



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000369388

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501111-52.2024.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante KAIQUE DE DEUS GONÇALVES CRUZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **afastadas as preliminares, CONHECERAM e DERAM PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de reconhecer o privilégio legal para o crime de receptação, ficando o réu definitivamente condenado, à pena de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 180, caput e § 5º, segunda parte, do Código Penal, e à pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput c.c. o § 4º, e art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual prazo, e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, regulamentando-se na fase de execução, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), FREITAS FILHO E IVANA DAVID.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

FERNANDO SIMÃO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO nº 41.569

APELAÇÃO nº 1501111-52.2024.8.26.0535

COMARCA: Guarulhos – 1ª Vara Criminal

Apelante: KAIQUE DE DEUS GONÇALVES CRUZ

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame:

1. Réu condenado como incurso no art. 33, caput, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, e no art. 180, caput, do CP, na forma do art. 69, caput, do CP, à pena de 2 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 204 dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período, e prestação pecuniária de 01 (um) salário-mínimo. Apela o réu, buscando, preliminarmente, seja reconhecida a ilicitude da prova obtida, por terem os guardas municipais extrapolado sua esfera de competência, ao efetuarem a prisão em flagrante, bem como em razão da busca pessoal injustificada. No mérito, pugna pela absolvição pelo crime de receptação, pela atipicidade, ante a ausência de dolo, e a absolvição quanto ao todo da condenação, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação do crime de tráfico para o do art. 28 da Lei 11.343/06 e do crime de receptação para a modalidade culposa. Requer, ainda, a redução das penas fixadas e o reconhecimento do privilégio quanto ao crime de receptação.

II. Questão em Discussão:

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a legitimidade da atuação dos guardas municipais na prisão em flagrante e busca pessoal; (ii) verificação de eventual atipicidade do crime de receptação por ausência de dolo; (iii) a existência de provas suficientes para a condenação por ambos os delitos; (iv) a possibilidade de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do art.

28 da Lei n. 11.343/06 e do crime de receptação para a modalidade culposa; (v) possibilidade de redução das reprimendas; e (vi) possibilidade de reconhecimento do privilégio legal quanto ao delito de receptação.

III. Razões de Decidir:

3. Ilicitude de prova não configurada. Prisão em flagrante delito realizada por Guardas Municipais. Legalidade. Inteligência do art. 301 do Código de Processo Penal. Revista pessoal efetuada pelos guardas dada a fundada suspeita sobre o réu.

4. Provas francamente incriminadoras para ambos os delitos. Depoimento da vítima e dos guardas merecedores de credibilidade.

5. Delito de receptação configurado. Dolo inquestionável. Ausência de explicação plausível para a posse do celular roubado. Inversão do ônus da prova.

6. Pena base do crime de receptação fixada no mínimo legal, seguindo sem nenhuma alteração na fase seguinte. Na terceira fase, reconhecido o privilégio legal. Réu primário, sendo que o celular não teve seu valor avaliado nos autos. Aplicação apenas da pena de multa. Pena base do crime de tráfico fixada no mínimo legal. Equívoco quanto ao reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, visto que o réu já tinha 21 anos completos na data dos fatos, contudo, ausente recurso ministerial, bem como a atenuante deixou de produzir efeitos, nos termos da Súmula 231 do C. STJ. Ao final, aplicado o redutor legal em seu patamar máximo. Fixado o regime aberto e aplicada a resposta penal substitutiva.

IV. Dispositivo e Tese:

7. Recurso parcialmente provido, para reconhecimento do privilégio legal quanto ao crime de receptação.

Tese de julgamento: 1. Preliminares afastadas. Ilicitude de prova não configurada. 2. Provas francamente incriminadoras em relação a ambos os delitos. 3. Delito de receptação configurado, com dolo inquestionável. 4. Reconhecimento do privilégio legal quanto ao crime de receptação, tendo em vista a primariedade do réu, não tendo sido o telefone celular avaliado nos autos, com aplicação apenas da pena de multa.

Legislação Citada:

Lei 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, inciso III; Código Penal, art. 180, caput, art. 69, caput; Código de Processo Penal, art. 301, art. 303.

Jurisprudência Citada:

STF, HC 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello.
TJSP, Apelação Criminal nº 212.768-3, Rel. David Haddad,
11.08.97.
TJSP, AP 0783841-52.2009.8.26.0577, Rel. Paulo Rossi,
31/01/2011.

Ao relatório da r. sentença de fls. 159/166, o qual se adota, acrescenta-se que o réu **KAIQUE DE DEUS GONÇALVES CRUZ** foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, e no art. 180, *caput*, na forma do art. 69, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 204 (duzentos e quatro) dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e por prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, regulamentando-se na fase de execução, tendo sido concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apela o réu, buscando, preliminarmente, seja reconhecida a ilicitude da prova obtida, por terem os guardas municipais extrapolado sua esfera de competência, ao efetuarem a prisão em flagrante, bem como em razão da busca pessoal injustificada. No mérito, pugna pela absolvição pelo crime de receptação, pela atipicidade, ante a ausência de dolo, e pela absolvição quanto ao todo da condenação, por insuficiência probatória.

Subsidiariamente, requer a desclassificação do crime de tráfico para o do art. 28 da Lei 11.343/06 e do crime de receptação para a modalidade culposa. Requer, ainda, a redução das penas fixadas e o reconhecimento do privilégio quanto ao crime de receptação (fls. 173/197).

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do apelo (fls. 223/237).

É o relatório.

Preliminarmente, acerca da ilicitude da prova, em razão de ter sido a prisão em flagrante efetuada por guardas municipais, a preliminar deve ser rechaçada.

Não obstante a tarefa precípua da guarda municipal seja a proteção do patrimônio do município, tal limitação não exclui ou retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar, prática criminosas.

Assim, perfeitamente respaldada a atuação dos Guardas Municipais que, apesar de excluídos da função repressiva do crime, não são impedidos de prender quem se encontre em flagrante delito, ainda que, transitoriamente, exerçam as atribuições de autoridade policial, como facultado a qualquer um do povo pela norma do art. 301 do Código de Processo Penal: *“qualquer do povo poderá e as autoridades*

policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

O mesmo se diga quanto à busca pessoal por eles efetuada. A abordagem do réu se deu em contexto de fundada suspeita, na medida em que receberam notícia de tráfico de drogas e se dirigiram ao local, encontrando o acusado acompanhado de Julio. Ao perceber a aproximação policial, ambos tentaram fugir. O réu portava uma sacola e a dispensou.

E, uma vez abordados, com Julio foram encontradas duas porções de maconha, tendo ele dito que as havia comprado do réu. Na sacola dispensada pelo acusado, foram encontradas mais porções de entorpecentes. Além disso, em poder do acusado foi encontrado aparelho celular, produto de roubo anterior.

Ademais, cediço é que o crime de tráfico de drogas, notadamente na modalidade *trazer consigo*, verbo nuclear do tipo penal em que se enquadra a conduta atribuída ao apelante, ser crime permanente, sua consumação se prolonga no tempo, razão pela qual torna legítima a sua prisão em flagrante, no momento em que dispensou a sacola contendo entorpecentes.

Sabe-se que o crime do art. 33 “*caput*” da Lei 11.343/06 é do tipo misto alternativo, bastando incidir em uma de suas condutas para estar configurado. E, a conduta do apelante, tipifica o crime, na modalidade trazer consigo, de caráter permanente. Em sendo

assim, o art. 303 do Código de Processo Penal afirma que “*Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*”.

Deste modo, ficam afastadas as preliminares de ilicitude de prova.

No mérito, a r. sentença recorrida deu correta solução à ação penal, bem analisando as provas dos autos.

O réu foi preso em flagrante delito existindo a certeza visual dos crimes, enquanto as materialidades delitivas decorrem dos boletins de ocorrência de fls. 02/05 e 42/45 (roubo), do auto de exibição e apreensão de fls. 08/09, do laudo de constatação de fls. 20/22, do laudo de exame químico-toxicológico de fls. 51/53 e da prova colhida no transcurso da ação penal.

E a autoria também restou incontestada. O réu foi preso em flagrante delito, porque trazia consigo, para fins de venda a terceiros, 32 porções de maconha, com peso líquido de 53,1g, além do celular Samsung, IMEI 354291424142609, que era produto de roubo anterior, existindo a certeza visual dos crimes.

A par disso, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório é isenta e incriminadora, emergindo absoluta certeza da prática dos delitos, exatamente como narrados na peça incoativa.

Com efeito, a vítima Juliane narrou que estava em frente ao seu trabalho e viu passar uma moto, que estava com a placa coberta por uma sacola, e tinha dois ocupantes. A moto voltou e os ocupantes anunciaram o assalto, subtraindo a sua bolsa com o seu aparelho celular e documentos. Acionou a polícia, registrou a ocorrência e tomou as medidas para bloquear as contas. Posteriormente, o telefone celular foi recuperado. Na delegacia, não reconheceu o indivíduo com quem seu celular foi recuperado como autor do roubo.

Os guardas municipais Nilson Gonçalves da Silva e Thiago Henrique Cerqueira Silva relataram que receberam notícia de tráfico em um ginásio, sendo passadas as características dos envolvidos. Se dirigiram ao local, e avistaram os indivíduos com as características informadas. O réu estava acompanhado de Julio e ambos tentaram fugir ao avistarem a viatura. O acusado portava uma sacola na mão, a qual dispensou e tentou se evadir. Abordados, com Julio foram encontradas duas porções de maconha, que afirmou ter comprado do acusado, e a quantia de R\$ 40,00 em espécie, ao passo que, com o acusado, foi localizada uma quantia em dinheiro e um celular, que, após consulta, constatou-se ser proveniente de crime anterior. O réu alegou que havia adquirido o celular de um usuário. Os guardas, ainda, apreenderam a sacola dispensada pelo acusado, onde foram localizadas as porções de entorpecentes. O local em que o réu estava era um ginásio, que estava aberto no dia e era frequentado por diversas pessoas.

Sobre o depoimento dos guardas, importante frisar que eles exercem função pública relevante e presumidamente cumprem a lei.

A propósito, assim já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (H.C. 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello).

Registre-se, ainda, que, em relação ao crime de roubo anterior, este também está documentado pelo Boletim de Ocorrência de fls. 42/45.

De seu turno, o réu permaneceu em silêncio, tanto na fase policial, quanto em Juízo.

Como se vê, a ala incriminadora da prova demonstra suficientemente a prática de receptação e tráfico de drogas, até mesmo porque, além de ter sido flagrado na posse de aparelho celular produto de roubo anterior, na posse do réu também foram encontradas diversas porções de maconha individualizadas, prontas para o comércio.

E o fato de o réu ser eventualmente usuário de drogas não elide a concomitante atividade de traficância, muitas vezes praticada para manter o próprio vício.

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente há hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP – RJTJSP 101/498).

Saliente-se, ademais, que o crime de tráfico é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Nesse sentido:

Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (TJSP – AC 20.239 – Rel. Geraldo Gomes – RT 584/347).

TÓXICO – Tráfico – Caracterização – Ré surpreendida com tóxicos acondicionados para venda – Flagrante verificado enquanto tentava desvencilhar-se do entorpecente – Prova segura da posse da substância e da materialidade – Condenação mantida – Recurso não provido. (Apelação Criminal nº 212.768-3 – Araçatuba – 1ª Câmara Criminal – Relator: David Haddad – 11.08.97 – V.U.)

A prova, como se nota, é plenamente desfavorável ao apelante, não restando dúvida quanto ao seu intuito comercial, levando-se em consideração a quantidade e forma de acondicionamento das drogas, bem como as circunstâncias que levaram à sua prisão em flagrante. O crime de tráfico de drogas restou bem tipificado e comprovado, não havendo se falar em absolvição ou mesmo em desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06.

Da mesma forma, irretocável a condenação pelo crime de receptação, na medida em que demonstrado que o réu, adquiriu e recebeu o celular Samsung, IMEI 354291424142609, que sabia ser produto de crime anterior.

O dolo é inquestionável. O réu não conseguiu dar explicação plausível para ter sido encontrado em sua posse o celular descrito na denúncia, produto de roubo anterior. Inclusive, ele permaneceu silente nas duas oportunidades em que ouvido, ou seja, em solo policial e em Juízo e, segundo os guardas municipais, ele teria dito que havia recebido o celular de um usuário, sem sequer indicar os dados qualificativos daquele que lhe entregou o objeto.

Não é crível que o réu desconhecesse a sua origem criminosa ou, ao menos, que não tivesse dúvidas quanto à origem lícita, pela ausência de nota fiscal ou de qualquer outro documento que legitimasse sua compra. Sabe-se que, em tais casos, inverte-se o ônus da prova.

Frise-se que a prova do dolo deve resultar da análise das circunstâncias que envolvem o fato, haja vista ser impossível a prova direta de que o receptador tinha ciência da ilicitude de sua conduta no momento do recebimento, aquisição ou ocultação da coisa.

Vale ressaltar, ainda, que a apreensão da *res* em poder do apelante inverte o ônus da prova.

Nesse sentido, o julgado desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECEPÇÃO - ARTIGO 180, "CAPUT" DO CP. - RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A ABSOLVIÇÃO PELA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. TESE DEFENSIVA NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA A RÉ. POIS O BEM ANTERIORMENTE ROUBADO FOI APREENDIDO CONSIGO. SEM MOTIVO JUSTIFICÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA - AUMENTO DA PENA EXACERBADO EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. Parcial provimento. (AP 0783841-52.2009.8.26.0577, rel. Paulo Rossi, 2ª Câmara de Direito

Criminal, Data do julgamento: 31/01/2011)

De tudo isso, mostra-se inviável a tese da absolvição ou de desclassificação também quanto ao delito de receptação. O crime está bem tipificado e comprovado.

Passa-se à análise das penas.

Receptação

A pena base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, porém, deve ser reconhecida a modalidade privilegiada prevista no § 5º, segunda parte, do art. 180 do Código Penal.

Trata-se de apelante primário à época dos fatos, que adquiriu e recebeu o celular Samsung, IMEI 354291424142609, o qual não teve seu valor avaliado nos presentes autos, estando presentes, assim, os requisitos legais para a concessão da benesse.

Dessa forma, reformo a r. sentença condenatória neste aspecto para fazer incidir ao apelante tão somente a pena de multa para o crime de receptação, estabelecida em 10 (dez) dias-multa, fixados no

piso mínimo legal.

Tráfico de Drogas

A pena base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, foi equivocadamente reconhecida a atenuante da menoridade relativa, porquanto o réu já tinha 21 anos completos (data de nascimento em 02.03.2003) na data dos fatos (15.04.2024).

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci, “[...], a referência é nítida quanto à idade da pessoa que possui menos de 21 e, obviamente, mais de 18”. (NUCCI, Guilherme de S. Código Penal Comentado - 24ª Edição 2024. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p.432).

Contudo, ausente recurso ministerial, e, de qualquer forma, ainda que reconhecida a atenuante, ela deixou de produzir efeitos, em respeito à Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Na etapa seguinte, correta a aplicação da causa de aumento previsto no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto), porque, consoante se infere do conjunto probatório colhido nos autos, o acusado foi flagrado com entorpecentes no Ginásio João do Pulo, local de atividades esportivas, de modo que, por estar no interior do ginásio, certo é que ele visava aos frequentadores do referido

local.

Ainda nesta etapa, deu-se a aplicação do redutor quanto ao crime de tráfico, pelo máximo legal.

Ademais, considerando a primariedade do réu e a ausência de antecedentes criminais e, ainda, uma vez aplicado o privilégio legal, no máximo, para o delito de tráfico de drogas, seguindo-se o entendimento dos Tribunais Superiores, deu-se a aplicação do regime aberto e de resposta penal substitutiva, uma vez preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Destarte, a r. decisão monocrática merece reparo apenas para que seja reconhecido o privilégio legal com relação ao crime de receptação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **afastadas as preliminares, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de reconhecer o privilégio legal para o crime de receptação, ficando o réu definitivamente condenado, à pena de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 180, *caput* e § 5º, segunda parte, do Código Penal, e à pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput* c.c. o § 4º, e art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prestação de serviços à comunidade, por igual prazo, e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, regulamentando-se na fase de execução, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos.

FERNANDO SIMÃO

Relator