

De acordo com o disposto no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. A propósito, sobre o ônus da prova, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Ônus da prova: o termo ônus provém do latim - onus - e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, pois este é uma obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação. [...] Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar para si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que terá esta menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório.

Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal - materialidade e autoria -, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 344-345).

No mesmo norte, doutrina Mirabete:

Ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuricidade, culpabilidade e punibilidade, bem como circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena etc.), ou benefícios penais (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 474-475).

Essa é a orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal:

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Meros indícios de autoria. Conjunto probatório frágil. Absolvição pela associação. Desclassificação do delito de tráfico para uso de entorpecentes. Possibilidade. Sentença mantida. Recurso não provido. - Somente indícios da prática do tráfico ilícito de entorpecentes e da associação para tal fim são insuficientes para sustentar uma condenação, mormente quando há dúvidas, também extraídas dos autos, quanto à veracidade da versão única apresentada pelos corréus, de que o entorpecente se destinava exclusivamente ao uso de um deles. Tal circunstância deve militar em favor deles, uma vez que é precisamente a certeza conquistada da autoria do delito que legitima a condenação, o que não ocorre no caso presente. Havendo comprovação indubitosa nos autos de que o entorpecente se destinava ao próprio consumo do agente, sendo encontradas em sua residência 09 (nove) pedras de ‘crack’, cuja propriedade foi por ele assumida e tal circunstância foi corroborada pelos demais elementos de prova coligidos nos autos, a desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06 é medida que se impõe (TJMG - 4ª Câmara Criminal - Apelação Criminal nº 1.0153.09.087077-2/001 - Relator: Des. Júlio Cezar Gutierrez - v.u. - j. em 25.08.2010 - pub. no DOMG de 15.09.2010).

Apelação criminal. Tráfico ilícito de substância entorpecente. Desclassificação para posse de droga para consumo pessoal. Possibilidade. - Não havendo prova segura do exercício da traficância e tendo o agente admitido fazer uso de droga, a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 é medida que se impõe (TJMG - 3ª Câmara Criminal - Apelação Criminal nº 1.0024.07.687287-8/001

- Relator: Des. Fortuna Grion - v.u. - j. em 17.08.2010 - pub. no DOMG de 06.10.2010).

Penal. Tráfico de entorpecentes. Desclassificação para posse de droga para uso próprio. Possibilidade. Ausência de prova da finalidade mercantil da droga. Recurso a que se dá parcial provimento. - Se da análise do conjunto probatório extrai-se a certeza da propriedade da droga por parte do agente, mas não resta comprovada a sua finalidade mercantil, há que se operar a desclassificação do fato para o delito de posse de droga para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. - Recurso provido em parte (TJMG - 2ª Câmara Criminal - Apelação Criminal nº 1.0090.09.025027-6/001 - Relator: Des. Hélcio Valentim - v.u. - j. em 14.10.2010 - pub. no DOMG de 28.10.2010).

Portanto, sendo as provas amealhadas inconsistentes, deve ser reconhecida a desclassificação da conduta dos acusados Luciano Teodoro e Emerson Júlio para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/06.

Contudo, na hipótese de se manter a desclassificação operada pela Turma Julgadora, mister se faz a declaração da extinção da punibilidade dos apelantes pela ocorrência da prescrição.

De acordo com o art. 30 da Lei 11.343/2006, em observância ao disposto no art. 107, inciso IV, e seguintes do Código Penal, restando os apelantes condenados nas iras do art. 28 do referido diploma, ter-se-á o prazo prescricional para a imposição e execução das penas pela prática do delito de uso de entorpecentes em 02 (dois) anos.

Ressalte-se, ainda, que o apelante Emerson Júlio possuía menos de 21 (vinte e um) anos de idade à época dos fatos, razão pela qual o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade, conforme orientação do art. 115 do Código Penal.

Assim, é de rigor o reconhecimento da prescrição pelo decurso do prazo estabelecido, já que entre a data dos fatos (03.03.2008) e a data do recebimento da denúncia (16.08.2010 - f. 126.128), transcorreu interstício temporal superior àquele delineado nos dispositivos retrocitados para fins prescricionais, qual seja de 02 (dois) anos.

Verificado o decurso do prazo prescricional, perdeu o Estado o poder-dever de manifestar-se acerca do crime em julgamento, restando, ato contínuo, maculada a possibilidade jurídica de proferir decisão, bem como de ser imposta qualquer sanção.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se dar provimento aos recursos para desclassificar a conduta atribuída aos apelantes Luciano Teodoro dos Santos e Emerson Júlio da Silva para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, declarando extinta sua punibilidade pela ocorrência da prescrição, em sua modalidade retroativa, determinando que se cancelem todos os registros cartorários feitos em desfavor dos mesmos.

Custas, ex lege.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - RECURSOS PROVIDOS.