



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

**APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E INGRESSO DE “CHIP” DE APARELHO CELULAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL.**

Tráfico de drogas – absolvição. Ausência de provas para a condenação. O requerente alegou, em seu interrogatório, que é usuário há quinze anos e que a droga apreendida era para consumo próprio. Não restou evidenciado qualquer ato de mercancia por parte do acusado. A quantidade de droga apreendida em poder do réu (36,2 gramas de maconha e 2,2 gramas de crack) não permite, por si só, autorizar a condenação, pois a prova penal não admite presunções. Em nenhum momento há, na prova trazida aos autos, ditos no sentido de que os policiais ou os agentes penitenciários tenham visto algum ato de comércio, tampouco declarações de usuários. Pelo contrário, as testemunhas relataram que não têm conhecimento acerca do envolvimento do réu com o tráfico ilícito de entorpecentes. Possibilidade, aliás, de cometimento de delito diverso, não constante na denúncia formalizada. Seria o caso, talvez, do tipo do art. 33, § 3º, da Lei de Drogas – uso compartilhado.

Ingresso de “chip” de celular em estabelecimento prisional – manutenção da condenação. A materialidade do fato restou evidenciada pelo auto de apreensão que constata um “chip” para telefone celular da Vivo em poder do acusado. A autoria foi comprovada pelas declarações do próprio requerente e das testemunhas. **A conduta praticada pelo acusado amoldou-se adequadamente ao artigo 349-A do Código Penal.** A pena restou devidamente arbitrada na origem, inexistindo amparo para alterar o quantitativo levado a efeito na sentença condenatória.  
**RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA ROSA

CAIO KUHN

APELANTE



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

## 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 recurso para absolver o réu das sanções do artigo 33, *caput*, c/c do artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e manter a sentença condenatória do réu pelo delito do artigo 349-A do Código Penal. Determinaram a expedição de alvará de soltura por este processo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** E **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO**.

Porto Alegre, 21 de agosto de 2014.

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,**  
Relator.

## RELATÓRIO

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)**

Na sentença, o Dr. Eduardo Sávio Busanello consignou o seguinte relatório (fls. 157-164v.):

(...)  
FATOS DELITUOSOS:  
1º Fato:



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

No dia 06 de agosto de 2013, por volta das 20h30min, na Rua Irmã Gilberta, 265, Vila Agrícola, em Santa Rosa/RS, CAIO KUHN trazia consigo, para fins de comércio e fornecimento no interior do Presídio Estadual de Santa Rosa, drogas, consistentes em 36,2g (trina e seis gramas e dois decigramas) da substância entorpecente denominada Cannabis Sativa, vulgarmente conhecida como “maconha”, e 2,2g (dois gramas e dois decigramas) da substância entorpecente conhecida por “crack”, ambas causadoras de dependência física e psíquica, de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/98, de 12 de maio de 1998, expedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução nº 21, de 17 de junho de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Na ocasião, o denunciado, que se encontrava foragido do sistema penitenciário, ao apresentar-se espontaneamente no Presídio Estadual de Santa Rosa, trazia consigo as referidas substâncias entorpecentes, para fins de comércio e fornecimento a detentos. Na oportunidade, os agentes penitenciários encontraram no interior de dos pares de tênis do acusado a quantidade de maconha acima descrita, sendo que as pedras de “crack” supramencionadas estavam escondidas em uma bermuda dele.

As drogas foram apreendidas (fl. 56) e submetidas à exame pericial, tendo o material sido identificado como maconha e “crack”, ambas causadoras de dependência, conforme o Auto de Constatação da Natureza da Substância da fl. 58.

O denunciado é reincidente (fls. 26 a 34).

2º Fato:

Nas mesmas condições de tempo e espaço anteriormente narradas, CAIO KUHN ingressou e promoveu a entrada, sem autorização legal, de um “chip” de aparelho celular da Operadora de Telefonia Vivo, nas dependências do Presídio Estadual de Santa Rosa/RS.

Na oportunidade, o denunciado, que se encontrava foragido do sistema penitenciário, ao apresentar-se espontaneamente no Presídio Estadual de Santa Rosa, ingressou e promoveu a entrada do dispositivo de comunicação móvel acima mencionado, nas dependências da Penitenciária. Por ocasião de revista pessoal, agentes penitenciários encontraram o dispositivo de comunicação oculto em uma bermuda do acusado.

O acusado foi preso em flagrante (fls. 04/29), devidamente homologado (fl. 39), convertendo-se em prisão preventiva (fls. 43/45).

O réu foi notificado (fl. 100/101) e apresentou defesa preliminar (fls. 102/103), arrolando três testemunhas.

A denúncia foi recebida em 19 de novembro de 2013, com a designação de audiência de instrução para o dia 02/12/2013, às 14h (fl. 109).

O réu foi citado e intimado (fls. 130/131).

Durante a instrução o réu foi interrogado (fls. 122/123), sendo ouvidas seis testemunhas (fls. 123, verso/129).



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Em memoriais, o Ministério Público requereu a procedência do pedido formulado na inicial, para que o réu Caio Kunh seja condenado nas sanções do artigo 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, e no art. 349-A, na forma do art. 69, *caput*, incidindo o disposto no art. 61, inciso I, todos do Código Penal (fls. 168/172).

A defesa, por sua vez, pugnou pela improcedência do pedido da ação penal para absolver o acusado, forte no art. 386, incisos III e VII, do CPP, da prática dos delitos inculpidos nos art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e no art. 349-A do Código Penal, ou subsidiariamente, a desclassificação para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 147/156).

O réu registra antecedentes, inclusive configurada a reincidência (fls.136/140).

É O RELATÓRIO.  
(...)

Acrescento que restou o réu condenado às penas de 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão e 700 dias-multa, no valor mínimo legal, pelo delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c do artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006; e à pena de 5 meses de detenção pelo delito previsto no artigo 349-A do Código de Processo Penal.

O réu, pelo Dr. Pedro Kaefer Weschenfelder, advogado, interpôs recurso de apelação requerendo a absolvição com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente pugnou pela desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o de consumo de drogas. Alternativamente, ainda, requereu a reapreciação da pena, caso seja reconhecido do delito de tráfico de drogas (fls. 171-184).

O Ministério Público, pela Dra. Cristiane Mello de Bona, Promotora de Justiça, requereu a manutenção da sentença (fls. 186-192) e, em segunda instância, pela Dra. Ângela Salton Rotunno, Procuradora de Justiça, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 194-199).

É o relatório.

## VOTOS



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

## DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

### I. Tráfico de drogas – absolvição

Ao requerente foi imputada a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, assim descrito na denúncia (fl. 2 e 2v.):

No dia 06 de agosto de 2013, por volta das 20h30min, na Rua Irmã Gilberta, 265, Vila Agrícola, em Santa Rosa/RS, **CAIO KUHN** trazia consigo, para fins de comércio e fornecimento no interior do Presídio Regional de Santa Rosa, drogas, consistentes em 36,2 g (trinta e seis gramas e dois decigramas) da substância entorpecente denominada *Cannabis Sativa*, vulgarmente conhecida como “maconha”, e 2,2 g (dois gramas e dois decigramas) da substância entorpecente conhecida por “crack”, ambas causadoras de dependência física e psíquica, de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/98, de 12 de maio de 1998, expedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução n.º 21, de 17 de junho de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Na ocasião, o denunciado, que se encontrava foragido do sistema penitenciário, ao apresentar-se espontaneamente no Presídio Estadual de Santa Rosa, trazia consigo as referidas substâncias entorpecentes, para fins de comércio e fornecimento a detentos. Na oportunidade, os agentes penitenciários encontraram no interior de dois pares de tênis do acusado a quantidade de maconha acima descrita, sendo que as pedras de “crack” supramencionadas estavam escondidas em uma bermuda dele.

As drogas foram apreendidas (fl. 56) e submetidas à exame pericial, tendo o material sido identificado como maconha e “crack”, ambas causadoras de dependência, conforme Auto de Constatação da Natureza da Substância da fl. 58.

O denunciado é reincidente (fls. 26 a 34).

A **materialidade** delitiva está consubstanciada no auto de apreensão (fl. 60), no laudo de constatação dada natureza da substância (fl. 62) e nos laudos periciais (fl.s 105/108), que atestaram a presença de cocaína e tetrahydrocannabinol nas substâncias apreendidas.

Contudo, não há prova de qualquer ato de mercancia a evidenciar a traficância.



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

O requerente alegou, em seu interrogatório, que é usuário há quinze anos e que a droga apreendida era para consumo próprio. Disse que seria possível fazer uns 10 cigarros de maconha e que consome essa quantidade de droga em dois dias. Em relação ao “crack”, disse que a quantidade apreendida é suficiente para fumar em uma hora. Ainda, referiu que já foi internado para tratamento terapêutico (fls. 122-123).

A testemunha Nolar Pich, agente penitenciário, relatou que foi apreendida grande quantidade de droga com o réu, porém não sabe informar quantas pedras de crack seria possível fazer. Também disse que trabalha há um ano no Presídio e que não tem conhecimento a respeito de o requerente ter praticado tráfico de drogas no interior do Presídio durante esse período (fl. 123v.)

A testemunha Anderson Cardoso da Silva, policial civil, disse não saber se o réu foi alvo de investigação por tráfico de drogas no período em que esteve foragido do sistema prisional (fl. 124v. e 125).

A testemunha Querli Inês Meinart, agente penitenciária, referiu que não ouviu comentários a respeito de o requerente praticar tráfico de drogas no período em que esteve preso, nem tampouco sobre ser usuário. Disse que a quantidade de droga apreendida é compatível com o tráfico (fl. 125v.).

As testemunhas Roselei Moraes e Ervino Riedel relataram ter conhecimento de que o réu é usuário de maconha (fls. 127v e 128).

Com efeito, não restou evidenciado qualquer ato de mercancia por parte do acusado.

Além disso, a quantidade de droga apreendida em poder do réu (36,2 gramas de maconha e 2,2 gramas de crack) não permite, por si só, autorizar a condenação, pois a prova penal não admite presunções. Nesse sentido colaciono:



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA. 1. Na hipótese dos autos, houve a apreensão de 128g de maconha, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, acondicionados em um pote plástico. A droga não estava fracionada e o apelante, ao ser interrogado, assegurou utilizar a maconha para consumo próprio. Afora isso, os policiais declararam terem visto movimentação de consumidores, "conhecidos seus" no local, sem qualquer especificação ou abordagem dos supostos "conhecidos". 2. No caso, a dosagem probatória é insuficiente à manutenção da condenação, pois a "circulação" de pessoas não induz, necessariamente, estivessem lá para adquirir drogas. Ademais, nem sequer foram ouvidas ou revistadas. Ainda, nenhum petrecho ligado à traficância foi encontrado na casa ou nas proximidades. Ao contrário, a polícia apreendeu uma "marica", utensílio típico de usuário. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70056095623, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 05/06/2014)

Efetivamente, a prova penal não admite presunções, devendo a acusação ser comprovada no decorrer do processo por ônus integral do Ministério Público. Caso o titular da acusação não se desincumba desse ônus, com a demonstração da circulação, inexistente prova suficiente para erigir-se uma condenação criminal por tráfico ilícito de entorpecentes.

Em nenhum momento há, na prova trazida aos autos, de que os policiais ou os agente penitenciários tenham visto algum ato de comércio, tampouco declarações de usuários. Pelo contrário, as testemunhas relataram que não têm conhecimento acerca do envolvimento do réu com o tráfico ilícito de entorpecentes.

Do que restou exposto nos autos, para que fosse confirmada a condenação, necessariamente o Judiciário teria de crer apenas nas presunções dos policiais e dos agentes penitenciários.

No mínimo, resta fragilizada a versão acusatória. Não pode o Ministério Público confiar que o juiz, valendo-se de meras presunções, se compadeça diante de fatos graves que não foram devidamente investigados, ou que não apresentam prova clara, definitiva.



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Está muito claro, pois, não ter a acusação se desincumbido do ônus de provar o fato pelo qual denunciou o réu, ou seja, que *“trazia consigo e guardava, para fins de comercialização e entrega a consumo alheio”* a droga com ele apreendida.

Destaco que, considerando a quantidade de droga em poder do requerente, poderia, no máximo, ter sido acusado pelo delito previsto no artigo 33, §3º, da Lei 11.343/2006, que prevê o oferecimento de droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. E, talvez, fosse esse o caso, pois ele estaria retornando ao presídio onde há convivência de inúmeros outros apenados.

Desse modo, não tendo sido comprovada a destinação comercial da droga, a melhor medida a ser tomada é a absolvição.

## **II. Ingresso de “chip” de celular em estabelecimento prisional – manutenção da condenação**

O réu foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 349-A do Código Penal, conforme narra a peça inicial:

Nas mesmas condições de tempo e espaço anteriormente narradas, **CAIO KUHN** ingressou e promoveu a entrada, sem autorização legal, de um “chip” de aparelho celular da Operadora de Telefonia Vivo, nas dependências do Presídio Estadual de Santa Rosa/RS.

Na oportunidade, o denunciado, que se encontrava foragido do sistema penitenciário, ao apresentar-se espontaneamente no Presídio Estadual de Santa Rosa, ingressou e promoveu a entrada do dispositivo de comunicação móvel acima mencionado, nas dependências da Penitenciária. Por ocasião de revista pessoal, agentes penitenciários encontraram o dispositivo de comunicação oculto em uma bermuda do acusado.

A **materialidade** do fato restou evidenciada pelo auto de apreensão que constata um “chip” para telefone celular da Vivo em poder do acusado (fl. 14).



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

A **autoria** foi comprovada pelas declarações do próprio requerente e das testemunhas.

O réu, embora tenha dito que não notou a presença do “chip” de celular em sua bermuda, confirmou o ingresso no Presídio com o referido dispositivo (fl. 122v.).

A testemunha Anderson Cardoso da Silva, policial civil, relatou que foi apreendido com o acusado um “chip” de celular, contudo não soube dizer se este estava em uso ativo (fl. 125).

Dessa forma, a conduta praticada pelo acusado amoldou-se adequadamente ao artigo 349-A do Código Penal, tendo em vista que se trata de ingresso de aparelho de comunicação móvel ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

A pena restou devidamente arbitrada na origem, pelo eminente Dr. Eduardo Sávio Busanello, com a seguinte fundamentação:

(...)

**2º Fato - Ingressar com aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional**

Trata-se de réu apto a entender o caráter ilícito da conduta que adotara e poderia perfeitamente ter evitado ou mitigado, o que indica culpabilidade em grau mínimo. O réu registra antecedentes, inclusive configurada a reincidência (fls. 136/140). Personalidade desvirtuada, pois demonstra um contínuo envolvimento com a Justiça Criminal, o que não é comum aos cidadãos. Conduta social: normal. Motivos e consequências, sem importância. Circunstâncias, sem relevo. Assim, fixo a pena base em 04 (quatro) meses de detenção.

Presente a agravante da reincidência, pois o réu ostenta condenações transitadas em julgado por crimes anteriores, nos autos dos processos n.ºs **028/2.05.0000658-6** (trânsito em julgado em 13/10/2005, extinção ou cumprimento da pena em 23/08/2011 – fl. 136), **028/2.08.0003730-4** (com trânsito em julgado em 09/04/2009, extinção ou cumprimento da pena em 23/08/2011 – fl. 136, verso), **028/2.09.0001466-7** (com trânsito em julgado em 28/05/2010 – fl. 137), **028/2.09.0002209-0** (com trânsito em julgado em 01/02/2011 – fl. 137), **028/2.09.0002707-6** (com trânsito em julgado em 13/10/2011 – fl. 137, verso), **028/2.09.0003297-5** (com trânsito em julgado em 22/09/2010 – fls. 137, verso/138), aumento a pena em 01 (um) mês, tornando-a



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

provisória em **05 (cinco) meses de detenção**, a qual torno definitiva, diante da ausência de outras causas modificadoras.  
(...)

Efetivamente, inexistente amparo para alterar o quantitativo levado a efeito na sentença condenatória.

Desta forma, pela prudência e acerto dos fundamentos vertidos na sentença, é caso de manter a pena tal como dosada na origem.

### **III. Dispositivo**

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para absolver o réu das sanções do artigo 33, *caput*, c/c do artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e mantenho a sentença condenatória do réu pelo delito do artigo 349-A do Código Penal.

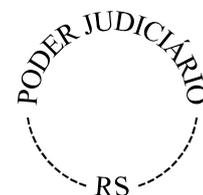
**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI** - Presidente - Apelação Crime nº 70060696531, Comarca de Santa Rosa: "À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E ABSOLVERAM O RÉU DAS SANÇÕES DO ARTIGO 33, CAPUT, C/C DO ARTIGO 40, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E MANTIVERAM A SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELO DELITO DO ARTIGO 349-A DO CÓDIGO



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



DVHR

Nº 70060696531 (Nº CNJ: 0262216-18.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

PENAL. EXPEDIR ALVARÁ DE SOLTURA NA ORIGEM POR ESTE  
PROCESSO."

Julgador(a) de 1º Grau: EDUARDO SAVIO BUSANELLO