



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000321268

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1501436-21.2022.8.26.0495**, da Comarca de Registro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RAFAEL EIJI KITANO SAITO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Negaram provimento ao recurso. V. U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 31 de março de 2025.

GRASSI NETO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto Nº 37187

Apelação Criminal Nº 1501436-21.2022.8.26.0495

Comarca: Registro

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Rafael Eiji Kitano Saito

Tráfico de entorpecentes – Agente que traz consigo 15 porções de crack –Desclassificação para porte de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) – Ausência de elementos indicativos de destinação do tóxico para fins de tráfico – Cabimento

Correta a desclassificação da imputação de tráfico de entorpecentes para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, sempre que a dinâmica dos fatos e as circunstâncias que cercaram a prisão do acusado e a apreensão de substâncias estupefacientes forem indicativas não de traficância, mas de mero porte para consumo próprio.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 179/181, prolatada pelo MM. Juiz Elton Isamu Chinen, cujo relatório ora se adota, RAFAEL EIJI KITANO SAITO foi condenado como incurso no art. 28 da Lei n. 11.343/06, à pena de advertência.

Foi, ainda, ao que se infere, facultado ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

Consoante consta da exordial acusatória, o ora apelante teria sido surpreendido trazendo consigo 15 porções de *crack* (1,66 gramas).

Inconformado, apelou o Ministério Público, em busca da condenação do réu, nos exatos termos da exordial acusatória.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O recurso foi processado e contra-arrazado.

A Defesa, em contrarrazões recursais, busca o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, com a consequente absolvição do apelado, por atipicidade da conduta.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se, por fim, pelo desprovimento do recurso acusatório.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

A condenação do acusado pelo crime de porte de entorpecente foi bem decretada e deve ser mantida.

Consta dos autos que o ora apelante estaria trazendo consigo 15 porções de *crack* (1,66 gramas).

O feito, inicialmente, tramitou perante a Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Registro, por imputação pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/06, inclusive com oferta de transação penal pelo *Parquet* (fls. 25/26). Sobreveio, contudo, outra manifestação ministerial, alterando entendimento anterior e promovendo nova imputação, desta vez, por tráfico de entorpecentes, com requerimento de redistribuição do feito ao juízo comum (fls. 89/90).

Promovida a redistribuição a uma Vara Criminal, o réu se viu condenado por infração ao art. 28 da Lei n. 11.343/06.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 07 e pelo exame toxicológico de fls. 09/11.

A prova oral (fls. 145) colhida na instrução criminal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mostrou-se, outrossim, apta, não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva do crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

O réu negou a prática do delito de tráfico de entorpecentes. Disse que o entorpecente apreendido se destinava ao seu uso pessoal. Negou a posse ou a entrega de qualquer sacola, dizendo que era o traficante quem a portava, com ela fugindo ao ver a aproximação policial.

Os Policiais que atenderam à ocorrência dão sua versão acerca dos fatos. Afirmaram que estavam em diligência para averiguar crime de furto/roubo, quando se depararam com o réu e outro indivíduo em situação de venda de entorpecentes, dando a entender que o ora réu seria o vendedor e o indivíduo que fugiu com a sacola seria o comprador.

A sentença entendeu por bem em desclassificar a conduta de tráfico para a de porte de entorpecente para uso pessoal, sob o seguinte fundamento (fls. 180/181):

Em juízo apresentou a mesma versão, negando a imputação. Admitiu que portava as drogas, mas eram para uso pessoal. Havia acabado de chegar ao local para comprar entorpecentes, sendo que a pessoa que estava vendendo, ao avistar a viatura, se evadiu. Disse que não estava servindo drogas, mas sim comprando. O outro indivíduo correu levando a sacola, e ele permaneceu no local. Disse, ainda, que, em sede policial, acabou dizendo que não havia outra pessoa no local, pois ficou com medo de retaliação dos traficantes locais, mas que havia sim esse rapaz que estava vendendo drogas no local e correu com a sacola. Disse que, com ele, havia 15 pedras de crack que tinha acabado de comprar e R\$ 72,00, dinheiro do trabalho que tinha feito no dia, com reciclagem. Disse que seu celular também fora apreendido. Narrou que a abordagem policial foi agressiva e que sofreu ameaças. Disse que em nenhum momento confessou que estava

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

traficando. Afirmou que trabalhava como ajudante, com reforma geral e, com relação aos documentos juntados aos autos (fls. 134-142), informou que recebia na conta do pai, porque não tinha *pix* à época. Atualmente está trabalhando com serviços de pintura, autônomo. À época dos fatos, afirmou que ficava na casa de parentes, alternando com momentos em que ficava em situação de rua, usando drogas, mas que atualmente mora com a família, pai retornou do Japão.

Informou que usou drogas, maconha, cocaína e *crack*, desde muito cedo e que, à época dos fatos, estava distante da família, usando muita droga. Hoje conseguiu ficar apenas no uso da maconha (gravação em mídia).

São essas as provas produzidas, de modo que inevitável reconhecer que, ao cabo da instrução, restaram unicamente as palavras dos policiais contrapostas a do réu. É certo que usualmente os depoimentos das testemunhas policiais, relatando dinâmica plausível e coerente, devem preponderar sobre a escusa genérica, aleatória e desvinculada do acusado, mormente quando ausente qualquer indício mínimo de incriminação indevida.

Contudo, no caso dos autos, anoto que a dinâmica narrada pelos policiais traz peculiaridade incômoda acerca de uma súbita tomada da sacola (com as drogas) das mãos do réu pelo terceiro que o acompanhava (que os policiais interpretaram se tratar de um usuário), mas que curiosamente saiu em disparada fuga ao avistar a aproximação da viatura, enquanto o réu permaneceu no local.

O acusado, ao ser ouvido, afiançou que tal pessoa é que era o verdadeiro traficante na ocasião, dono da sacola, que a pegou de suas mãos e empreendeu fuga ao perceber a chegada da polícia. Estava ali justamente para comprar entorpecentes daquele que fugiu.

As narrativas se apresentam convergentes, de modo que não é possível descartar a veracidade das palavras do acusado, de que seria mero usuário e comprador naquela situação.

Não se produziu qualquer outro elemento de prova a demonstrar o contrário, isto é, o efetivo desenvolvimento da traficância pelo acusado naquela ocasião.

A quantidade de entorpecentes apreendidos com o réu é deveras pequena, 1,66g de cocaína, na forma de “crack” (laudo toxicológico de fls. 9/11).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Portava um celular e algum valor em dinheiro (R\$ 72,00), que, por si só, não traz ínsita a ideia de produto da venda significativa de entorpecentes.

O comportamento passivo do réu não o desfavorece, assim como o fato de ter negado a traficância prontamente também perante a autoridade policial.

A prisão foi ocasional, tanto que os próprios policiais militares afirmaram que se dirigiam para atender uma ocorrência de furto quando se depararam com aquela situação suspeita de traficância.

Logo, reputo que a prova acusatória remanesceu dúbia, não havendo elementos seguros para se concluir que o réu dedicava-se (*sic*) à mercancia ilícita, tanto que sequer fora preso em flagrante na ocasião, tendo a d. autoridade policial concluído pelo registro bastante de mero Termo Circunstanciado/Boletim de Ocorrência por delito do art. 28 da Lei de Drogas à luz da apreensão de pequena quantidade de *crack* (fls. 2/3).

Ademais, trata-se de réu menor de 21 anos, primário e sem antecedentes (fls. 20).

Desta forma, subsistindo dúvida intransponível, melhor que se reconheça a desclassificação para o delito do artigo 28, “*caput*”, da Lei n. 11.343/2006, o qual é incontroverso.

No presente caso, o réu negou, de forma homogênea e coerente, nas duas oportunidades em que ouvido, a traficância.

Os policiais dão, de outra parte, sua versão acerca dos fatos procurando, corroborar com a versão da exordial

Em parecer, a Procuradoria Geral de Justiça ainda destaca divergência relevante entre os relatos dos Policiais ouvidos.

Tal como lançado no parecer (fls. 225),

[...] a dinâmica fática não se encontra perfeita e uniformemente descrita pelos milicianos, o que compromete a credibilidade da prova decorrente desses testemunhos.

Força convir que tais divergências, não pontuais e de pequena monta, se não impedem, ao menos dificultam a conclusão acerca da traficância de drogas imputada ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

recorrido.

Bem por isso, fica difícil descartar a versão do recorrido no sentido de que a droga apreendida era destinada ao uso pessoal, inclusive porque a quantidade (1,66g de *crack* – fls. 09/11) não é incompatível com tal finalidade.

Diante desse quadro, o fato incontroverso, até porque comprovado pelo auto de apreensão e pelos testemunhos e, inclusive, confessado pelo recorrido, consiste no encontro das 15 porções de *crack*, as quais, ao que tudo indica, estavam na posse direta do implicado.

Nesse sentido, entendo não haver prova suficiente para sustentar um édito condenatório por crime de tráfico de drogas, sendo o caso de manter o desfecho desclassificatório.

Não se produziu, assim, na fase judiciária, prova suficiente para embasar uma condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Não será demais lembrar que, mesmo diante da existência de prova, em quantidade e qualidade razoável, pode haver decisão absolutória ou desclassificatória, por insuficiência daquela a permitir o juízo de certeza do crime mais grave.

Evidente que em casos como o dos autos, obter pronunciamento condenatório pelo tráfico de tóxicos apoiado, exclusivamente, na insuficiente e controversa prova é, *data venia*, querer que se faça "tabula rasa" dos mais comezinhos princípios constitucionais garantidores da cidadania.

Há de ter-se presente, ainda, que se trata de acusação de crime de tráfico de entorpecentes, cujas sérias consequências penais fazem exigir incontestável demonstração probatória, o que não ocorreu.

À mingua de prova segura a respeito da realidade dos fatos, a melhor solução, favorecido que está o réu pelo benefício da dúvida, é a desclassificação da conduta para a de posse de

entorpecente para uso pessoal.

Com relação ao pleito da Defesa, feito em sede de contrarrazões de recurso, no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, com a consequente absolvição do apelado, por atipicidade da conduta, deve ser destacado, como apontado pela Procuradoria Geral de Justiça, que (fls. 218),

não há como acolher o pleito formulado pela Defesa em sede de contrarrazões recursais.

Isso porque, como se percebe, o apelado pretende tal pedido por meio de contrarrazões de recurso. E o faz por meio do chamado recurso adesivo.

Ocorre, porém, que, embora previsto na lei processual civil, o recurso adesivo não encontra previsão na esfera processual penal. Daí porque, em respeito ao princípio da taxatividade dos recursos em matéria penal, não pode ser admitido.

Ainda que alegada em sede de contrarrazões de recurso, destaque-se que não se cogita de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06.

O porte de entorpecente para uso pessoal é crime de perigo abstrato e a mera conduta já representa uma probabilidade de dano ao respectivo bem jurídico tutelado pela lei penal especial, qual seja, a saúde pública, direito fundamental de todos e de estatura constitucional (art. 6º e art. 196 da CF/88).

Sopesando os bens jurídicos em conflito (intimidade e privacidade, de um lado, e vida e saúde pública, de outro), sobressai a necessidade de se resguardar a vida e a saúde pública, interesse coletivo indisponível.

Não há como prevalecer a “vontade” do acusado, que teria escolhido usar tóxico, se ela, sua vontade, representa perigo

a direitos igualmente fundamentais de outras pessoas e ocasiona desnecessário dispêndio de recursos públicos na área da saúde pública, em razão justamente da conduta egoísta de pessoas que escolhem o caminho do vício, que não foi imposto por ninguém.

Dessa forma, não há que se falar em reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, eis que o interesse privado sucumbe ao interesse de toda uma coletividade em combater-se a difusão do uso de entorpecentes.

Não se desconhece, outrossim, a decisão do Pretório Excelso, de junho de 2024 (RE 635.659 - Tema 506), no sentido de que a apreensão de menos de 40 gramas **de maconha** com o agente deve, a princípio, ser considerada como sendo destinada a uso próprio e que, em tais casos, aludida conduta, analisada à luz dos direitos à privacidade e à liberdade individual (art. 5º, X, da CF/88), conquanto mantenha seu caráter irregular e enseje a apreensão do entorpecente, bem como a imposição de sanções educativas aplicadas por um Magistrado, sequer configuraria infração penal.

Pondere-se, contudo, que, além do assim denominado “critério dos quarenta gramas” não ser absoluto, cuidando-se, antes, de uma presunção relativa, que pode ser afastada na hipótese de restar demonstrado que o tóxico não ser destinado ao consumo próprio, fato é que ele não se aplica a situações nas quais a apreensão verse entorpecente diverso da maconha.

No caso concreto, conquanto a quantidade de entorpecente apreendida em poder do réu fosse realmente inferior a 40 gramas, e toda a dinâmica dos fatos revelar-se no sentido de que mencionado tóxico se destinava a uso próprio, fato é que se cuida de “*crack*”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A pena de advertência fixada se mostrou adequada, não comportando qualquer reparo.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao apelo do Ministério Público**, restando, pois, mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Fica, desde já, determinada expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

ROBERTO GRASSI NETO
Relator