



Acórdão n.º

Apelação Cível n.º 0004258-51.2014.814.0049

Secretaria Única de Direito Público e Privado

Órgão julgador: 1ª Turma de Direito Público

Comarca: Santa Izabel do Pará/PA

Apelante: C. da S. de S.

Advogada: Liane Benchimol de Matos Albano - Defensora Pública

Apelado: Ministério Público do Estado do Pará

Promotora: Lilian Nunes de Nunes

Relator (a): Desembargadora Elvina Gemaque Taveira

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006 (TRÁFICO DE DROGAS). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE. LAUDO TOXICOLÓGICO NEGATIVO PARA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA (ART. 118, DO ECA) POR MEDIDAS DE PROTEÇÃO (ART. 101, INCISOS II, III E IV, DO ECA). APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.**

1. Tese de Insuficiência de Provas quanto à Autoria e Materialidade. Acolhida. Nos crimes de tóxicos, para o reconhecimento da materialidade, o laudo toxicológico definitivo precisa ser positivo, no sentido de demonstrar que de fato se trata de entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica;

2. Substituição da MSE de liberdade assistida (art. 118, do ECA) por medida de proteção (art. 101, incisos II, III e IV, do ECA). Conquanto não tenha sido demonstrado a existência dos binômios acima mencionados, verificou-se dos autos que a adolescente encontrava-se em estado de vulnerabilidade, fora do ambiente escolar, inclusive correndo risco de vida, vez que, conforme relatado em Juízo pela menor (fls. 50/53), após ter decidido não mais praticar a venda de entorpecente passou a ser ameaçada de morte por traficantes, deve-se, no presente caso, dada a sua peculiaridade, ser levando em consideração que o aplicação da MSE de liberdade assistida tornou-se meio pelos qual o Estado protegeu e oportunizou à adolescente e sua família todos os atendimentos e assistências necessárias para lhe assegurar seus direitos constitucionais;

3. A jurisprudência pátria tem entendido que, mesmo diante do julgamento improcedente da representação, em casos em que se evidências a necessidade pedagógica do menor receber proteção, apoio e assistência do Estado, é possível aplicação de medidas de proteção. Precedentes;

4. Apelação Conhecida e Parcialmente Provida. À unanimidade.

**ACÓRDÃO**



Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

37ª Sessão Ordinária - Primeira Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 05 de novembro de 2018. Julgamento presidido pela Exma. Des. Rosileide Maria da Costa Cunha.

**ELVINA GEMAQUE TAVEIRA**  
Desembargadora Relatora

### RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por C. da S. de S. contra o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, diante da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Cível e Empresarial da Comarca de Santa Izabel do Pará, nos autos da Representação de Ato Infracional (processo nº 0004258-51.2014.814.0049) oferecida pelo apelado.

O Ministério Público ofereceu representação (fls. 02/04) para apuração do ato infracional análogo ao crime tipificado no artigo 33, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), afirmando que em 22/06/2014, a genitora da representada procurou o Conselho Tutelar, após ter encontrado em baixo do colchão da cama da menor, uma substância petrificada, que acreditava ser pedra de crack. Após o Conselho Tutelar ter sido acionado, conduziu a adolescente para a Delegacia de Polícia, ocasião em que foi entregue a substância entorpecente para ser periciada.

Ouvida perante à autoridade policial, a adolescente relatou que tinha encontrado a droga em uma rua próximo à sua residência e guardou consigo para depois vender. Ao ser inquirida pelo Parquet a adolescente ratificou os termos prestados anteriormente perante à autoridade policial. Ao final, o Ministério Público representou a adolescente pela prática do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, requerendo a aplicação de uma das medidas socioeducativas que mais se adequasse ao caso.

Com a inicial juntou a Oitiva Informal da Adolescente (fls. 05/06), Boletim de Ocorrência (fl. 12), Termo do Auto de apresentação e Apreensão da substância (fl. 13), Termo de Depoimento da



Conselheira Tutelar (fl. 17), Termo de Depoimento da genitora da menor (fl. 18), Termo de Declaração da Ofendida (ID – Num. 655872 - Pág. 28), Termo de depoimento da adolescente infratora (fl. 19), Termo de Entrega da menor mediante compromisso de responsabilidade de sua genitora (fl. 23), Requisição de Laudo Toxicológico (fl. 26) e demais documentos.

No decorrer da instrução, o Juízo de 1º grau por meio de decisão interlocutória recebeu a representação contra a menor (fl. 32), foi junto aos autos o laudo toxicológico definitivo (fls. 33/36), na sequência realizou-se a Audiência de Apresentação, ocasião em que a menor foi inquirida pelo Juízo de 1º grau e, oportunidade em que a defesa apresentou a defesa prévia e o magistrado manteve a medida de proteção de acolhimento da menor no abrigo TIA SOCORRO (fls. 50/53), foi juntado aos autos do Relatório de Acompanhamento do Acolhimento Institucional (fls. 54/55), em seguida ocorreu a audiência de continuação, oportunidade em que a conselheira tutelar foi inquirida (fls. 77/78), tendo sigo, em seguida, juntado aos autos cópia do Termo de Audiência do processo 0006213-54.2013-814.0049 (Medida de Proteção), em que consta informações dadas pelas técnicas do abrigo Tia Socorro da surpreendente mudança e melhora do comportamento da adolescente (fls. 84/84-verso), representante e representada apresentaram suas alegações finais (fls. 86/88 e 91/94), por fim o Juízo proferiu sentença (fls. 95/96) com a seguinte conclusão:

(...) 19. Desta feita, levando em consideração a natureza do ato infracional e a conduta social e familiar da representada, entendo que a medida socioeducativa de LIBERDADE ASSISTIDA pelo seu caráter ressocializador e pedagógico, é a mais completa para o caso exposto, a fim de prosseguir o acompanhamento que se iniciou no Abrigo ao qual a representada deu resposta satisfatória. 20. Assim, por tudo o que foi exposto e nos autos consta, JULGO PROCEDENTE a representação de fls. 02/04, pelo que APLICO à jovem adolescente CRISLEI DA SILVA E SOUZA a medida socioeducativa de LIBERDADE ASSITIDA, pelo prazo mínimo de 06 (seis) meses. (...)

A representada, por meio da Defensoria Pública, apresentou apelação (fls. 97/103), alegando insuficiência de prova de autoria e materialidade do ato infracional de tráfico de drogas, requerendo, por esta razão, requer o afastamento de aplicação de qualquer das medidas socioeducativas, requerendo a reforma da sentença e a, conseqüente, improcedência da representação.

O Ministério Público do Estado do Pará apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento da apelação e a manutenção integral da sentença (fls. 108/113).



Fora proferida decisão de manutenção da sentença (fl. 105).

Coube-me a relatoria do feito por redistribuição (fl. 124).

O Órgão Ministerial, na qualidade de Fiscal da Ordem Jurídica, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do Apelo (fls. 119/121).

É o relato do essencial.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Apelação, passando a apreciá-la.

A questão em análise reside em verificar as afirmações da Apelante, quanto a fragilidade e insuficiência de provas quanto à autoria e materialidade do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, na modalidade comercialização de entorpecente, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e, que por esta razão seria inadequada a aplicação de qualquer medida socioeducativa.

### DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE

A apelante insurge-se contra a sentença dos autos alegando que não restou comprovado por meio das provas produzidas durante a instrução processual que ela tenha praticado o ato infracional e, que o magistrado de piso se baseou unicamente em seu depoimento em sede inquisitorial, já que a Conselheira Tutelar, Maria Madalena da Cruz, responsável pelo encaminhamento da menor até à Delegacia de Polícia, não a viu vendendo drogas e, principalmente pelo fato do laudo toxicológico definitivo concluir que a substância encontrada no quarto da adolescente não era pedra de crack, mas sim barrilha, não sendo considerada substância entorpecente (fls. 33/36).

Preliminarmente, faz-se imprescindível transcrever as considerações de ordem técnico-periciais e a conclusão realizada pelo Perito Oficial no Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 33/36). In verbis:

5 – CONSIDERAÇÕES DE ORDEM TÉCNICO-PERICIAIS: O carbonato de sódio é um sal branco, translúcido, conhecido como barrilha ou soda, usado na fabricação de sabão, tintas, papel, corantes e no tratamento de água de piscinas. Esta substância é bastante utilizada no processamento de drogas ilícitas. Em decorrência desta utilização, está controlada a sua comercialização na portaria nº 1.274, de 25/08/2003 do M. Justiça, Lista II, adendo I e IV.

(...)



7 – CONCLUSÃO: Após exames realizados no material em questão (substância petrificada de cor branca), obteve-se resultado **NEGATIVO** para **COCAÍNA** e **POSITIVO** para a substância Carbonato de Sódio, conhecida como **BARRILHA**. (Grifo nosso)

Destaca-se ainda, que das 93 (noventa e três) substâncias entorpecentes consideradas como proibidas pela Resolução nº- 169, de 15 de agosto de 2017 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, nenhuma é o Carbonato de Sódio, senão vejamos:

1. ACETILMETADOL
2. ALFACETILMETADOL
3. ALFAMEPRODINA
4. ALFAMETADOL
5. ALFAPRODINA
6. ALFENTANILA
7. ALILPRODINA
8. ANILERIDINA
9. BEZITRAMIDA
10. BENZETIDINA
11. BENZILMORFINA
12. BENZOILMORFINA
13. BETACETILMETADOL
14. BETAMEPRODINA
15. BETAMETADOL
16. BETAPRODINA
17. BUPRENORFINA
18. BUTORFANOL
19. CLONITAZENO
20. CODOXIMA
21. CONCENTRADO DE PALHA DE DORMIDEIRA
22. DEXTROMORAMIDA
23. DIAMPROMIDA
24. DIETILTIAMBUTENO
25. DIFENOXILATO
26. DIFENOXINA
27. DIIDROMORFINA
28. DIMEFEPTANOL (METADOL)
29. DIMENOXADOL
30. DIMETILTIAMBUTENO
31. DIOXAFETILA
32. DIPIANONA
33. DROTEBANOL
34. ETILMETILTIAMBUTENO
35. ETONITAZENO
36. ETOXERIDINA
37. FENADOXONA
38. FENAMPROMIDA
39. FENAZOCINA
40. FENOMORFANO
41. FENOPERIDINA
42. FENTANILA
43. FURETIDINA
44. HIDROCODONA
45. HIDROMORFINOL
46. HIDROMORFONA
47. HIDROXIPETIDINA



48. INTERMEDIÁRIO DA METADONA (4-CIANO-2-DIMETILAMINA-4,4- DIFENILBUTANO)
49. INTERMEDIÁRIO DA MORAMIDA (ÁCIDO 2-METIL-50. INTERMEDIÁRIO "A" DA PETIDINA (4-CIANO-1- METIL-4-FENILPIPERIDINA)
51. INTERMEDIÁRIO "B" DA PETIDINA (ÉSTER ETÍLICO DO ÁCIDO 4-FENILPIPERIDINA-4-CARBOXÍLICO)
52. INTERMEDIÁRIO "C" DA PETIDINA (ÁCIDO-1-METIL-4-FENILPIPERIDINA-4-CARBOXÍLICO)
53. ISOMETADONA
54. LEVOFENACILMORFANO
55. LEVOMETORFANO
56. LEVOMORAMIDA
57. LEVORFANOL
58. METADONA
59. METAZOCINA
60. METILDESORFINA
61. METILDIIDROMORFINA
62. METOPONA
63. MIROFINA
64. MORFERIDINA
65. MORFINA
66. MORINAMIDA
67. NICOMORFINA
68. NORACIMETADOL
69. NORLEVORFANOL
70. NORMETADONA
71. NORMORFINA
72. NORPIPANONA
73. N-OXICODEÍNA
74. N-OXIMORFINA
75. ÓPIO
76. ORIPAVINA
77. OXICODONA
78. OXIMORFONA
79. PETIDINA
80. PIMINODINA
81. PIRITRAMIDA
82. PROEPTAZINA
83. PROPERIDINA
84. RACEMETORFANO
85. RACEMORAMIDA
86. RACEMORFANO
87. REMIFENTANILA
88. SUFENTANILA
89. TAPENTADOL
90. TEBACONA
91. TEBAÍNA
92. TILIDINA
93. RIMEPERIDINA

Nos crimes de tóxicos, para o reconhecimento da materialidade, o laudo toxicológico definitivo precisa ser positivo, no sentido de demonstrar que de fato se trata de entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica.

Destarte, não bastasse a barrilha (Carbonato de Sódio) não ser



considerada substância entorpecente, constata-se da análise dos autos do processo e das provas produzidas em Juízo, que a apelante não foi flagrada comercializando entorpecentes ou mesmo foi encontrado com ela ou em seu quarto qualquer indício que demonstre seu envolvimento com este tipo de atividade ilícita, tais como: grande quantidade de entorpecente ou quantia em dinheiro, fatos estes que por si só impõe pela improcedência da representação pelo ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas em razão da ausência da materialidade.

Nesse viés, em Provas no Processo Penal, Ed. Forense/2015, necessário mencionar os ensinamentos do doutrinador NUCCI quanto a natureza jurídica da prova da existência da infração penal:

4.2 Natureza Jurídica – A prova da existência do crime é a tipicidade penal no seu aspecto processual, vale dizer sob o prisma do processo, concretiza-se a tipicidade, por meio da materialidade demonstrada da infração. ( Pág. 58 - Grifo nosso)

A esse respeito a jurisprudência pátria em recentes julgados tem firmado entendimento no mesmo sentido, senão vejamos:

CRIMES DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. Não merece prosperar o apelo ministerial, que visa a condenação do réu por incurso no artigo 33, caput, da Lei de Drogas, uma vez que ausente a prova da materialidade delitiva. Conforme bem concluiu o magistrado sentenciante, apesar de existirem indícios da autoria delitiva, não há elementos suficientes nos autos a evidenciar a materialidade do crime de narcotráfico, ao contrário do que sustenta o digno representante da acusação, em suas razões recursais. Com efeito, para a configuração do ilícito penal de tráfico de drogas, é necessário que o agente incida ao menos em um dos verbos nucleares do tipo, previstos no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 - não precisando ser flagrado na prática de atos de comércio com a droga -, além disso, exigida a comprovação da materialidade delitiva, o que, in casu, não resta adimplido. Quanto ao ponto, ressalto que a materialidade do delito imputado ao apelado se demonstra através do laudo pericial definitivo que ateste o caráter entorpecente da substância apreendida em poder do agente. No caso em tela, o laudo pericial definitivo, de n.º 128523/2016, que analisou a composição dos supostos vinte e três selos de LSD apreendidos... com o acusado, foi taxativo ao constatar que No material periciado NÃO foi constatada a presença das substâncias acima pesquisadas, não tendo sido identificada, portanto, a presença de nenhuma substância dos seguintes grupos: ANTIDEPRESSIVOS, BENZODIAZEPÍNICOS, BARBITÚRICOS, DROGAS BÁSICAS, ANFETAMINAS, DROGAS SINTÉTICAS e OUTROS (fl. 131). Em assim sendo, tendo em vista que a própria perícia realizada no material apreendido constatou que as substâncias periciadas não se tratam de entorpecentes, não há que se falar em condenação do réu por tráfico de drogas, tendo em vista, principalmente, a existência de laudo idôneo apontando que o material apreendido não pode ser classificado como entorpecente. Tal circunstância conduz à absolvição do réu, pois efetivamente não há prova suficiente, nos autos, da existência do fato delituoso que lhe foi imputado, para fundar a sua condenação, como dispõe o artigo 386-II, do CPP.



Precedentes. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Crime N° 70076446616, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 16/08/2018). (TJ-RS - ACR: 70076446616 RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Data de Julgamento: 16/08/2018, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/08/2018) (Grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - LAUDO TOXICOLÓGICO NEGATIVO - ABSOLVIÇÃO - RECURSO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. Em crimes de tóxicos, afigura-se imprescindível para o reconhecimento da materialidade que o laudo pericial definitivo da droga seja positivo, no sentido de demonstrar que realmente se trata de substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica não podendo este ser suprido pelo laudo prévio de constatação. Tendo os Srs. Peritos afirmado que no material examinado não foi constatado a presença de substâncias psicotrópicas e/ou entorpecentes, a absolvição era a medida que se impunha, por ausência de materialidade delitiva. (TJ-MG - APR: 10074150012412001 MG, Relator: Márcia Milanez, Data de Julgamento: 31/10/2017, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/11/2017). (Grifo nosso)

In casu, após examinar as provas produzidas em juízo, verificou-se que a menor informou que, há alguns meses antes de ser apreendida, de fato comercializada entorpecentes, contudo, na data em que foi apreendida não mais exercia tal atividade, tendo, inclusive, ratificado os termos prestados perante a autoridade policial quando afirmou que encontrou o envelope com a substância em uma rua próximo à sua residência e que sabia a quem pertencia a substância e pretendia devolvê-la ao dono (fls. 50/51).

Mister esclarecer, que a quantidade da substância entregue na Delegacia de Polícia é de apenas 9,317 (nove gramas e trezentos e dezessete miligramas), portanto, ínfima para caracterizar mercancia de droga ilícita e, na pior das hipóteses, caso restasse comprovado pelo laudo toxicológico definitivo tratar-se de substância entorpecente, seria mais adequada a caracterização do ato infracional equiparado ao crime de uso de entorpecente, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2016 e não por tráfico de drogas, como consta na representação.

Registra-se, ainda, que, não há nos autos nenhuma testemunha que afirme que viu a menor comercializando entorpecentes. O que há é o depoimento da testemunha Maria Madalena da Cruz que apenas recebeu informações por parte da genitora da adolescente de que esta estaria envolvida com a venda de entorpecentes.

Este Egrégio Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que:





EMENTA APELAÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DA MERCÂNCIA. POSSE DE ENTORPECENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO. PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. Ante a quantidade ínfima de droga apreendida e por entender não haver nos autos, provas de que o apelante estava praticando a mercância de entorpecentes, não há como manter a condenação pelo crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06, operando-se, assim, a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da referida Lei. 1 Restando evidenciada nos autos a fluência do prazo prescricional para a imposição e execução da pena, mister o reconhecimento da extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 30 da Lei nº 11.343/2006. 2 RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO RÉU DE TRAFICANTE PARA USUÁRIO DE ENTORPECENTE E DE OFÍCIO RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. DECISÃO UNÂNIME.  
(TJ-PA - APL: 00006214720078140048 BELÉM, Relator: RONALDO MARQUES VALLE, Data de Julgamento: 27/05/2014, 2ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA, Data de Publicação: 29/05/2014).  
(Grifo nosso)

Sobre o assunto a jurisprudência é uníssona ao afirma que:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA PUGNANDO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11343/06 E, ALTERNATIVAMENTE, PELA SUBSTITUIÇÃO DA PPL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. A quantidade de droga apreendida é ínfima: 3,7g (três gramas e sete decigramas) de pó branco (CLORIDRATO DE COCAÍNA), distribuídos por 08 (oito) *çsacólésç*. Aliado a isto, os policiais não relatam nenhum ato de mercancia. Somente relatam denúncias anteriores, não comprovadas, acerca do envolvimento do acusado com o tráfico no clube. Todavia sem confirmação nos autos. Nenhuma testemunha foi trazida pela acusação que pudesse afirmar o envolvimento do réu com o tráfico no local, o que torna frágil a tese de que o mesmo seria conhecido no local. O réu afirma ser usuário. Com a devida vênia, em observância ao princípio do contraditório, não se pode privilegiar o relato das testemunhas de acusação em detrimento do depoimento prestado pelo réu. De efeito, a tese de tráfico de drogas sustentada pela acusação se prende aos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante e a apreensão do material e, ainda, à quantidade da substância *çcocaínaç* encontrada em poder do acusado, que repito, é ínfima. Desta forma, apresenta-se a prova testemunhal frágil e duvidosa acerca do EFETIVO envolvimento do apelante com o comércio de drogas ilícitas descrito na denúncia. Caberia a acusação fazer a prova de que a droga não se destinava ao consumo próprio, o que não fez. O que restou comprovado foi que o acusado estava em frente a um clube, perto de sua residência, em posse de material entorpecente. E a partir daí, não é possível afirmar a destinação do entorpecente. Como cedoço, no processo penal, o ônus da prova em ação penal pública é todo do Ministério Público a quem cabe produzir prova indene e insuscetível de dúvida acerca da pratica do crime pelo acusado, portanto, hábil a sustentar um veredicto condenatório. Isso decorre do raciocínio dialético de que o réu não tem como fazer prova de fato negativo a desaguar e encontrar esteio na inflexibilidade do preceito constitucional máximo de presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CF). Quanto à quantidade de droga, esclareço que há disponíveis inúmeras pesquisas que permitem afirmar com certeza científica qual o padrão de uso (não se trata de uso desejável, mas sim de uso padrão) de cada droga. Apenas para exemplifica, cito a Nota técnica *ç*



¿Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil¿, divulgada pelo Instituto Igarapé, e disponível em <http://www.igarape.org.br/pt-br/criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuariosetraficantes-de-drogas-cenarios-paraobrasil/>. As quantidades propostas são baseadas na experiência de psiquiatras, pesquisadores, neurocientistas e usuários de drogas, levantadas utilizando o método Delphi de coleta e análise sistemática de informações de especialistas. Além disso, fazem referência a legislações internacionais de países como Áustria, Espanha, Portugal e Uruguai e a pesquisas sobre padrões de uso no Brasil: BORINI, P.; GUIMÃRAES, R. C.; BORINI, S. B. Usuários de drogas ilícitas internados em hospital psiquiátrico: padrões de uso e aspectos demográficos e epidemiológicos. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 52, n. 3, p. 175-176, 2013. Disponível em: &lt;[http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/TECNOLOGIAS%20EM%20SAUDE/Pesquisa/QualidadesPsicomtricasQLS\\_2003.pdf](http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/TECNOLOGIAS%20EM%20SAUDE/Pesquisa/QualidadesPsicomtricasQLS_2003.pdf)&gt; e BASTOS, F. I.; BERTONI, N. (op. cit). Assim, diante da pequena apreensão de droga, cabe recorrer a outros saberes técnicos e, atento ao critério científico, estabelecer presunção pro reo de que a droga se destina ao uso próprio, o que vale dizer: diante da quantidade, incumbe à acusação demonstrar de forma segura que o local, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e os antecedentes do agente, autorizam desfazer essa presunção. Não se diga que se está a exigir prova impossível ou diabólica para a acusação. Se o padrão de consumo individual médio é em torno de 1/10 da quantidade de droga apreendida e deve a acusação demonstrar de maneira clara porque se imputa ao acusado a tipificação de tráfico. Desta feita, parece-me possível, sim, que o apelante tenha comprado os 3,7 gramas para uso próprio. Ademais, o próprio parágrafo segundo do art. 28 da Lei de Drogas estabelece que para determinar se a droga se destinava 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. E não se pode olvidar que a Lei de Drogas é uma lei de princípios, e entre os nove princípios elencados no art. 4º para o estabelecimento do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas figuram a intersetorialidade e a multidisciplinariedade (incisos VI e IX). Decorre daí que cabe ao intérprete de Lei de Drogas socorrer-se do saber de outras ciências, estranhas ao Direito, para valorar o peso que devem ter os elementos definidores da traficância, inclusive quanto à natureza e quantidade da substância ilícita apreendida. Assim, quer por se estar diante da situação limítrofe entre o uso e o tráfico, quer pela resposta penal que se divisa e consequências incomparáveis, impõe-se a solução mais favorável ao réu. Muito embora se possa cogitar de adequação fática ao delito definido no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, com aplicação da correspondente medida punitiva-educadora, ao se fazer readequação da tipificação penal, verifica-se não haver descrição desta conduta, razão pela qual a solução absolutória se impõe. RECURSO PROVIDO.

(TJ-RJ - APL: 00022449120158190026 RIO DE JANEIRO ITAPERUNA 2 VARA, Relator: JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, Data de Julgamento: 07/03/2017, SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/03/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT DA LEI 343.2006) RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES DA PRÁTICA DO DELITO. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM ELEMENTOS TRAZIDOS NO CADERNO INQUISITORIAL LAUDO DE EXAME PERICIAL DE QUANTIDADE ÍNFIMA EM 16,95 GRAMAS - SUPOSTAMENTE DE COCAÍNA. FLAGRANTE QUE NÃO EXTERIORIZA MOMENTO PARA COMERCIALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA O CRIME DE



TRÁFICO DE DROGAS. NENHUMA DROGA APREENDIDA EM PODER DOS ACUSADOS. APREENSÃO DE 02 (DUAS) PEDRAS DE CRACK ENCONTRADAS NO MATO - AUSÊNCIA DE PROVAS DA MERCANCIA DE NARCÓTICOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO CONCURSO DE AGENTES - APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE - APELO DEFENSIVO PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000831-04.2011.8.05.0081, Relator (a): Francisco de Oliveira Bispo, Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano, Publicado em: 16/08/2016 ) (TJ-BA - APL: 00008310420118050081, Relator: Francisco de Oliveira Bispo, Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano, Data de Publicação: 16/08/2016) (Grifo nosso)

## DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA APLICADA À ADOLESCENTE

A apelante, insurge-se, ainda, quanto a MSE de liberdade assistida que lhe fora aplicada pelo Juízo de base, sustentando que, diante da ausência de comprovação da autoria e materialidade do ato infracional, não é cabível aplicação de qualquer das medidas socioeducativas.

O Estatuto menorista no artigo 144, dispõe que:

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127. (Grifo nosso)

Conforme acima demonstrado, não restou comprovado nos autos a autoria e materialidade do tipo penal imputado à adolescente na inicial de representação, qual seja: tráfico de drogas, tendo como elemento do tipo comercialização (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e, por esta razão, levando-se em consideração o que estabelece o dispositivo 114, do ECA para a aplicação de MSE necessária, em tese, da existência de comprovação dos binômios, autoria e materialidade.

Ocorre que, conquanto não tenha sido demonstrado a existência dos binômios acima mencionados, verificou-se dos autos que a adolescente encontrava-se em estado de vulnerabilidade, fora do ambiente escolar, inclusive correndo risco de vida, vez que, conforme relatado em Juízo pela menor (fls. 50/53), após ter decidido não mais praticar a venda de entorpecente passou a ser ameaçada de morte por traficantes, deve-se, no presente caso, dada a sua peculiaridade, ser levando em consideração que o aplicação da MSE de liberdade assistida tornou-se meio pelo qual o Estado protegeu e oportunizou à adolescente e sua família todos os atendimentos e assistências necessárias para lhe assegurar seus direitos constitucionais.

Destarte, em atenção ao princípio da proteção integral e prioritária



previsto no inciso II do art. 100 do ECA, diante da latente necessidade de proteção da menor, constata-se que a medida socioeducativa aplicada alcançou de maneira positiva o principal objetivo que é, fazer com o adolescente em estado de vulnerabilidade receba assistência e proteção do estado fazendo-o refletir sobre seu comportamento perante a sociedade, assim como fortaleceu sua relação com seus familiares, conforme se verifica no documento de fl. 84/84-v que a melhora do comportamento da adolescente deu-se de forma surpreendente e significativa, vejamos:

- 1) Trata-se de procedimento destinado à aplicação de medida de proteção à adolescente C.S.S. consistente em acolhimento institucional. A medida foi cumprida no Lar da Tia Socorro, tendo em um primeiro momento, havido conflito e dificuldades de a menor se integrar às regras do Lar, o que levou à oitiva da menor, sua genitora e do corpo técnico da Instituição, em audiência realizada no dia 31 de março de 2015 (fl. 87);
- 2) Naquela ocasião, após a oitiva de todos os envolvidos, inclusive da menor, foi a este explicada a gravidade da situação em que se encontrava, tendo despertá-la para a importância de dar novo rumo ao seu destino.
- 3) A responsável do Lar, Socorro Pereira, explicando os riscos que a própria instituição e os demais internos corriam com o comportamento da menor, revolveu dar-lhe mais uma oportunidade para que demonstrasse seu interesse em dar um novo rumo à sua vida, integrando-se às regras do Lar, voltando à estudar e abstendo-se de se envolver com usuário de drogas, bem como deixando de se ausentar do lar sem autorização da administração.
- 4) Na presente audiência, de forma surpreendente, verificou-se que a menor modificou por completo sua atitude perante as dificuldades enfrentadas, não mais representando riscos à harmonia do Lar da Tia Socorro, se mostrando responsável e receptiva a uma mudança de comportamento voltado à promoção de sua formação, com fins de constituir um futuro que lhe assegure condições de trabalho e convívio com seus familiares. (Sic) (...) (Grifo nosso)

Quanto à necessidade pedagógica, faz-se imprescindível a leitura do art. 100, caput, inciso II, in verbis:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.  
(...)

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

Destarte, considerando que restou comprovado a significativa melhora do comportamento da adolescente, conclui-se que ela assimilou a finalidade eminentemente pedagógica da medida socioeducativa que lhe fora aplicada, assim, diante da resposta positiva de todo o acompanhamento e assistências dispensados à menor, verifica-se que a mesma deve continuar recebendo o apoio e proteção do estado, porém, devendo ser-lhe aplicadas medidas de proteção estabelecidas nos incisos II, III e IV do art. 101 do ECA.



Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

A jurisprudência pátria tem entendido que, mesmo diante do julgamento improcedente da representação, em casos em que se evidências a necessidade pedagógica do menor receber proteção, apoio e assistência do Estado, é possível aplicação de medidas de proteção, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. FATO PRATICADO POR ADOLESCENTE COM PROBLEMAS MENTAIS. AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE. HIPÓTESE DE ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA APLICADA PELA SENTENÇA. Materialidade Boletim de ocorrência policial e prova oral colhida em juízo que provam a respeito da materialidade do fato praticado. Autoria A autoria restou comprovada pela prova oral colhida em juízo. Culpabilidade Caso em que, apesar da comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional imputado ao representado, restou comprovado nos autos, através de laudo psiquiátrico realizado pelo Serviço de Psiquiatria Judiciária do Juizado Regional da Infância e Juventude da Comarca de Pelotas, que o adolescente não possui capacidade de entender o caráter ilícito da conduta praticada, sendo de rigor a aplicação do instituto penal da absolvição imprópria para julgar improcedente a representação. Medida protetiva. No entanto, tendo em vista o quadro clínico apresentado pelo adolescente, vai mantida a medida protetiva de inclusão em serviços e programas oficiais de proteção, apoio, promoção da família, da criança e do adolescente, prevista no art. 101, inciso IV, do ECA. DERAM... PROVIMENTO. (Apelação Cível N° 70077425700, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/06/2018).

(TJ-RS - AC: 70077425700 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 28/06/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/07/2018) (Grifo nosso)

Assim, mesmo tendo sido constata a ausência de autoria e materialidade do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, constata-se dos autos que a adolescente necessita de proteção integral do Estado, razão pela qual altera-se a MSE de liberdade assistida aplicada à menor, para aplicar medidas de proteção, dando-lhe orientação, apoio e acompanhamento temporário, verificar se continua frequentando o ambiente escolar, bem como, incluindo-a em serviços e programas oficiais de proteção, apoio, promoção da família, da criança e do adolescente, prevista no art. 101, inciso II, III e IV, do ECA.



---

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, **CONHEÇO** da Apelação e **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para reconhecer a improcedência da representação, ante a ausência de comprovação da autoria e materialidade, bem como, para substituir a MSE de liberdade assistida aplicada por medidas de proteção previstas no art. art. 101, inciso II, III e IV, do ECA.

É o voto.

P.R.I.C.

Belém, 05 de novembro de 2018.

**ELVINA GEMAQUE TAVEIRA**  
Desembargadora Relatora