



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002055

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500493-84.2022.8.26.0630, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RAFAEL CANEVER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso interposto pela Justiça Pública a fim de condenar Rafael Canever às penas reclusiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses - no regime aberto, substituída por prestação de serviços comunitários e limitação de finais de semana - e pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) unidades raras de cálculo, como incurso no artigo 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/06, vencido parcialmente o 2º Juiz, que dava provimento ao recurso em maior extensão, negando o redutor e fixando o regime inicial fechado**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

GERALDO WOHLERS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 48.675

Relator: **Desembargador** Geraldo Wohlers

Apelação Criminal nº 1500493-84.2022.8.26.0630, Comarca de Hortolândia

Apelante: **Justiça Pública**

Apelado: **Rafael Canever**

Vistos, etc...

1. Ao relatório inserido na r. sentença de fls. 223/31, da lavra do Exmo. Juiz de Direito Dr. Guilherme Vieira de Camargo e que se adota, acrescenta-se que **Rafael Canever** foi absolvido da acusação de ter incorrido no artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, com supedâneo no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformada com o que ficou decidido, apelou tempestivamente a Justiça Pública (fls. 236). Por intermédio de seu ínclito representante, reclama a autora a condenação de **Rafael** nos termos deduzidos na exordial (razões a fls. 247/56).

Apelo respondido a fls. 260/72. Parecer a fls. 282/9.

É o relatório.

2. Primeiramente cumpre consignar que nos

autos do Inquérito Policial nº 2124443/2022, RDO nº BL8602-2022, **Rafael Canever** foi investigado por incurso no artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06. Ao receber o procedimento investigatório o d. Promotor de Justiça, Dr. Rafael Oliveira de Araújo, houve por bem denunciar **Rafael Canever**.

Consta da proemial acusatória que “no dia 06 de maio de 2022, por volta das 19h50min, na Rua Jesuína de Oliveira Moraes, nº. 100, Viela, Jardim Santa Clara do Lago, nesta cidade, **RAFAEL CANEVER** trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 20 (vinte) porções de maconha, pesando aproximadamente 0,54 gramas, 42 (quarenta e duas) porções de cocaína, pesando cerca de 0,28 gramas, e 16 pedras de cocaína, na forma de 'crack', pesando 0,09 gramas, conforme Laudo de Constatação de fls. 14/15, assim agindo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo se apurou, guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina quando receberam informações de um transeunte de que o denunciado comercializava drogas no local dos fatos, fornecendo-lhes as suas características físicas e de vestimentas, para onde se dirigiram.

Lá chegando, os guardas municipais avistaram **RAFAEL**, cujas características físicas coincidiam com descrição recebida, próximo a um motociclista, sendo que este, ao avistar a presença da viatura, empreendeu fuga, enquanto o denunciado arremessou duas porções de maconha no chão, instante em que foi abordado.

Em busca pessoal, os guardas localizaram em poder do denunciado 01 (uma) porção de cocaína e 02 (duas) pedras de 'crack', além da importância de R\$ 200,00 (duzentos reais) em notas fracionadas, proveniente do tráfico.

Após, ao vistoriarem o local onde viram **RAFAEL** próximo ao motociclista, os guardas encontraram embaixo de uma pedra uma sacola plástica contendo 18 (dezoito) porções de maconha, 41

(quarenta e uma) porções de cocaína e 14 (quatorze) porções de 'crack' (cf. auto de fls. 12/13), que seriam comercializadas por ele.

Assim, considerando as circunstâncias da prisão, a diversidade e quantidade de droga apreendida (incompatível com o uso próprio) e a forma como esta se encontrava acondicionada, isto é, em pequenas porções prontas para a venda, além da apreensão de dinheiro em poder do indiciado, está claro que o entorpecente se destinava à comercialização” (fls. 57/8).

A exordial foi recebida aos 09 de fevereiro de 2024 (fls. 161/3). D. advogada constituída (Dr.^a Carla Sursock de Maatalani, fls. 84) apresentou defesa prévia (fls. 143/50). Foram ouvidas testemunhas (fls. 221) e oferecidas alegações finais (fls. 222).

O nobre Magistrado **a quo**, no bojo da r. sentença, assim procedeu:

“(…) entendo que o caso se amolda ao art. 28 da lei 11.343/06 e não ao art. 33.

Vejamos.

O artigo 33, caput, da Lei de Drogas tipifica a conduta de 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.

A seu turno, o artigo 28, § 2º, da Lei de Drogas dispõe 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.

No caso sub examine, compulsando as provas amealhadas e o quanto relatado pelas testemunhas e pelo réu acerca das

circunstâncias envolvendo o caso, dúvidas restaram a este juízo acerca da configuração do crime envolvendo a traficância da droga.

(...)

*Por este arcabouço, promovo a emendatio libelli, conforme permitido pelo artigo 383 do Código de Processo Penal, para, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia e em relação à qual a defesa exerceu o contraditório, atribuir-lhe definição jurídica diversa: **desclassifico** o delito para aquele tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que prevê a criminalização do uso de droga” (vide r. sentença, fls. 226).*

Após, por entender inconstitucional este tipo incriminador, o honrado sentenciante absolveu o réu com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal:

“(...) o artigo 28 da Lei de Drogas tipifica a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No caso em tela, por todo o arcabouço supramencionado, concluo que a conduta levada a cabo pelo réu melhor se amolda à figura típica do uso da droga, uma vez que o acusado foi encontrado com 0,54 gramas de maconha, 0,28 gramas de cocaína e 0,09 gramas de crack.

É verdade que, em local próximo a abordagem, foi encontrada quantidade superior de drogas, no total de 20 porções de maconha (peso líquido: 39,4 gramas), 42 porções de cocaína (peso líquido: 15,7 gramas) e 16 porções de crack (peso líquido: 2,3 gramas).

Todavia, tal droga não foi encontrada em poder do acusado, sendo certa a possibilidade de que pertencesse a terceiro que realizava o tráfico no local, reconhecido como ponto de tráfico.

No que toca à quantidade de entorpecentes,

verificou-se amplo debate no Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, no RE 635.659.

Respeitado o amplo debate doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, e respeitado também o entendimento contrário, entendo que referida criminalização é inconstitucional por estabelecer injustificada e desproporcional restrição às liberdades individuais.

(...)

De tal forma, a absolvição do réu quanto ao crime de porte de drogas para uso próprio é medida que se impõe como decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

*Por todo o exposto acima, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e **ABSOLVO** o réu **RAFAEL CANEVER** das acusações a ele imputadas na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal” (vide r. sentença, fls. 226/31).*

3. A irresignação do Ministério Público de primeira Instância encontra arrimo na melhor interpretação da prova.

Na fase inquisitiva o acusado ficou silente (fls. 06) - atitude esta, frise-se, incompatível com a de um inocente, que, sofrendo injustiça, tende a bradar a plenos pulmões seu não envolvimento.

Em Juízo **Rafael** negou o cometimento do delito, assinalando que “era usuário de drogas na época, eu tinha ido comprar, eu morava bem perto e estava retornando para minha residência (...), eles acharam drogas em outro local e falaram que eram minhas”. Afiançou que “costumava comprar drogas na viela (...), tinha comprado do

rapaz, do motociclista que estava lá, não conheço esse rapaz, tinha comprado cocaína e crack, porque eu usava todo o tipo de droga”. Aludiu também que “a moto ficava parada, eles (Obs. do Relator: os verdadeiros traficantes) ficavam ali vendendo (...), não sei onde eles deixavam as drogas” (mídia digital).

Os veementes indícios de responsabilidade cabente ao irrogado pelo narcotráfico decorrem sobretudo da dinâmica dos fatos e dos depoimentos dos guardas civis municipais Laurentino Rodrigues da Silva e Genivaldo Bitencourt Nolasco (fls. 03/4, 05 e mídia digital), do Boletim de Ocorrência nº BL8602-2022 (fls. 08/10), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 12/3), bem como dos laudos de constatação (fls. 14/5) e de exame químico-toxicológico relativo ao B. O. nº BL8602/2022 (fls. 64/6: atestando que os narcóticos apreendidos consistiam em **cocaína**, **maconha** e **crack**, com peso líquido total de 39,4g, 15,7g e 2,3g, respectivamente. Anote-se que, como se verá, foram apreendidas substâncias ilícitas na posse do réu e no interior de sacola plástica encontrada próxima a ele).

À primeira hora os servidores municipais Laurentino e Genivaldo rememoraram que na data dos acontecimentos realizavam *“patrulhamento pela área dos fatos, quando receberam de uma transeunte denúncia de que um indivíduo com as características apresentadas encontrava-se pelo local comercializando drogas”*; ato contínuo, *“ao adentrar a rua, ora local dos fatos, depararam com o indiciado com as características informadas, identificado como RAFAEL CANEVER próximo a uma motocicleta”*. Ao notar a aproximação da viatura **Rafael** *“deixou o local”*, tendo *“dispensado”* ao solo *“02 (duas) porções de substâncias análogas à maconha”*; na sequência o irrogado acabou abordado, sendo certo que em sua

posse *“foi encontrada mais 01 (uma) porção contendo substância análoga à cocaína, 02 (duas) porções de substâncias análogas ao Crack e a quantia de R\$ 200,00 (Duzentos reais) em notas fracionadas”*. Os GCMS mencionaram também que *“embaixo de uma pedra no local onde o indiciado foi avistado com o motociclista foi encontrada uma sacola plástica contendo 18 (dezoito) porções de substâncias análogas à maconha, 41 (quarenta e uma) porções contendo substância análoga à cocaína e 14 (quatorze) porções de substâncias análogas ao Crack”*. Indagado, **Rafael** *“relatou apenas que era usuário e estava pelo local para comprar entorpecente para seu uso”* (fls. 03/4 e 05).

Sob o pálio do contraditório os testificantes ratificaram os depoimentos precedentemente ofertados, valendo realçar que:

- o agente público Laurentino afirmou que referido transeunte *“passou as características dele (Obs. do Relator: do acusado), as roupas, as vestimentas dele (...), e falou 'ele está na viela' (...), 'ele está vendendo e ninguém faz nada' ”*. Referiu também que *“em data anterior a gente já tinha pegado o Rafael no mesmo local, só que ele usou o mesmo argumento que ele era o comprador e como a gente não achou nada mandamos ele para a casa”* (mídia digital);

- o guarda municipal Genivaldo asseverou que as substâncias ilícitas localizadas no interior de citada sacola plástica *“eram idênticas àquelas que ele dispensou ao chão na hora em que nós chegamos e idênticas às que estavam no bolso dele”*, sendo certo que essa sacola *“estava não mais de vinte metros de distância do acusado (...), acredito que menos de quinze metros de distância”* (mídia digital).

Saliente-se - é bem sabido, já se o disse muitas vezes - que não furta a lei validade ao depoimento do

agente da Segurança Pública, tanto que não o elenca entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Não se compreende, na verdade, seja a atividade fiscalizatória desprovida de um mínimo de eficiência, de ética e de veracidade, a ponto de se arvorar em incriminadora insensata de inocentes. Até porque nem teria sentido conferir a lei determinada tarefa ao servidor público, para, ao depois, quando fosse ele convocado a prestar contas da sua atuação, negar valor ao que diz, pela preconceituosa admissão de que não fala a verdade.

Na espécie vertente é de se convir que os guardas civis urbanos, que não possuíam motivação para inescrupulosamente prejudicar o recorrido, mostraram-se muito seguros em seus relatos. Difícil crer que, sem razão palpável, eles tenham agido com a parcialidade sugerida, como tentou fazer crer **Rafael**.

Assim, se apontam o réu com incisividade, coerência e sem nenhum desmentido sério, prestigiados que estão, aliás, pela apreensão dos estupefacientes [reitere-se: 15,7g

de **cocaína**, 39,4g de **maconha** e 2,3g de **crack**, cf. os já aludidos laudos de constatação (fls. 14/5) e de exame químico-toxicológico (fls. 64/6)], tudo isso inviabiliza a aceitação de uma montagem cênica por parte dos servidores urbanos.

Não custa realçar que o artigo 33 da Lei nº 11.343/06 possui natureza de tipo misto alternativo, vale dizer: incorrendo o(a) agente em qualquer das condutas nele previstas, estará consumado o delito.

De rigor, por tudo isso, a condenação de **Rafael** consoante propugnado desde a prologal acusatória.

4. Ao sancionamento:-

Em observância ao artigo 59 do Código Penal, bem como ao artigo 42 da Lei de Tóxicos, fixam-se as basais no mínimo legal.

Na etapa subsequente, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

No último instante do procedimento individualizatório, presentes os pressupostos - trata-se de réu primário e portador de bons antecedentes, não tendo sido coletados sinais de dedicação a atividades criminosas -, vislumbra-se como possível a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 do mesmo estatuto, e na fração máxima de 2/3 (dois terços): penas definitivas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além de multa de 166 (cento e sessenta e seis) diárias mínimas.

5. Sob outro giro, no que se refere ao regime prisional para o desconto da privativa de liberdade, já foi estipulado pela Colenda 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o **Habeas Corpus** nº 596.603/SP:- o aberto. Demais disso, substitui-se a

“corporal” por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana.

6. Diante do exposto, meu voto **dá provimento** ao recurso interposto pela Justiça Pública a fim de condenar **Rafael Canever** às penas reclusiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses - no regime aberto, substituída por prestação de serviços comunitários e limitação de finais de semana - e pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) unidades rasas de cálculo, como incurso no artigo 33, **caput** e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Intime-se. Comunique-se.

Geraldo Wohlers
Relator