

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0362.07.082172-7/001 -
Comarca de João Monlevade - Apelante: Ministério
Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Douglas
Gilvan Câmara - Relator: DES. FORTUNA GRION**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Paulo César Dias, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2010. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Douglas Gilvan Câmara, já qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, na forma do art. 71 do CP, isso porque estaria ele, em 23 de maio de 2003, na Avenida Vereador João Braga, em frente ao nº 192, Bairro Jacuí, em João Monlevade, MG, portando, para fins de mercancia, substâncias entorpecentes sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narra a proemial que a Polícia Militar, após denúncia anônima de que o acusado estaria traficando drogas, saiu em patrulhamento, avistando-o quando retirava do bolso a substância entorpecente, colocando-a dentro da boca. Todavia, diante da intervenção dos milicianos, a droga, consistente em uma bucha de maconha e 5 pedras de crack, foi recuperada, sendo arrecadada, ainda, a importância de R\$110,00, em dinheiro.

Por fim, narra a vestibular que o denunciado realizava a traficância no bar de seu genitor, localizado na Rua Beira Rio.

Após instrução probatória, foi a imputação contida na denúncia desclassificada para aquela capitulada no art. 28 da Lei 11.343/06, tendo o Juiz determinado a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

Inconformado, apelou o Ministério Público, buscando, em suas razões recursais (f. 144-148), a condenação do réu nos exatos termos propostos da exordial acusatória.

Em contrarrazões (f. 159-166), a defesa manifestou-se pelo desprovimento do apelo, bem como pela manutenção da sentença.

Nessa instância, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 169-178, opinou pelo provimento do recurso.

**Tráfico de drogas - Autoria - Materialidade -
Prova - Desclassificação do crime - Uso de dro-
gas - Infração de menor potencial ofensivo -
Alteração da competência - Não ocorrência -
Suspensão condicional do processo -
Possibilidade - Vista ao Ministério Público -
Remessa dos autos à origem**

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Ausência de prova da traficância. Desclassificação para posse de substância entorpecente para consumo próprio mantida. Delito de pequeno potencial ofensivo. Conversão do julgamento em diligência para fins de despenalização.

- Inexistindo prova da autoria do delito de tráfico de substância entorpecente, mas restando demonstrado que a droga apreendida se destinava ao consumo pessoal do agente, a manutenção da decisão que desclassificou a imputação para aquela prevista no art. 28 da Lei Antidrogas é medida que se impõe.

- Se, operada a desclassificação de um crime para outro, houver possibilidade de suspensão condicional do processo, a aplicação da pena ficará sobrestada até a conclusão dessa fase processual.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ante a ausência de preliminares, passo à análise do mérito.

O Ministério Público pretende a condenação do réu pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, nos termos propostos na exordial acusatória.

A materialidade encontra-se positivada pelo auto de apreensão da droga (f. 19) e pelos laudos periciais toxicológicos, que concluíram que as substâncias apreendidas eram maconha e crack (f. 74-75).

A autoria restou categoricamente negada pelo acusado, em ambas as fases do processo.

Inquirido, sob o crivo do contraditório, o réu admitiu a posse da droga, mas afirmou que se destinava a consumo próprio.

Vejamos:

[...] ...que foi preso aos dezoito anos por uso de maconha, tendo ficado detido por um dia; [...] que realmente foi encontrado pelos policiais no dia e hora dos fatos, de posse da droga aludida na denúncia, mas era para seu consumo; que graças a Deus nunca vendeu droga entorpecente em sua vida; [...] que o dinheiro encontrado em seu poder foi pego de sua mulher; que sua mulher recebe pelas vendas e guarda o dinheiro no guarda-roupas; que pegou o dinheiro para comprar mantimentos para casa e para o trabalho de sua mulher, mas gastou um pouco na compra de droga; [...] que nunca vendeu droga em lugar nenhum, muito menos no estabelecimento de seu pai; que nunca usou droga de seu pai, muito embora ele saiba que o interrogando é usuário; [...] que esclarece que estava voltando para casa quando foi preso, pois havia comprado a droga perto da linha e fumado um cigarro de maconha com crack lá mesmo, sendo que depois pegou um ônibus para Rio Piracicaba e foi acordado pelo cobrador na referida avenida, quando desceu, já no bairro Jacuí, e voltava a pé; que quando foi abordado estava andando sentido Jacuí/Centro Industrial; que não chegou a fazer compra de mantimento algum, porque foi logo comprar a droga, porque o vício 'falou mais alto'; que infelizmente não tem limite para fumar droga, sendo que quando começa só pára se acabar o dinheiro; [...] que ficava muito no bar de seu pai, porque fazia churrasquinho para lá vender; [...] que pegou o ônibus para ir para o bairro Centro Industrial, mas acabou dormindo por causa da droga e foi acordado pelo trocador no bairro Jacuí; que não chegou a fazer compra de mantimento algum, porque foi logo comprar a droga, sendo que quando começa só para se acabar o dinheiro; que se não tiver o dinheiro não fuma, porque nunca roubou e nem furtou; que ficava muito no bar de seu pai porque fazia churrasquinho pra lá vender; que pegou o ônibus para ir para o bairro Centro Industrial mas acabou dormindo por causa da droga e foi acordado pelo trocador no bairro Jacuí... [...] (Douglas Gilvan Câmara - acusado - em Juízo - f. 112-113.)

Os milicianos Celso e Wagner, que fizeram a prisão do acusado, por sua vez afirmaram ao Juízo:

[...] que pode afirmar que o acusado presente já vendeu churrasquinho no bar do genitor; [...] que confirma como sendo de sua lavra o BO de f. 12 dos autos; que sabe que o acusado presente é usuário de drogas; que já frequentou o bar do genitor do acusado e, pelo pouco período que ali permaneceu nas vezes que lá foi, nunca viu o comércio de drogas ilícitas no local; [...] que todas as vezes que viu o acusado presente ele estava no bar do pai e parecia estar ajudando o genitor; [...] que esclarece que as vezes que vê o acusado é no bar do pai dele; que o bar do genitor do acusado é frequentado por pessoas de bem; [...] que, quando estava de férias, frequentou o bar do pai do acusado, em companhia de amigos, e não viu qualquer tipo de movimentação estranha em relação à venda de drogas; [...] que sabe que existe uma linha de ônibus Monlevade/Rio Piracicaba que passa pelo bairro Jacuí; que tem três anos que está em João Monlevade e nunca havia abordado o acusado anteriormente, não sabendo de outro companheiro policial que tenha abordado o denunciado... (Celso Alves Ferreira - testemunha - em Juízo - f. 114.)

[...] que no momento da prisão o acusado informou ser usuário de drogas; [...] que após as denúncias foram até o bar do pai do acusado, sendo que não o encontraram, momento em que se dirigiram até o bairro Jacuí, não por denúncias, mas sim por experiência de policial; que é policial em João Monlevade há aproximadamente seis anos; que nunca ouviu dizer sobre um traficante conhecido por 'Neguinho' nesta cidade; que se lembra que no momento da prisão o acusado estava andando no sentido Jacuí/Centro Industrial... (Wagner Evaristo Silva - testemunha - em Juízo - f. 115.)

As testemunhas de defesa, por sua vez, afirmaram que sempre frequentavam o bar do genitor do acusado e nunca souberam que lá se dava o tráfico de drogas, sendo certo que Leandro sempre era visto no local, ajudando o pai e vendendo churrasquinhos:

[...] que nunca ouviu dizer que o acusado fosse traficante; [...] que já viu o acusado presente, ajudando o pai no referido bar; que em hipótese alguma já ouviu dizer que no referido bar havia venda de drogas; que mora no bairro Jacuí desde que nasceu; que conhece o acusado desde que o depoente tinha aproximadamente 16 anos; que sabe que o acusado trabalhou na Enskon por muitos anos; que nunca ouviu nada que desabonasse a conduta do acusado presente. (Edmilson Gomes - testemunha - em Juízo - f. 116.)

[...] que sabe que o acusado presente é usuário de drogas; que nunca ouviu falar que o acusado fosse traficante; que é freguês do bar do genitor do acusado, podendo dizer que é bem frequentado; que de forma alguma ouviu dizer que no referido bar existe venda de drogas; que sabe que o acusado presente ajudava no bar do pai, quando estava desempregado, vendendo churrasquinho; [...] que frequenta o bar referido quase todos os finais de semana; [...] que sabe que o acusado era viciado desde que ele trabalhava na Enskon... (Raimundo Nonato da Cruz - testemunha - em Juízo - f. 117.)

[...] que pode dizer que o acusado é pessoa boa, honesta, trabalhadora, podendo dizer que o acusado é usuário de drogas, porque já o viu fumando; que nunca viu e nem ouviu dizer que o acusado seja traficante; [...] que nunca ouviu dizer que exista

venda de droga no referido bar; que sabe que o acusado ajudava o pai no bar, vendendo churrasquinho; que sabe que o acusado estava fazendo hambúrguer, na própria casa, e ajudando um rapaz como pintor; que pode afirmar que o acusado fazia muito uso de drogas ilícitas; que já viu o acusado fumando maconha. (Érica Carvalho Moreira - testemunha - em Juízo - f. 118.)

[...] que sabe que o acusado é usuário de drogas; que sabe que o acusado é usuário de maconha e de crack, porque o filho da depoente, de nome Fábio, também é usuário das mesmas drogas e já usou junto com o acusado presente; que nunca ouviu dizer que o acusado seja traficante de drogas; que conhece o bar do genitor do acusado, podendo afirmar que é muito bem frequentado, sendo que a depoente é cliente também; que sabe que o acusado já vendeu churrasquinho no bar do pai; [...] que sabe que o acusado presente faz muito uso de drogas, inclusive já o viu fumando junto com o filho da depoente; que o acusado usa gardenal; que nunca ouviu dizer que o referido bar fosse local de venda de drogas; [...] que nunca ouviu dizer que o acusado presente tenha passado droga, ainda que gratuitamente, a quem quer que fosse... (Maria Perpétua Socorro Silva - testemunha - em Juízo - f. 119.)

No mesmo sentido os depoimentos das testemunhas Francisco e Artur (f. 120 e 121), afirmando ser o acusado usuário de drogas, bem ainda que nunca tiveram notícias de que o réu praticasse o tráfico de substâncias tóxicas, tampouco no bar de propriedade de seu pai.

Ademais, os próprios milicianos que realizaram a abordagem do acusado não trouxeram notícias de estar este envolvido no tráfico de drogas.

As testemunhas civis, no mesmo passo, foram unânimes ao afirmar ser o réu usuário de drogas

De resto, insta salientar que o réu foi encontrado na posse de apenas um cigarro de maconha e cinco pedras de crack, não sendo arrecadado, em seu poder, nenhum outro objeto que demonstrasse fosse a droga destinada à difusão no meio social.

Cediço que desnecessária, para a caracterização do crime de tráfico, a prova da mercancia. Todavia, indispensável se extraia do contexto probatório a intenção do agente em difundir, por qualquer meio ou forma, substância entorpecente de uso proscrito no país.

Como se vê da prova coligida para os autos, impossível concluir que o imputado se dedicava, no momento de sua prisão, ao tráfico de substância entorpecente.

Assim, ao contrário do que defende o *Parquet*, a prova emergente dos autos não permite a condenação do acusado por tráfico de drogas.

Do exposto, e levando em conta que o apelante afirmou ser usuário de drogas, penso que restou acertada a decisão singular que optou pela desclassificação do delito de tráfico para o de posse de substância entorpecente para consumo próprio, devendo, pois, ser mantida.

Nessa esteira, a uníssona jurisprudência deste eg. Tribunal:

Apelação. Tráfico de entorpecentes. Ausência de prova da mercancia. Desclassificação para uso. - Deve ser desclassificada a conduta do acusado quando nenhuma prova idônea é produzida em juízo confirmando a atividade comercial ilícita do réu com suposta venda de substância entorpecente. (TJMG - A.C. 1.0002.07.013148-3/001 - Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - j. 3.3.2009 - D.O.P.J. 23.3.2009.)

Penal e processual penal. Tóxicos. Desclassificação do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes para o de porte de droga para uso pessoal. Possibilidade. Ausência de provas da prática daquele delito. Dúvidas acerca da destinação mercantil da droga apreendida. - Ausente qualquer prova de que a droga apreendida em poder dos apelantes destinava-se à mercancia, impõe-se a desclassificação para o crime tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76. (TJMG - A.C. 1.0016.05.044967-3/001 - Rel. Des. Sérgio Braga - j. 28.03.2006 - D.O.P.J. 07.04.2006.)

Doutro giro, penso que merece reparo a decisão singular no que tange à determinação de remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Com efeito, dispõe o art. 383, *caput*, do CPP que o Juiz poderá dar ao fato descrito na inicial acusatória nova definição jurídica.

Em agosto de 2008, entrou em vigor a Lei 11.719/08, que acresceu, àquele dispositivo, o parágrafo 2º, que assim dispõe:

§ 2º - Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Entretanto, penso que tal dispositivo não pode ser examinado isoladamente, senão em harmonia com as regras gerais de competência fixadas no estatuto processual penal.

Dispõe o art. 74, § 2º, do CPP:

Se, iniciado o processo perante o juiz, houver desclassificação para a infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.

Assim, a determinação da competência ocorre no momento em que a ação penal é proposta, sendo irrelevantes posteriores modificações do estado de fato ou de direito, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria, que, nessa última hipótese, se dará quando for de natureza absoluta - como nos casos estipuladas pela CF/88, ou seja, militar, eleitoral, júri, comum e federal - é que podemos falar em deslocamento de competência.

In haec specie, firmou-se a competência do juízo comum pela natureza da infração capitulada na denúncia (art. 33 da Lei 11.343/06), razão pela qual, tendo aquele desclassificado a imputação para outro delito também a ser julgado no âmbito da jurisdição comum

- Juizado Especial Criminal -, a competência não se desloca, perpetuando-se a inicialmente fixada, de sorte que não há falar-se na incompetência do primeiro para conhecer da matéria desclassificada.

Posto isso, e considerando que o sentenciante, ao examinar o mérito, desclassificou a imputação contida no libelo para um delito de pequeno potencial ofensivo, deveria, no mesmo ato decisório, ter cumprido o disposto no § 1º do art. 383 do CPP, determinando a abertura de vista dos autos ao Ministério Público, para os fins do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95.

Assim, equivocada a determinação de remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, sob pena de ferir o princípio do juiz natural, ou seja, aquele originariamente competente para o processo e julgamento do fato típico, em tese, praticado pelo réu.

Demais disso, não se poderia impingir ao Magistrado do Juizado Especial Criminal, sob pena de afronta ao princípio *jura novit curia*, a concluir pela mesma definição jurídica, encontrada pelo sentenciante, para os fatos descritos no libelo acusatório.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a decisão desclassificatória operada na sentença.

Considerando, outrossim, o disposto no art. 383, § 1º, do CPP, determino o retorno dos autos à origem, para que seja aberta vista ao Ministério Público, para os fins do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95, devendo o MM. Juiz proceder nos termos da Lei Especial.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.