Alegações Finais Tráfico de Drogas – Desclassificação Usuária

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | 12/02/2024
Nulidade investigação e abordagem Guarda Municipal

AO MM JUÍZO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PIRACICABA/SP

PROCESSO Nº XXXXXXX

XXXXX, já devidamente qualificada nos autos da AÇÃO PENAL em epígrafe, que lhe move o MINISTÉRIO PÚBLICO do Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Excelência, por meio de sua advogada que esta subscreve apresentar as presentes ALEGAÇÕES FINAIS, aduzindo, o quanto segue.

Inicialmente esta patrona justifica sua ausência na audiência de 26/05/2022, pois não conseguiu acessar o link enviado para a audiência virtual, justificando naquela data para este MM Juízo por ligação telefônica com o serventuário Sr. Diego, conforme imagem inclusa, confirmando também pelo aplicativo "whatsapp", contudo, as mensagens foram enviadas para serventuário Diego da Vara do Júri, conforme print anexo.

I – DOS FATOS

O Ministério Público narra em sua exordial acusatória as fls. 151-154 de forma abstrata e dúbia, tanto que narrou como "crack" os entorpecentes de "cocaína" apreendidos nestes autos em 24 de março de 2021, onde supostamente nesta cidade de Piracicaba a acusada tenha cometido o crime encartado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

II – PRELIMINARMENTE – INCONSTITUCIONALIDADE DA ABORDAGEM E INVESTIGAÇÃO PELA GUARDA MUNICIPAL

Como dos autos se infere a Guarda Municipal de Piracicaba procede recorrentemente a famigerados “patrulhamentos de rotina” atividades de investigação e abordagens de pessoas que julga suspeita no município, no presente caso, as acusadas duas jovens negras de periferia bebendo próximo a um bar se demonstraram nervosas e por isso foram abordadas.

Tal proceder deve ser censurado por ser absolutamente inconstitucional, pois em nosso ordenamento jurídico a Constituição da Republica é expressa da divisão e atribuição de competências investigatórias no que toca as instituições de segurança pública em seu artigo 144:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(…)

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. (Vide Lei nº 13.022, de 2014)

Portanto, é manifesto que nestas competências não se encontram a Guarda Municipal, e ilegal uma vez que tal fato corresponde inclusive à ilícito penal tipificado como “usurpação de função pública” como bem tipifica o art. 328 do Código Penal.

A consequência jurídica para este proceder nos exatos termos

tanto da Constituição como da Lei ordinária é a declaração de sua nulidade por ser constitutiva de prova ilícita:

Constituição da Republica. Art. 5º – "omissis"(…) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Código de Processo Penal. Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Logo, deve-se ser declarada a nulidade das provas produzidas pela Guarda Municipal nestes autos.

III – MÉRITO – DA AUSÊNCIA DE PROVAS

A acusada é inocente e durante a instrução dos autos conseguiu provar robustamente que não cometeu o crime de tráfico de drogas, seu depoimento pessoal foi absolutamente esclarecedor e idôneo, disse que estava fazendo programa, que foi comprar uma bebida e comprou 3 (três) "pinos" de cocaína para consumo próprio, que ali onde foi abordada é ponto de tráfico, mas que trabalhava como garota de programa na época, que parou no bar, comprou as drogas para seu consumo.

Restando assim absolutamente isolada nos autos a tese da promotoria pública, que não foi capaz de produzir provas suficientes para uma decisão condenatória, sendo a absolvição nos termos do artigo 386, inciso I, do CPP a medida mais correta de justiça para esse caso específico. Pois, de fato, restou provado que a acusada não praticou o crime previsto no artigo 33, da lei 11.343/06, assumindo que comprou as drogas para consumo próprio, inexistindo materialidade delitiva na conduta da acusada.

A denúncia está substanciada em hipótese absolutamente incomprovada nos autos, já que categoricamente sugere que a droga encontrada no canteiro do outro lado da rua era de

propriedade das acusadas, como única prova restam isolados os depoimentos dos Guardas Municipais, que sequer têm competência para investigação e abordagem.

A instrução dos autos em audiência se mostra absolutamente relevante para a análise do mérito da demanda, uma vez que esclareceu os fatos minuciosamente sem restar obscuridades nos dois depoimentos das acusadas, mostrou que é o caso é de absolvição, já que demonstrado que a acusada em momento algum esta teve a intenção de comercializar o entorpecente "cocaína" que guardava dentro de seu vestido seu consumo próprio.

Em caso análogo, a Sexta Turma do STJ no AgRg no AREsp nº 2.108.039/CE concedeu um Habeas Corpus para desclassificar para posse de drogas para uso pessoal uma imputação de tráfico feita em desfavor de um paciente no Estado do Ceará. No acórdão, a Turma assentou, incialmente que:

"o quadro fático dos autos autoriza a conclusão de que, apesar de os depoimentos dos policiais serem merecedores de credibilidade como elementos de convicção, não ficou demonstrada inequivocadamente destinação da droga para a comercialização, além de ser sido apreendida quantidade não relevante (4 gramas de maconha e 5 gramas de crack), o que não se altera pela forma de embalagem"

Também pontuou o Colegiado que:

"o fato de o sentenciado, embora primário e com bons antecedentes, registrar outras ações penais em curso, não se mostra suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao comércio, especialmente por não ter sido o agravante flagrado vendendo ou expondo à venda, bem como por não ter havido a apreensão de balança de precisão ou de outros apetrechos para a comercialização de drogas".

Embora a acusação busque embutir o entendimento de que a droga era destinada para o consumo de terceiros, essa tese restou completamente isolada dos autos, consta apenas nos depoimentos

dos guardas municipais, sendo que a droga se destinava ao consumo próprio da acusada da ínfima quantidade de 3 porções de cocaína (fls. 20).

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 possui 17 verbos, sendo que desses verbos 5 (cinco) estão identicamente reproduzidos no artigo 28 do mesmo diploma legal. Ocorre que, o artigo 33 destina-se ao crime de tráfico de drogas ilícitas, ou seja, comercialização para terceiros, já o artigo 28 destina-se aos usuários de consumo das drogas ilícitas, buscando tipificar de forma diferenciada o traficante do usuário.

Destarte, este foi o maior objetivo da aprovação da referida lei, que apesar de suas limitações trouxe a nítida intenção de mudar o cenário carcerário no país, mas infelizmente não é o que acabou ocorrendo, mantendo os usuários na mesma condição dos traficantes, pois o único mecanismo processual de diferenciação entre a incidência de um artigo para o outro é complexo e detalhista, pois nem sempre os fatores contidos no § 2ª do referido artigo são facilmente auferíveis.

Porém, no caso em tela, cada um dos fatores elencados no referido parágrafo do artigo 28, podem não apenas serem auferidos e analisados, como ainda comprovam a condição da acusada ser usuária e não traficante de drogas. O texto do artigo 33 assim descreve o crime de tráfico de drogas:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (…)”

A acusada foi indiciada por ter consigo apenas 3 gramas de cocaína, sendo certo que o dinheiro que estava com ela era de

origem lícita do seu trabalho à época como garota de programa, dessa forma, o artigo 28 também prevê a aplicabilidade do verbo “adquirir” para a incidência do consumo pessoal da droga, senão vejamos:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(…)

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (…)” (g.n.)

O § 2º do supracitado artigo 28 esclarece quais os parâmetros e fatores a serem analisados pelo magistrado na determinação da destinação da droga, devendo o juiz analisar a natureza e à quantidade da substância apreendida, mas não de forma isolada, e sim considerando também o contexto, local e as condições em que se desenvolveu a ação dos guardas, bem como as circunstâncias sociais e pessoais da acusada, e, ainda, a conduta e os antecedentes da acusada.

Desta forma, seguindo a processualística penal para análise da destinação das 3 (três) porções de cocaína, absolutamente necessária para a comprovação da materialidade do crime, imprescindível que se analisem cada um desses fatores isoladamente e contextualizados na situação fática dos fatos

contidos nos autos.

A acusada foi abortada na rua, em local de intensa movimentação, próximo de comércios e bares, e, sem motivação legal ou aparente os guardas municipais por aparente "nervosismo" das acusadas as surpreenderam com a abordagem e revista pela GCM mulher chamada ao local, apreenderam tão somente 3 (três) porções de cocaína que a acusada guardava dentro de sua roupa destinada ao seu consumo.

Durante a busca e apreensão não foram encontrados nenhuma ferramenta e ou situação de mercancia que pudesse induzir que a droga fosse destinada à mercantilização para consumo de terceiros. Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência:

"Apelação Criminal – Tráfico de entorpecentes – Materialidade delitiva comprovada – Traficância que não ficou comprovada de forma estreme de dúvidas – Réu que confirmou que a droga apreendida se destinava ao consumo próprio – Apreensão de quatro porções de maconha e duas de "crack, com peso líquido total de 12,440g. (doze gramas e quatrocentos e quarenta miligramas). – Inexistência de elementos seguros e estreme de dúvidas, que indiquem o comércio ilícito da substância entorpecente pelo réu – Desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da lei nº 11. 343/06 – Juntamente com a droga não foi apreendido nenhum outro petrecho que indicasse que o réu se dedicava ao comércio ilícito; tampouco foi preso em flagrante – Para que se reconheça a existência de tráfico, ou, comércio de drogas, é mister prova absolutamente segura e, em caso de dúvida, em se saber se o réu é traficante, ou, usuário, deve subsistir a segunda hipótese, como solução benéfica do in dubio pro reo – Apelo defensivo parcialmente provido, para desclassificar o delito de tráfico de entorpecentes, para a conduta prevista no artigo 28, da Lei nº 11. 343/06, impondo-se ao réu a pena de advertência – (…)"

(TJSP Apelação. 0000358-15.2012.8.26.0302 – 16ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento 26.05.2015. Publicação

27.05.2015.. Relator Borges Pereira). (g.n)

Portanto, nenhuma evidência de que a droga era destina para comércio foi comprovada nos autos, ou trazida à luz da instrução penal pelo Ministério Público, constatando-se indubitavelmente de que a acusada à época comprou 3 (três) porções para consumo próprio e deve ser aplicado no presente caso o artigo 28 da Lei 11.343/06.

Acerca da hipótese, o renomado mestre Guilherme de Souza Nucci, na obra Código de Processo Penal Comentado, 7ª edição, pág. 672, recomenda:

"Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição."

Alternativamente, caso não seja o entendimento de Vossa Excelência, por amor ao debate quanto a dosimetria da pena, frise-se que a acusada não é portadora de maus antecedentes, sua conduta social e personalidade são boas, pois não há qualquer indicio contrário no processo que possa demonstrar que ela tenha menos percepção de cunho social, ainda que responda atualmente a outro processo não transitado e julgado, isto em nada afeta sua honra e moral, sendo assim devem ser analisados os antecedentes nos moldes do princípio in dubio pro reo.

A acusada é uma pessoa com excelente índole, considerada primária nos termos da lei, trabalhadora, é manicure e designer de sobrancelhas, portanto, sempre foi pessoa honesta e voltada a trabalhos lícitos.

Há de se verificar que em favor da acusada, tem-se sua primariedade e a não comprovação de que a acusada se dedique às atividades criminosas, e muito menos integra organização criminosa, portanto, não há qualquer circunstância

desfavorável prevista ao artigo 59 do Código Penal, inciso IV, devendo, alternativamente em caso de não absolvição sua pena base ser fixada no mínimo legal e substituída pelas restritivas de direitos nos termos do art. 44 do Código Penal, considerando, ainda, que a acusada encontra-se gestante.

IV – CONCLUSÃO

A materialidade do crime de tráfico de drogas não está tipificada na posse do entorpecente ilícito em si, pois a posse pode também se caracterizar para o consumo nos termos do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Logo, não basta provar a posse do entorpecente, mas para condenação da acusada, deveria ser feita prova inequívoca da destinação da droga para comércio.

Exceto o depoimento dos guardas municipais não existe nenhum outro elemento que indica, com certeza, que a droga era destinada a fornecimento de terceiros, sendo certo que tais depoimentos são frágeis para justificar a condenação da acusada por tráfico.

A incerteza quanto ao envolvimento no crime de que foi acusada neste feito, impõe-se a desclassificação para o art. 28, pois a mínima dúvida quanto à responsabilidade do agente impede o acolhimento da pretensão inicial.

Portanto, diante da dúvida quanto à responsabilidade da acusada, urge-se aplicar o princípio in dubio pro reo, uma vez que solução contrária diversa da desclassificação implica em condenar a acusada por delito que não cometeu, porquanto não demonstrada cabalmente à destinação para mercancia, devendo a acusada ser absolvida nos termos do artigo 386, inciso I, por estar comprovada a inexistência do fato. Nesse sentido:

“TRÁFICO. Conduta de trazer consigo, para fornecimento a consumo de terceiros, 251 gramas de maconha. Condenação em primeiro grau fundada na palavra de guardas municipais que não presenciaram qualquer ato de mercancia. Denúncias anônimas não confirmadas por prova idônea. Confissão parcial da acusada.

Alegação de que a droga era destinada para consumo próprio. Prova testemunhal confirmatória da condição de usuário. Desclassificação para a figura do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Apreensão de significativa quantidade, porém não embalada individualmente. Circunstâncias não reveladoras do intuito mercantil. PENA. Acusada primária e de bons antecedentes. Circunstâncias judiciais favoráveis, APESAR DA QUANTIDADE. IMPOSIÇÃO DE SIMPLES ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DA DROGA. Apelo defensivo parcialmente provido para esse fim. Detração. Consideração do tempo de prisão provisória. Extinção da punibilidade pelo integral cumprimento."

(TJSP. Apelação 30060268020138260624 SP 3006026-80.2013.8.26.0624 – 16ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento e Publicação 07.07.2016. Relator Otávio de Almeida Toledo). (g.n)

Por fim, a mera localidade onde supostamente as drogas foram encontradas por si só também não incriminam ou denotam culpa da acusada.

Muito bem ficou explícito pela versão dos guardas municipais e das acusadas que a localidade em si é conhecida como região de tráfico e que muitas pessoas estariam no local na hora do ocorrido, que diversas pessoas já teriam sido abordadas e presas nas imediações.

Não parece lúcido, crível ou razoável aos olhos da Defesa tal afirmação, ainda que efetivamente tal localidade haja o comércio de drogas seria o mesmo que prejulgar toda a localidade como criminosa.

V – PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se a Vossa Excelência:

i) Preliminarmente – seja reconhecida a ilicitude da prova consistente na materialidade como autoria por manifesta violação da Constituição da Republica e Legislação ordinária;

ii) No mérito, acolher a presente tese da defesa em alegações finais para absolver a acusada do crimes que lhe foi imputada na exordial nos termos do artigo 386, inciso I, do CPP, por restar absolutamente comprovado a inexistência dos fatos narrados na denúncia, por se tratar de droga para consumo próprio;

iii) Alternativamente, não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, requer-se seja decretada a absolvição do acusada nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, por não haver prova da existência dos fatos;

iv) Ainda, caso os argumentos apresentados sejam julgados improcedentes, requer-se a desclassificação do delito de tráfico imputado na exordial e aplicação do previsto no art. 28 da Lei 11.343/06;

v) Em caso de condenação, que consideradas as atenuantes legais, por se menor de 21 anos, e o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, com a fixação da pena em sem mínimo legal e a aplicação do regime aberto e/ou semiaberto;

vi) Caso Vossa Excelência entenda pela condenação da acusada, o que não se espera, deve ser aplicada as medidas restritivas de direito alternativas à prisão, nos termos do art. 44 do CP, considerando a primariedade e o preenchimentos dos requisitos para tanto;

vii) A expedição de guia de levantamento do valor de R$ 100,00 (cem reais) nos termos do laudo de fls. 17/18, tendo em vista a licitude da origem do dinheiro já cabalmente comprovada;

viii) A liberação do celular conforme laudo de fls. 17/18, celular da marca Iphone IMEI nº 013423005316335 e lacre nº 4796573, considerando que o bem não foi relacionado como prova e não guarda relação com o suposto crime averiguado, não restando justificativa pertinente para que o bem permaneça apreendido;

ix) Por fim, fica expressamente requerida a análise dos argumentos nessas alegações finais para fins de prequestionamento em eventuais aos Tribunais Superiores;

x) Em caso de condenação, requer a acusada o direito de apelar em liberdade.

Termos em que,

p. deferimento.

Piracicaba, 25 de outubro de 2022.

XXXXXX

OAB/SP XXXXXX