



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002157

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500176-42.2020.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FRANCISCO RAFAEL MARQUES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso interposto pelo Órgão Ministerial e, de ofício, operaram reformatio in mellius em favor do réu FRANCISCO RAFAEL MARQUES DA SILVA, para absolvê-lo da imputação prevista no 28, caput, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mantendo-se a sanção prevista no inciso I do art. 28 da Lei 11.343/06. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA E SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 7818

Órgão Julgador 8ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500176-42.2020.8.26.0538

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Francisco Rafael Marques da Silva

Comarca: Santa Cruz das Palmeiras

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06). Sentença desclassificatória. Recurso Ministerial. Pretensão à condenação do réu nos termos da denúncia. Impossibilidade. Violação do direito fundamental à privacidade materializada pela inviolabilidade domiciliar evidenciada. Ausência de quadro de justa causa que autorizasse o ingresso forçado, independentemente de ordem judicial. Réu surpreendido na posse de cigarro de maconha. Entrada na residência não autorizada. Busca e apreensão ilícita. Desclassificação para o delito do artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Absolvição, *ex-officio*, que se impõe. Atipicidade da conduta. RE 635.659 (Tema 506). Tese recém fixada pelo STF. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Sanção de advertência sobre os efeitos das drogas mantida. Ausência de repercussão criminal. Incidência da *Reformatio in melius*. Recurso desprovido, operada, de ofício, *reformatio in melius* em favor do réu.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 174/180) que julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar Francisco Rafael Marques da Silva, como incurso no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de e advertência sobre os efeitos das drogas.

Em suas razões recursais (fls. 187/190), o Órgão Ministerial, pugnou pela reforma da r. sentença, para que, afastada a desclassificação da figura delitiva, seja o réu condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, nos termos da denúncia.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas

contrarrazões (fls. 201/231), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovimento** do recurso (fls. 238/256).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **FRANCISCO RAFAEL MARQUES DA SILVA** foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, segundo consta da denúncia, no dia 1º de junho de 2020, por volta das 22h30min, na Rua José Deperon Filho, altura do nº 355, em Santa Cruz das Palmeiras, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, 12 porções de Cannabis sativa L (maconha), com peso aproximado de 21,2 gramas; e 20 porções de cocaína sob a forma de “crack”, com peso aproximado de 4,2 gramas, substâncias causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, “(...) o acusado realizava o tráfico ilícito de entorpecentes. Para tanto, trazia consigo e guardava as porções de maconha e cocaína supra descritas. No dia dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo local, conhecido ponto de tráfico de drogas, ocasião em que avistaram o acusado. Assustado com a presença dos agentes da lei, Francisco dispensou um objeto ao solo e empreendeu fuga. Os policiais, contudo, conseguiram deter o inculpado. Após a realização de revista pessoal, apreenderam com ele a quantia de R\$ 110,00. Com relação ao objeto dispensado, constataram que se tratava de uma porção de maconha. Na sequência, os agentes públicos dirigiram-se até à residência do inculpado, local onde apreenderam mais 11 porções de maconha e 20 porções de crack. As circunstâncias da prisão, o local da abordagem e a quantia em dinheiro apreendida evidenciam que os entorpecentes eram destinados ao tráfico ilícito.”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória por infração mais branda, contra a qual se insurge o Órgão Ministerial, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem. Não obstante os esforços do Órgão acusador, tem-se que ao cabo da instrução criminal, não se pôde demonstrar a sustentabilidade do pedido condenatório contido na denúncia, apesar de indicada a materialidade do fato por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 10/11),

auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), termos de depoimento (fls. 03/05), auto de constatação (fls. 14/15), relatório final (fl. 64), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 73/75), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Na fase inquisitorial, o policial Paulo Cezar Marchiotti (fls. 03/04) apresentou depoimento símile a seu colega de ofício Joao Carlos Goncalves de Moraes (fl. 05), declarando que *“encontrando-se em serviço na cidade de Santa Cruz das Palmeiras na companhia do SD PM Moraes em patrulhamento depararam-se com a pessoa de Francisco o qual vendo a viatura, dispensou um pequeno objeto ao solo e tentou mudar logo sua direção de caminhada ao perceber que seria abordado. Alcançado, em revista pessoal ele trazia consigo R\$ 110,00 (cento e dez reais) em espécie, mas não soube dizer aos policiais qual o valor que tinha ali, sendo que inicialmente disse ter R\$ 50,00 e depois R\$ 100,00; na sequencia constataram os policiais que Francisco tinha dispensado uma porção de erva esverdeada com características semelhantes à maconha; Francisco disse-se usuário e que morava ali perto, contudo encontrava-se em atitude suspeita. Os policiais pediram para acompanhá-lo até a residência dele onde a esposa Aline Aparecida de Oliveira lhes franqueou a entrada, em revista no imóvel foram localizadas ainda várias porções de maconha, uma na cômoda e dez porções menores no guarda roupas (acondicionadas em porções do tipo que são vendidas) e 20 pedras amareladas com características do crack também em porções embaladas para venda, sendo-lhe dado voz de prisão pelo depoente e apresentado nesta Central de Flagrante. A maconha totalizou 21,2 gramas as suas 12 porções. O crack totalizou 4,2 gramas divididas em suas 20 pedras. A droga foi pesada em balança não oficial. A Autoridade Policial ratificou a voz de prisão dada determinando o recolhimento do preso na Cadeia Pública de Casa Branca/SP.”*

Em juízo (fls. 174/180 – mídia audiovisual), o policial Paulo Cezar Marchiotti confirmando o quanto anteriormente relatado, disse que na data dos fatos, estavam em patrulhamento pela Rua José Deperon e viram o réu que, o qual, ao ver a viatura e percebendo que seria abordado, dispensou algo e tentou mudar sua direção. Ele foi abordado e estava com R\$ 110,00 em notas trocadas. Ele foi perguntado sobre esse dinheiro e sequer sabia quanto trazia consigo. Constataram que Francisco tinha dispensado uma porção de maconha. Ele disse que era usuário e que morava ali

perto. Pediram para acompanhá-lo até a residência dele, onde a esposa Aline Aparecida de Oliveira lhes franqueou a entrada. No interior do imóvel, na cômoda, havia 01 porção de maconha. No guarda-roupa havia mais 10 porções de maconha e 20 porções de crack. No tocante a entrada na residência do réu, o policial afirmou que foi feito um vídeo da autorização.

O policial João Carlos Gonçalves de Moraes, em juízo, igualmente reiterou a versão apresentada na fase policial, corroborando o quanto informando por seu colega de farda Paulo.

A testemunha Aline Aparecida de Oliveira, companheira do réu, em Juízo (fls. 174/180 – mídia audiovisual), relatou, em síntese, que não autorizou a entrada dos policiais militares em sua residência. Como bem transcreveu o MM. Juiz *a quo*, a testemunha disse “*que estava dormindo e foi acordada com os policiais dentro da casa. Os policiais já estavam dentro da casa e disseram que tinham abordado seu marido. Não autorizou a entrada. Foi gravado um vídeo no qual disse que havia autorizado a entrada dos policiais para realizar as buscas. Não viu os policiais encontrando drogas. Não sabe se Francisco traficava drogas. Ele faz uso de maconha. O vídeo foi gravado na sala da residência.*” (fl. 175).

O réu, por sua vez, em Juízo, negou a traficância. Narrou que, no dia dos fatos, havia acabado de pegar um cigarro de maconha para fumar quando os policiais chegaram e o abordaram. Afirmou, ainda, que não guardava drogas em sua casa, enfatizando que apenas o cigarro de maconha era de sua propriedade, as demais drogas não.

Assim, depreende-se do conjunto fático-probatório engendrado nos autos que não houve fundada suspeita, tampouco consentimento do morador a autorizar a entrada dos policiais na residência do apelante, em violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Como sabido, a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio não é um princípio absoluto, sendo que a própria Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio em determinadas situações.

Dispõe o artigo 5º, inciso XI, da Constituição: “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do*

morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

Destaca-se, ainda, que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares.

Contudo, como anotado pelo MM. Juiz sentenciante, *“para que seja lícito o ingresso na residência, sem mandado judicial, em virtude da suspeita da prática de crime, exige-se uma “causa provável”. Em outras palavras, o ingresso estará justificado apenas quando os fatos e as circunstâncias permitirem a uma pessoa razoável acreditar ou ao menos suspeitar, com elementos concretos e devidamente justificados, que um crime está sendo cometido no interior da residência.”* (fl. 176).

Assim, quando a conduta flagrancial estiver precedida de fundada suspeita, torna-se legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial. Nesse sentido:

“(…) 1. Por se tratar de flagrante de crime permanente, afigura-se dispensável o mandado judicial de busca e apreensão, podendo a autoridade policial realizar a prisão do agente, ainda que em seu domicílio e sem seu consentimento, quando a conduta flagrancial estiver precedida de fundada suspeita. 2. No caso, após tocar a campainha, os policiais observaram a recorrente correndo ao fundo do imóvel e dispensando o material ilícito, o que caracterizou a fundada suspeita, legitimando a entrada na residência” (RHC 106.970 – SP, 5.^a T., rel. Jorge Mussi, 19.03.2019, v.u.).

Ainda: *“(…) O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da*

ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. (...)” (HC 598.051/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

No caso dos autos, todavia, o réu foi surpreendido na posse de cigarro de maconha, o que não justifica o ingresso dos policiais em sua residência. Além disso, depreende-se das declarações dos policiais que as demais substâncias ilícitas foram encontradas na cômoda e no guarda-roupa do réu, sendo que houve uma busca em sua residência, não autorizada, de modo que o reconhecimento da nulidade se mostra prudente no presente caso concreto.

Aliás, pela clareza do exposto, cumpre destacar trecho da r. sentença (fls. 179/180):

“No caso, a situação anterior ao ingresso não justificou a entrada nos policiais na residência. O acusado foi visualizado dispensando um cigarro de maconha ao solo. Após isso os policiais deliberaram por ingressar em seu domicílio. Inexiste prova da gravação que os agentes afirmaram ter promovido por parte da moradora. Esta, ouvida em audiência, negou a autorização e disse que isso somente foi feito depois que os policiais já estavam dentro da casa. Isso foi confirmado pelo policial Moraes, que afirmou que a gravação foi feita dentro da garagem da residência. Ou seja, além da inexistência desse elemento probatório nos autos, a forma como registrada – em tese – essa autorização, não se coaduna com a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, justamente porque essa autorização deve ser prévia à entrada dos agentes. Essa prova cabia ao Estado e não foi devidamente produzida.

Portanto, as provas obtidas posteriormente à entrada dos agentes são nulas e não podem embasar um decreto condenatório.”

Assim, de rigor o desprovimento do recurso ministerial, mantendo-

se a nulidade das provas obtidas na busca e apreensão domiciliar, em violação ao artigo 5º, inciso XI, Constituição Federal, como bem fundamentado na r. sentença.

No mais, com a devida vênia do ilustre magistrado sentenciante, sem embargo da ausência de recurso defensivo, verifica-se que se impunha a absolvição do réu, por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Com efeito, ao julgar o RE 635.659 (Tema 506), o C. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, dando-lhe interpretação conforme, para o fim de não tipificar como o crime a conduta de *“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa”*. Segundo a Corte Suprema, o porte de maconha para consumo pessoal, todavia, deve ser considerado uma infração administrativa, sem consequências penais.

Por oportuno, confira-se a tese de repercussão geral fixada pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na sessão Plenária realizada aos 26/06/2024:

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); De se frisar, outrossim, que o reconhecimento de inconstitucionalidade opera, em regra, efeitos ex tunc, já que se trata de reconhecimento de vício que a fulmina a norma desde a sua origem, o que importa na aplicação do paradigma supracitado mesmo que aqui se esteja apurando fatos ocorridos antes da publicação da tese.

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;

3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;
4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;
5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;
6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;
7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;
8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.”

Adotando esse entendimento encontra-se recente julgado desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

Apelação – Posse de drogas para uso próprio – Recurso defensivo – Alegação de ilicitude da prova colhida em razão da ofensa à inviolabilidade de domicílio – Inocorrência – Indicativos de autorização do ingresso – Réu que afirmou, na fase administrativa, que informou aos policiais que possuía drogas em sua residência, para uso próprio, oportunidade em que forneceu seu endereço e para lá se dirigiram – Corréu que confirmou a dinâmica dos fatos – Policiais que apresentaram relatos firmes e consistentes, esclarecendo que cumpriram mandado de prisão na residência do corréu, relativo à tráfico de entorpecentes, local onde o réu estava e, segundo ele informou, para usar drogas – Afirmaram que ele noticiou possuir drogas para seu consumo em sua residência, franqueando a entrada – Indícios concretos, ademais, da ocorrência de crime – Ilegalidade não vislumbrada – Materialidade e autoria comprovadas – **Superveniência da tese fixada no julgamento do RE 635.659 (Tema 506) pelo E. Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, dando-lhe interpretação conforme, para o fim de não tipificar como o crime a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa”** – Recurso desprovido, com concessão de habeas corpus de ofício em favor do réu, para, **reconhecida a atipicidade da conduta, absolvê-lo com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, mantendo-se a aplicação da sanção de advertência sobre os efeitos das drogas, sem nenhuma repercussão criminal.**

(TJSP; Apelação Criminal nº 1501365-04.2023.8.26.0618; Relator (a): Juscelino Batista; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito

Criminal; Foro de Taubaté – Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/08/2024).

Portanto, em conformidade com o entendimento perfilhado no RE 635.659, verificada a destinação da maconha ao consumo pessoal do réu, de rigor o reconhecimento da atipicidade da sua conduta, com a consequente absolvição, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Outrossim, classificada a conduta como infração administrativa, deve ser mantida a sanção de advertência sobre os efeitos das drogas aplicada pelo d. Juiz, nos termos do inciso I do art. 28 da Lei 11.343/06, a qual, contudo, não poderá ter nenhuma repercussão criminal.

Por fim, a despeito da inexistência de recurso defensivo, é viável a absolvição do réu, porquanto se revela medida favorável e a *reformatio in mellius* é admissível quando da interposição de recurso exclusivo da acusação, mesmo porque, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, somente a *reformatio in pejus* é vedada pelo ordenamento jurídico, conforme artigo 617 do Código de Processo Penal (HC n. 368.973/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/2/2018).

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso interposto pelo Órgão Ministerial e, de ofício, opera-se *reformatio in mellius* em favor do réu **FRANCISCO RAFAEL MARQUES DA SILVA**, para absolvê-lo da imputação prevista no 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mantendo-se a sanção prevista no inciso I do art. 28 da Lei 11.343/06.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator