



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000349759

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501895-11.2023.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado WESLEY ANDERSON PEREIRA LIMA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), RODRIGUES TORRES E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

LUÍS GERALDO LANFREDI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501895-11.2023.8.26.0617

Juízo de Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Wesley Anderson Pereira Lima da Silva

Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal

Voto nº 3509

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. GUARDA CIVIL MUNICIPAL. ATUAÇÃO LEGÍTIMA. PROVA LÍCITA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta pelo Ministério Público em face de sentença absolutória proferida em favor do recorrido, imputando-lhe a prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Sustenta-se a licitude da abordagem realizada pela Guarda Civil Municipal e requer a condenação do acusado, com o afastamento da causa de diminuição do §4º do artigo 33 e o descredenciamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

Duas questões centrais são submetidas à análise neste recurso: (i) a legalidade da abordagem realizada pela Guarda Civil Municipal e a licitude das provas obtidas; e (ii) a adequação típica da conduta do recorrido, com a possibilidade de desclassificação do delito de tráfico para porte para consumo próprio.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A abordagem realizada pela Guarda Civil Municipal é lícita diante de elementos objetivos aptos para justificá-la, notadamente a condição de apoio a serviço policial, a tentativa de fuga do acusado e a suspeita fundada quanto à posse de substância entorpecente. A atuação não configurou usurpação de atividade policial, limitando-se à prisão em flagrante, facultada a qualquer cidadão nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal. No mérito, os subsídios trazidos ao processo não são suficientes para habilitar a condenação por tráfico de drogas. A reduzida quantidade de entorpecente apreendida (6,48 gramas de crack fracionadas em 24 porções), aliada à ausência de outros elementos indicativos da mercancia, como balança de precisão, cadernos de anotações e comunicações suspeitas, não permitem, com segurança, acreditar que a substância se destinava ao tráfico. Daí que melhor se impõe a desclassificação da conduta imputada para a infração prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06, com as sanções correspondentes.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso parcialmente provido para reconhecer a licitude da abordagem realizada pela Guarda Civil Municipal e desclassificar a conduta do recorrido para o artigo 28 da Lei 11.343/06, com aplicação das sanções cabíveis.

Tese de julgamento: “A atuação da Guarda Civil Municipal é lícita quando amparada em fundadas razões e desde que esteja voltada para a prevenção e segurança de bens, serviços e instalações municipais. A quantidade reduzida de entorpecente apreendido, desacompanhada de outros elementos indicativos da mercancia, impõe a desclassificação da conduta para porte para consumo próprio. A presunção de inocência veda a condenação por tráfico de drogas diante de suposições e do histórico criminal do acusado”.

Dispositivos relevantes citados: Código de Processo Penal, art. 301. Lei 11.343/06, arts. 28 e 33.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 846.367/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024. STJ, HC 769.573/SP, Rel. Min. João Batista Moreira, Quinta

Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 5/12/2023. TJSP, Apelação Criminal 1500624-18.2021.8.26.0558, Rel. J. E. S. Bittencourt Rodrigues, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 21/06/2023. TJSP, Apelação Criminal 0000023-14.2018.8.26.0616, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 02/05/2022. TJSP, Apelação Criminal 1501039-58.2019.8.26.0400, Rel. Marcelo Semer, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 10/10/2022.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra r. sentença que absolveu o réu **Wesley Anderson Pereira Lima da Silva**, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação correspondente ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 139/156).

Insurge-se a acusação contra a sentença (fls. 172/177).

Em razões recursais, advoga a legalidade e a licitude da atividade da guarda civil municipal, desestimando a hipótese de usurpação de atribuições constitucionais. Ressalta a possibilidade de qualquer do povo efetuar a prisão em flagrante e a esse respeito destaca que os agentes municipais depararam-se com indivíduo realizando conduta típica de traficância, conjuntura que respalda a atuação oficial. Sustenta, bem por isso, a licitude dos elementos de prova trazidos ao processo. E diante deste cenário, pranteia a condenação do apelado. Sustenta tratar-se de réu reincidente específico, circunstância que inviabiliza a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, assim como a substituição da carcerária por

penas restritivas de direito.

O recurso foi contrarrazoado (fls. 188/195).

Não houve oposição ao julgamento virtual (artigo 1º da Resolução TJSP nº 903/2023).

A d. Procuradoria de Justiça encartou parecer a fls. 204/207, opinando pelo provimento do recurso ministerial.

Eis a síntese do quanto importa.

O **apelado Wesley Anderson Pereira Lima da Silva** foi denunciado por infração do artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Assim está vazada a inicial acusatória (fls. 69/72):

O Representante do Ministério Público que esta subscreve, no uso de suas atribuições constitucionais, faz-se presente a Vossa Excelência para oferecer **denúncia** em decorrência de que noticiam os autos ora anexados **que**, no dia 25 de outubro de 2023, por volta das 11 horas e 30 minutos, na Rua Antônio Aleixo da Silva, altura do número 1.160, Bairro Jardim Satélite, nesta comarca de São José dos Campos, **WESLEY ANDERSON PEREIRA LIMA DA SILVA**, qual a fls. 12, trazia consigo, com destinação mercantil e para entrega a consumo de terceiros, **24** porções individuais de *crack* (subproduto da cocaína), substância entorpecente e causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a Lei.

Apurou-se que, na data e horário supracitados, Guardas Municipais trafegavam pela Rua Antônio Aleixo da Silva, nesta comarca. Na altura do número 1.160, nas imediações de uma 'área verde' mantida pela Prefeitura Municipal (daí ser alvo de atenção da

Guarda Civil), os Guardas avistaram o denunciado, o qual trazia consigo uma mochila.

Ao perceber a presença dos Guardas, **WESLEY** imediatamente deixou o local na condução de uma bicicleta. Desconfiados da atitude do denunciado, os Guardas realizaram a abordagem deste.

Durante a abordagem, os Guardas encontraram, na posse do denunciado (mais precisamente em um dos bolsos da bermuda que este vestia), 24 porções individuais de *crack*. No interior da mochila que **WESLEY** trazia consigo, foi localizada a quantia de R\$169,50 em cédulas diversas.

A droga apreendida foi submetida a exame, positivando-se ser ela, efetivamente, cocaína (Laudo de constatação preliminar a fls. 07/10. Fotografia a fls. 23).

Ante as circunstâncias verificadas, evidencia-se que o entorpecente apreendido pertencia ao denunciado e seria destinado à comercialização.

Finda a instrução, a pretensão acusatória foi julgada improcedente, e o acusado absolvido da imputação que lhe foi endereçada, com supedâneo no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Das provas produzidas

Os fatos estão documentados em boletim de ocorrência (fls. 03/05).

Denota-se do auto de exibição e apreensão (fls. 17) e da fotografia acostada aos autos (fls. 23) a localização, em posse do acusado, de 24

(vinte e quatro) porções de *crack*, com peso [total] de 6,48 gramas (laudo de constatação preliminar de fls. 07/10).

Submetidos a exame pericial, confirmou-se a presença de cocaína nos narcóticos apreendidos, conforme se extrai do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 79/81).

Ainda em poder do réu foram apreendidos R\$ 169,50 (cento e sessenta e nove reais) em espécie.

A investigação foi relatada pelos agentes policiais responsáveis por revelar as circunstâncias do caso concreto (fls. 64/65).

Foi [igualmente] produzida prova oral, em juízo.

A testemunha **Douglas Willians Paes dos Santos**, guarda civil municipal, narrou, no ensejo dos fatos, o apoio que prestavam ao setor de assistência social da prefeitura, a qual se deslocava a determinados endereços para averiguar a existência de indivíduos que poderiam necessitar de assistência social. Na ocasião, passavam por um local denominado 'área verde', onde se encontravam três indivíduos. Ao se aproximarem, o acusado apoderou-se de sua bicicleta e tentou se evadir, guardando algo em seu bolso de forma suspeita. Foi por essa razão que decidiram pela abordagem dele. Em revista pessoal, localizaram entorpecentes em suas vestimentas. Wesley disse que as drogas eram para uso próprio. Eram pedras de *crack*. Questionado, o réu afirmou que havia sacado determinada quantia em caixa eletrônico, utilizando-a para adquirir os entorpecentes. O dinheiro, cerca de R\$160,00 (cento e sessenta reais), estava na mochila de Wesley. Ele

disse que este valor seria proveniente de um auxílio recebido. Não sabe dizer se o local é conhecido como ponto de tráfico. Já se depararam com usuários de entorpecentes, pessoas que passam a noite naquela região. Daí a atividade de acolhimento exercida pelo setor da prefeitura (mídias audiovisuais).

Em juízo, a testemunha **Lucas de Magalhães**, guarda civil municipal, relatou que, na data dos fatos, estava acompanhado de sua equipe, em apoio ao setor de assistência social da Prefeitura. Ao passarem por um dos locais recorrentemente visitados, avistaram um indivíduo que, diante da aproximação da equipe municipal, subiu em sua bicicleta e tentou se evadir, em atitude suspeita. Procederam à abordagem dele e, em revista pessoal, encontraram substâncias entorpecentes. Tratava-se de pedras de *crack*, mas não se recorda das quantidades. Indagado, Wesley disse que as drogas estavam destinadas a seu uso pessoal. As pedras de *crack* estavam acondicionadas individualmente. A abordagem não foi gravada (mídias audiovisuais).

Em solo policial, o acusado **Wesley Anderson Pereira Lima da Silva** afirmou que todas as vinte e quatro pedras de crack encontradas em seu poder eram para seu consumo próprio. Afirma ser contumaz usuário de crack. Salientou que o valor encontrado em seu poder decorre de benefício que recebe do Governo, inicialmente estimado em seiscentos reais. Por fim, afirma que o local onde foi abordado não é ponto de tráfico de entorpecente. Assim, afirma ser inocente (fls. 12).

Interrogado em juízo, **Wesley** disse que, à época dos fatos, trabalhava como ajudante geral. Recebia cerca de R\$ 80,00 (oitenta reais), a diária. Naquele momento estava em situação de rua, mas, após sua detenção, foi acolhido por familiares. A droga lhe pertencia. Adquiriu os entorpecentes na Vila São Bento. Pagava R\$ 10,00 (dez) reais por pedra. Tinha comprado 24 pedras, utilizando-se do valor recebido em auxílio emergencial. Por volta de 10h15min da manhã, dirigiu-se à Caixa Econômica, próxima ao shopping Andora, e efetuou o saque da referida importância. Estava de bicicleta, dirigiu-se à Vila São Bento, onde comprou as substâncias ilícitas e, logo em seguida, deslocou-se até o local [palco dos fatos] – notadamente conhecido como ponto frequentado por usuários de droga. Iria consumir as drogas no local. Foi nesse momento que acabou abordado por guardas municipais. Recebeu atendimento social. Foi questionado por eles acerca do interesse em ser direcionado a um albergue. Na mesma oportunidade, foi indagado acerca da posse dos entorpecentes. Disse que estava em poder de algumas substâncias para uso próprio. Mostrou o cachimbo utilizado, estava com isqueiro e cigarro. Usa cerca de 40 a 80 pedras por dia. Estava em situação de rua e vendia balas no semáforo. Pedia dinheiro para transeuntes para sustentar seu vício. Não estava traficando, apenas consumindo substâncias entorpecentes, até mesmo porque o local em que se encontrava não era conhecido como ponto de comércio ilícito (mídias audiovisuais).

Esses são os subsídios que decorrem da prova processual.

Passo a valorá-los.

Da valoração das provas

O apelo ministerial comporta parcial provimento.

Sobre a licitude das provas produzidas, advoga-se a **legalidade** da atuação da guarda civil municipal.

E na hipótese subjacente, a despeito dos bons argumentos ventilados pela douta magistrada sentenciante, entendo que os guardas agiram em conformidade com a normalidade e a legalidade.

Isto porque, como bem colocado pelos agentes públicos, no ensejo dos fatos, trabalhavam eles, enquanto membros da guarda municipal, em apoio ao setor de serviço social da Prefeitura, o qual se ocupava de atividades de acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Não por outra razão estavam em local denominado “área verde” [sic], mantido pelo Poder Executivo Municipal.

Diante desse cenário, e neste caso específico, a atuação da guarda guardava relação [direta e] imediata com a tutela de bens, instalações e serviços municipais, exatamente como se prevê constitucionalmente.

E aqui faz-se importante agregar uma outra informação relevante: os guardas eram sabedores de que o local era utilizado para o consumo de substâncias ilícitas, conjuntura que justificava a presença de potenciais candidatos ao serviço assistencial realizado pela Municipalidade.

Por todas essas evidências, não me parece descabido o patrulhamento que se patrocinava no local.

Repito: atividade de apoio a um serviço público relevante.

Os guardas não estavam no local investigando denúncia de suposta traficância. Tampouco atuavam ostensivamente e a esmo, sem propósitos.

A atuação por eles patrocinada [pelo que consta dos autos] em nada se aproxima da atividade investigativa, típica de polícia civil ou para reagir à criminalidade urbana.

De toda sorte [e ainda que assim não fosse], mercê de flagrante delito constatado, mostra-se lícita a abordagem e a consequente apreensão da droga levada a efeito, eis que a Guarda Civil Municipal não atuou se investindo de atributos que são próprios de outras forças de segurança.

A bem da verdade, havia fundadas razões que reclamaram a pronta atuação da Guarda Civil. E isto porque os agentes flagraram o acusado empreendendo fuga átimo seguinte à presença da viatura policial nas imediações. Inclusive, durante a fuga, visualizaram o exato momento em que ele guardou algo em suas vestimentas.

O contexto evidencia a presença de motivo apto para justificar a abordagem e por conseguinte a busca pessoal realizada.

Em caráter ilustrativo, há precedente que respalda a espécie:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA IMPETRAÇÃO DO WRIT. HC SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem buscando fixar balizas para a racionalização do uso do habeas corpus, visando a garantia não apenas do curso natural das ações ou revisões criminais mas da efetiva priorização do objeto ínsito ao remédio heroico, qual seja, o de prevenir ou remediar lesão ou ameaça de lesão ao direito de locomoção.

2. Esta Corte, em diversas ocasiões, já se pronunciou no sentido de que [n]ão deve ser conhecido o writ que se volta contra acórdão condenatório já transitado em julgado, manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte" (HC n. 730.555/SC, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022).

3. "[A] impetração de habeas corpus, após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas, é indevida e tem feições de revisão criminal" (AgRg nos EDcl no HC n. 633.625/AC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022).

4. Ademais, não exsurgiu flagrante ilegalidade apta a autorizar a concessão da ordem de ofício. Isso, porque, conforme se extrai da incoativa, "guardas municipais efetuavam patrulhamento pelo local dos fatos quando se depararam com dois indivíduos que, ao avistarem a viatura, saíram correndo por um matagal ali existente. Em perseguição, os referidos guardas conseguiram deter o ora denunciado, sendo

que encontraram na bermuda por ele vestida sob a calça, vinte reais em dinheiro e um 'pino' de cocaína" (e-STJ fl. 61). Dessarte, houve fundadas razões para a pronta atuação da Guarda Civil, que flagrou o ora paciente e outro indivíduo empreendendo fuga após avistarem a viatura policial, rumo a um matagal próximo.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 846.367/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. GUARDA MUNICIPAL. PATRULHAMENTO. PERSEGUIÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA LÍCITA. ORDEM INDEFERIDA.

1. Guardas municipais em patrulhamento em local conhecido como ponto de venda de drogas.

2. Paciente que ao ver a viatura empreendeu fuga e foi, em seguida, preso com porções de drogas caídos do bolso enquanto corria.

3. Precedente de que, "conforme jurisprudência consolidada desta Corte Superior, não há falar em ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas civis municipais. Consoante disposto no art. 301 do CPP, 'qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito' (AgRg no HC n. 748.019/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022)". (AgRg no HC 776.743/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023).

4. Ordem indeferida.

(HC n. 769.573/SP, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 5/12/2023.)

Forçoso convir que a guarda municipal não ultrapassou os limites próprios da atuação em contexto de prisão em flagrante ou mesmo fora das suas atribuições institucionais.

Razão pela qual reputo lícitas as provas alcançadas.

Nada obstante as considerações engendradas, de rigor a desclassificação do tráfico de drogas para a figura do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Deveras, as circunstâncias do caso, mormente quanto à [diminuta] quantidade de entorpecente apreendida e a ausência de comprovação de sua destinação para terceiros, não autorizam a subsunção da conduta de **Wesley** à figura típica do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Consoante o relato de Douglas Willians Paes dos Santos e Lucas de Magalhães, guardas municipais responsáveis pela ocorrência, o apelado foi surpreendido na denominada “área verde”, quando avistado pela guarnição municipal.

Ciente da aproximação dos agentes, Wesley subiu em sua bicicleta e, estocando algo em suas vestimentas, intentou se evadir.

Suspeitosos, os guardas municipais decidiram abordá-los.

Em revista pessoal, foram localizadas 24 (vinte e quatro) porções

de *crack*, bem como R\$169,50 (cento e sessenta e nove reais e cinquenta centavos) em espécie.

Os policiais militares confirmaram que, no momento da abordagem, e em conversa informal, **Wesley** declinou sua condição de usuário, afirmando que as porções estavam destinadas a seu consumo e que os valores consigo encontrados seriam provenientes de auxílio previamente recebido.

Malgrado este retrato, a localização da quantidade de entorpecentes indicada, aliada à apreensão de valores em espécie, foram considerados pela acusação como evidências do dolo de praticar a conduta tipificada no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, ensejando, via de consequência, a interposição do presente apelo.

Não se olvida que a palavra dos policiais responsáveis pela ocorrência assume especial valor no deslinde de causas criminais — sobretudo quando congruentes entre si e corroboradas por outros elementos de prova.

No entanto, é de se reconhecer que as particularidades atinentes à apreensão dos entorpecentes revelam-se insuficientes para a configuração do crime de tráfico, deixando de satisfazer um *standard* probatório mínimo para, à mingua de outros fatores que comprovem a traficância, justificar a manutenção do édito condenatório.

A apreensão de 6,5 gramas de *crack* no bolso no apelante, sem outros indicativos de que o entorpecente destinava-se a terceiros, é pouco e não autoriza a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo

33, caput, da Lei de Drogas, como elemento absoluto.

Wesley, extrajudicialmente e sob o crivo do contraditório, admitiu a posse do entorpecente para uso pessoal.

Não há elementos aptos a descredenciar a versão do acusado.

Sua versão é verossímil.

Embora fracionada em número pouco convencional para um mero usuário, a quantidade de entorpecente apreendida não deixa de ser condizente com a situação de adição.

De fato, trata-se de apreensão de diminuta quantidade de entorpecente [massa líquida de **6,48 gramas de crack**, conforme laudo de constatação preliminar de fls. 07/10], acondicionadas em 24 (vinte e quatro) porções.

Repito, volume compatível com a condição de usuário.

Tanto mais porquanto o réu indicou serem elevados seus níveis diários de consumo [cerca de 40 a 80 pedras].

Mais ainda, a quantia em seu poder, cerca de R\$ 170,00 (cento e setenta) reais, outrossim, não é denotativa de tráfico.

Trata-se de quantia plenamente compatível com as atividades da vida quotidiana.

Por outro lado, o que determina o tráfico é o dolo quanto à destinação do entorpecente a terceiros — algo que nada, absolutamente nada, decorreu do contexto.

A comprovação da traficância é aferida não apenas pela quantidade de entorpecente apreendido, mas também pelas circunstâncias inerentes à apreensão.

Sobre o tema, a lição de Marcelo Semer [Desembargador que já oficiou perante esta Egrégia Câmara] entremostra-se bastante elucidativa, depois de analisar os fundamentos de mais de 800 (oitocentas) sentenças de primeiro grau versando sobre tráfico de entorpecentes, ao ensejo de sua pesquisa de doutoramento perante a Universidade de São Paulo:

“Em resumo, se o volume de drogas é considerável, o tráfico está caracterizado. Mas se o volume é efetivamente pequeno também se pode argumentar que isso ocorre porque é uma forma de ludibriar a repressão. [...] Na verdade, do que aprendemos na pesquisa, existe não apenas um viés de condenação no tráfico como a pequena incursão na tarefa de individualizar condutas, inclusive para a aplicação das penas.

As consequências do pânico moral parecem tão contundentes sobre a necessidade de reprimir o tráfico que tem-se a impressão de que em cada processo é o próprio crime de tráfico que está em julgamento, e não o réu. Fato que é de mais fácil verificação pela reiteração do grau de reprovação, independentemente da gravidade intrínseca da conduta e mesmo, como veremos, da enorme dificuldade de exercer um juízo subjetivo, quando necessário (...)” (SEMER, Marcelo. Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo blanch: 2019, p. 242).

Por essas razões, em face dos elementos coligidos ao presente caderno procedimental, forçoso convir que confirmação da prática do comércio ilícito não se impõe de forma segura, estreme de dúvidas.

De outro prisma, não nego que o apelante ostenta antecedentes criminais [inclusive, pela prática de delito de igual natureza].

Tais circunstâncias pessoais, contudo, não se prestam a comprovar a traficância, de sorte que a negativa do réu ganha relevo e se afigura consistente e acreditada.

Sobre o uso indevido dos antecedentes criminais como fundamento de suspeição, no âmbito da persecução penal, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania é bastante elucidativa:

“O simples fato de o acusado ter um antecedente por tráfico não autorizava a realização de busca domiciliar, porquanto desacompanhado de outros indícios concretos e robustos de que, naquele momento específico, ele guardava drogas em sua residência. Ora, admitir a validade desse fundamento para, isoladamente, autorizar essa diligência invasiva, implicaria, em última análise, permitir que todo indivíduo que um dia teve algum registro criminal na vida tenha seu lar diuturnamente vasculhado pelas forças policiais, a ensejar, além da inadmissível prevalência do "Direito Penal do autor" sobre o "Direito Penal do fato", uma espécie de perpetuação da pena restritiva de liberdade, por vezes até antes que ela seja imposta. Isso porque, mesmo depois de cumprida a sanção penal (ou até antes da condenação), todo sentenciado (ou acusado ou investigado) poderia ter sua residência vistoriada, a qualquer momento, para "averiguação" da existência de drogas, como se a anotação criminal lhe despissem para todo o sempre da

presunção de inocência e da garantia da inviolabilidade domiciliar, além de lhe impingir uma marca indelével de suspeição” (HC n. 762.932/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 30/11/2022).

Assumir que o réu estivesse traficando em razão, forte (com exclusividade) em seus antecedentes é inadmissível. Aliás, preconceituoso. Um juízo de culpabilidade e *a priori* que contraria a presunção de inocência consagrada constitucionalmente.

Por força dessas considerações, e mercê da ausência de elementos aptos a indicar a traficância, forçoso convir acerca da não configuração do artigo 33 da Lei 11.343/06.

A comprovação da prática de tráfico de entorpecentes é ônus da acusação. E a parte acusadora não se desincumbiu do ônus de comprovar, para além de dúvida razoável, o varejo subjacente à posse do entorpecente.

Frente a esse contexto, permeado por patente fragilidade e insuficiências de natureza probatória para a configuração certa e extreme de dúvidas quanto à imputação originária, a desclassificação é a solução mais consentânea com a espécie, especialmente em reverência ao postulado constitucional da presunção de inocência, plasmado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Melhor e mais prudente prestigiar, nesse contexto, a dúvida *pro homine*, ainda que se esteja, com isso, a correr o risco de premiar com

imerecida desclassificação o acusado, solução sempre preferível à condenação de um inocente pela prática de crime grave [tráfico de drogas].

Ressalte-se que este posicionamento encontra respaldo na jurisprudência desta Egrégia Câmara Criminal:

Apelação criminal - Tráfico de drogas – Sentença condenatória – Irresignação defensiva – Descabimento – Relatos de agentes públicos firmes e coesos – Posse de drogas incontroversa – Confissão – Desclassificação do crime que se impõe – Ausência de comprovação de que os apelante promoviam o comércio espúrio – Pequena quantidade de droga que, aliada aos demais elementos de prova, apontam para a condição de usuários dos acusados – Denúncias anônimas que não constituem fundamentação idônea para alicerçar o édito condenatório – Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça – Apelantes que sequer possuíam dinheiro – Abordagem realizada em localidade reconhecida pelo comércio de drogas, mas que nem por isso implica o reconhecimento automático da traficância – Condenação anterior que não constitui fundamento idôneo para a condenação – Presunção de inocência – Violação do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 mais consentânea à espécie – Sanções cabíveis: (i) advertência sobre os efeitos das drogas e (ii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo para conscientização sobre o efeito das drogas e malefícios da drogadição, em estabelecimento a ser definido pelo juízo de execuções penais – Recursos parcialmente providos. (TJSP; Apelação Criminal 1500624-18.2021.8.26.0558; Relator (a): J. E. S. Bittencourt Rodrigues; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Urupês - Vara Única; Data do Julgamento: 21/06/2023; Data de Registro:

21/06/2023)

Apelação Criminal — Tráfico de substâncias entorpecentes — Sentença desclassificatória para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 — Recurso do Ministério Público objetivando a condenação dos réus pelo crime de tráfico, nos termos da denúncia, com incidência do privilégio, restritivas de direitos e regime aberto — Inadmissibilidade — Materialidade e autoria suficientemente demonstradas

somente quanto à posse individual de pequena quantidade de drogas, desatrelada de prova efetiva de tráfico — Édito desclassificatório mais consentâneo com o "in dubio pro reo" — Recurso do Ministério Público desprovido (TJSP. Apelação Criminal 0000023-14.2018.8.26.0616; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itaquaquecetuba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/05/2022; Data de Registro: 02/05/2022).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Irresignação da defesa. Mérito. Pedido de absolvição ou desclassificação da imputação para a de posse de entorpecentes para uso pessoal (art. 28, L. 11.343/06). Cabimento. Quantidade irrisória, desacompanhada de outros apetrechos, que é insuficiente para caracterização do delito de tráfico, cujo ônus incumbe à acusação. Alusão a denúncias anônimas e a conhecimento informal dos "meios policiais" que não é suficiente para estabelecer a conduta de tráfico pelo réu, pego com quantidade da droga compatível com o uso. Este, ademais, comprovou ser usuário de drogas e possuir trabalho lícito. Acervo probatório insuficiente para concluir pela traficância, especialmente se considerando que o réu é primário, não possui maus antecedentes, e afirmou em todas as oportunidades ser usuário. Desclassificação para o delito do art. 28, Lei

11.343/06. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1501039-58.2019.8.26.0400; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Olímpia - Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/10/2022; Data de Registro: 10/10/2022).

Enfim, diante da dúvida insanável acerca da traficância, desautorizado está seja **Wesley** por ela sancionado.

Plausível admitir-se a posse de drogas para uso pessoal – conduta por ele efetivamente confessada [seja informalmente, perante os agentes municipais, ou, ainda, em solo policial e sob o crivo do contraditório] e que foi corroborada pelas evidências carreadas aos autos.

O enquadramento do contexto na rubrica do artigo 28 da Lei de Drogas, portanto, é a solução mais ajustada à espécie.

Passo a calibrar a resposta mais adequada ao contexto.

Mercê do preceito secundário do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, determino, em linha com os incisos I e III do referido dispositivo, as seguintes sanções em detrimento de Wesley: (i) advertência sobre os efeitos das drogas e (ii) comparecimento à programa ou curso educativo para conscientização sobre o efeito das drogas e malefícios da drogadição, em estabelecimento a ser definido pelo juízo de execuções penais.

Considerando ser o apelante reincidente (fls. 39/41), o prazo de

cumprimento da medida educativa deve corresponder a 10 (dez) meses, conforme o artigo 28, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Do voto

Por esses fundamentos, conheço do recurso defensivo e, no mérito, **concedo-lhe parcial provimento** para (i) reconhecer a legalidade da atuação da guarda civil municipal e, via de consequência, a licitude das provas que decorrem desta atividade; e (ii) promover a desclassificação da conduta imputada a **Wesley Anderson Pereira Lima da Silva** para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 [porte de drogas para uso pessoal].

Em função deste desfecho, imponho-lhe as sanções de (i) advertência sobre os efeitos das drogas e (ii) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo para conscientização sobre o efeito das drogas e malefícios da drogadição, pelo prazo de 10 (dez) meses, conforme o artigo 28, §4º, da Lei nº 11.343/06, em estabelecimento a ser definido pelo juízo de execuções penais.

Comunique-se o juízo de origem, para as providências cabíveis e retificação das guias de recolhimento.

É o meu voto!

LUÍS GERALDO LANFREDI

Relator