



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000379471

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1511693-62.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados SIDNEY SEVERINO DA SILVA e MULLER FIDELIS RISSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso do Ministério Público, tão somente para, em relação a Sidney, dá-lo como incurso no artigo 28 da Lei 11343/06 e, em seguida julgar extinta sua punibilidade nos termos do inciso III do artigo 107 do Código Penal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



VOTO nº 22643

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1511693-62.2024.8.26.0228

COMARCA: São Paulo

VARA DE ORIGEM: Foro Central Criminal Barra Funda - 15ª Vara
Criminal

JUIZ(a) PROLATOR(a) DA SENTENÇA: *Manoela Assef Da Silva*

APELANTE: Ministério Público

APELADOS: Sidney Severino Da Silva e Muller Fidelis Risso

Vistos.

Trata-se de apelação criminal, interposta pelo **Ministério Público**, contra a r. sentença de fls. 153/159 (publicada aos 19 de setembro de 2024 – fl. 173), cujo relatório se adota, que absolveu **Sidney Severino Da Silva** da imputação de estar no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, II do Código de Processo Penal, bem como desclassificou a imputação em relação ao acusado **Muller Fidelis Risso**, para o art. 28 da Lei 11.343/06, julgando extinta a sua punibilidade, nos termos do “*inciso III do art. 107 do Código Penal*”.

Inconformado, apela o Ministério Público em busca da condenação dos réus, nos termos da denúncia, eis que “*a alegação dos apelados é fantasiosa e restou isolada nos autos. A prova dos fatos*”.

narrados na denúncia, como se pode notar, é material, flagrancial, testemunhal, firme e inequívoca. Isto porque, como ficou devidamente demonstrado nos autos que os apelados foram abordados pelos policiais em local conhecido como ponto de venda de drogas e em poder de considerável quantidade de entorpecentes e dinheiro em espécie. Não fosse só, os policiais notaram que os recorridos praticavam atos típicos do comércio ilícito de Neste ponto, os depoimentos prestados pelos policiais foram robustos e uníssonos e não foram descaracterizados". (sic). Em relação a dosimetria, pleiteou a "recorrido MULLER possui diversas condenações já transitadas em julgado, sendo certo que foi preso quando havia acabado de ser beneficiado com o regime aberto, devendo assim, pena base ser fixada acima do patamar mínimo legal, em face do que dispõe o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, diante da quantidade de droga apreendida e das circunstâncias do crime. Na segunda fase, deve ser reconhecida a reincidência. Na terceira fase, incabível o reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. No mesmo sentido com relação ao apelado SIDNEY, que também possui diversas condenações e é reincidente. Por fim, para o presente caso, em face das circunstâncias pessoais dos recorridos, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o FECHADO" (sic - fls. 176/186).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 199/204), o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento (fls. 215/217).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A preliminar que levou a absolvição de Sidney não procede.

Ora, a dinâmica evidenciada nas circunstâncias concretas

do caso ora em análise demonstra a existência de *fundada razão*¹ da situação flagrancial, necessária à flexibilização do constitucional direito à inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal²). Não se olvide de que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, prescindindo, portanto, de autorização judicial para a busca domiciliar, máxime em razão da efetiva apreensão de substâncias ilícitas de natureza variada (maconha, na forma de skunk, e cocaína).

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGAPROVIMENTO.1. O ingresso regular em domicílio alheio 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, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.2. O crime de tráfico de drogas atribuído ao envolvido tem natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente demandado judicial, desde que existam elemento

¹ STJ HC nº 598.051/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 02.03.2021, DJe 15.03.2021.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XI - 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.

suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial. 3. No presente caso, o ingresso dos policiais na residência foi precedido de diligências prévias e da prisão do acusado, em via pública, em frente a residência, com uma porção de cocaína. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 2045711 / MT, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/02/2023).

“Embora a Carta Magna tenha estabelecido a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), é preciso reconhecer, na forma como os Tribunais Superiores têm reiteradamente procedido, que tal direito não é absoluto, sendo inaceitável que a prerrogativa constitucional seja usada para acobertar e incentivar práticas ilícitas. Com esse propósito, a própria Constituição Federal ressaltou os casos em que é possível quebrar a inviolabilidade da casa, mesmo sem a autorização do morador, sem determinação judicial, sendo a ocorrência de flagrante delito uma dessas possibilidades. É o que ocorreu na hipótese, pois o delito de posse de arma de fogo é crime permanente, e a situação antijurídica se protraí no tempo enquanto perdurar a vontade do agente (de forma omissiva ou comissiva). Assim, o fato é que, enquanto não cessada a conduta proscrita, permanece a situação flagrancial e, portanto, não se evidencia irregularidade na conduta dos agentes públicos de entrar na residência onde estavam armazenadas as armas, especialmente após

receberem denúncia anônima e o recorrente empreender fuga para dentro do imóvel ao avistar sua aproximação.” (STJ. HC 639171 - Rel. Min. Humberto Martins. Publicado em 14/01/2021).

“O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo.” (STJ. AgRg no AREsp 1558876/GO - Rel. João Otávio de Noronha. Publicado em 14/12/2020).

“CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que se sustenta a nulidade do acórdão que manteve a condenação do paciente, ao argumento de que a prova colhida seria ilícita, posto que sua obtenção teria ocorrido com invasão de domicílio e à noite. II. A Carta da República, em seu art. 5º, inciso XI, assegura a inviolabilidade do domicílio, mas excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial. III. Caracterizado o delito de tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é própria, podem os agentes públicos adentrar o domicílio do suspeito,

independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa. Precedentes. IV. Ordem denegada” (STJ, Habeas Corpus nº 39.082/RS, Min. Gilson Dipp, 5ªTurma, j. 17.02.2005).

A propósito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese (Tema 280 de Repercussão Geral):

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (RE nº 603.616/RO, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015).

E, apenas para que não fique sem registro, a Suprema Corte, em recentes decisões, pronunciou-se, mais uma vez, a respeito da legalidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, no caso o tráfico de drogas, sem a necessidade de qualquer outra medida que a lei não exija, contrariando, assim, o entendimento que havia sido firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

*“PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO
REGIMENTAL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
TRÁFICO DE DROGAS. BUSCAE APREENSÃO
DOMICILIAR. FUNDADAS RAZÕES PARA
OINGRESSO NO IMÓVEL DEVIDAMENTE*

COMPROVADAS APOSTERIORI. OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES FIXADAS POR ESTA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...]. 6. *Em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, na modalidade 'guardar', a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime, como consignado no indigitado RE 603.616, portador do Tema 280 da sistemática da Repercussão Geral do STF. 7. Agravo Regimental a que se nega provimento.* (STF, RE 1466339 AgR Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 19/12/2023 Publicação: 09/01/2024).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: INC. XI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AFRONTA À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.” (STF, Recurso Extraordinário nº 1.447.939/SP, Relatora Ministra

Cármem Lúcia, julgado em 16.08.2023).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO: INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE DELITO. FUNDADAS RAZÕES PARA INGRESSO DOS POLICIAIS. CONSENTIMENTO DO MORADOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. 1. Verificado que o ingresso dos policiais na residência se deu a partir de fundadas razões —recebimento de denúncias acerca do tráfico de drogas e atitude suspeita do paciente que tentou empreender fuga ao avistar a viatura— e do consentimento do morador, inexistente nulidade. 2. Alcançar conclusão diversa quanto à ausência de consentimento para busca domiciliar, conforme decidido pelas instâncias antecedentes, demandaria o reexame do acervo fático-probatório, incabível na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (STF, HC 216677 AgR Órgão julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. ANDRÉ MENDONÇA Julgamento:21/11/2023 Publicação: 13/12/2023).

No mais, consta da exordial acusatória que:

“(…) no dia 11 de maio de 2024, por volta das 00h19min, na Rua Cardeal Arcoverde, 2435, Pinheiros, nesta cidade e comarca da capital, MULLER FIDELIS RISSO, qualificado e interrogado a fls. 09 e com fotografia a fls. 26 e SIDNEY SEVERINO DA SILVA, qualificado e

interrogado a fls. 10 e com fotografia a fls. 30, previamente ajustados e com unidade de desígnios e propósitos, traziam consigo e guardavam, drogas, em desacordo com determinação legal e regulamentar, consistentes em 10 porções de cocaína, pensando 4.8g (quatro gramas e oito decigramas), além de 29 porções de maconha, na forma de skunk, pesando 11g (onze gramas), substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, conforme auto de exibição e apreensão a fls. 19, laudo de constatação a fls. 21/24 e laudo pericial de exame químico-toxicológico a ser oportunamente juntado.

Segundo o apurado, na data dos fatos, os denunciados praticavam o tráfico de drogas, eis que traziam consigo e guardavam os referidos entorpecentes, certamente destinados à comercialização e entrega a terceiros.

Ocorre que, policiais militares, em patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de drogas, visualizaram o denunciado MULLER caminhando pela via pública, portando certo volume na cintura, razão pela qual resolveram abordá-lo.

Durante a abordagem, em revista pessoal, os policiais localizaram em poder do acusado MULLER, 15 porções de maconha, na forma de skunk, acondicionadas em frascos plásticos.

Indagado, informalmente, o denunciado

MULLER escreveu as características físicas do acusado SIDNEY, com quem pegou as substâncias entorpecentes, bem como a sua localização, a saber: uma barraca nas proximidades.

Ato contínuo, enquanto os policiais colocavam MULLER no interior da viatura, presenciaram o momento em que SIDNEY saiu de uma barraca, localizada nas imediações, ostentando as mesmas características apontadas, razão pela qual, resolveram abordá-lo.

Durante a abordagem, indagado, informalmente, SIDNEY indicou que guardava as substâncias entorpecentes no interior da referida barraca, bem como autorizou a entrada dos policiais. Em vistoria no interior da barraca ocupada por SIDNEY, os policiais localizaram 14 porções de maconha, na forma de skunk, acondicionadas em frascos plásticos, além de 10 “papelotes” de cocaína.

Os denunciados foram presos em flagrante delito.

Interrogados em sede policial, a fls. 09/10, respectivamente, os acusados permaneceram silentes.

As circunstâncias da prisão em flagrante, a apreensão de considerável quantidade e variedade de entorpecentes em poder dos denunciados, separados e embalados, prontos para a entrega a terceiros, em local conhecido como ponto de venda, evidenciam o intuito da

mercancia ilícita. Diante do exposto, denuncio à Vossa Excelência, MULLER FIDELIS RISSO e SIDNEY SEVERINO DA SILVA, qualificados nos autos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e requeiro que, recebida esta, seja instaurada a competente ação penal, nos termos do artigo 55 e seguintes da Lei 11.343/06, citando-os para interrogatório, ouvindo-se no decorrer da instrução as pessoas do rol abaixo, prosseguindo-se até final sentença e condenação.

(sic – fls. 167/168).

Finda a instrução processual, o MM. Juíza entendeu por bem a desclassificar a imputação com relação a Muller e absolver Sidney, pelo reconhecimento de prova obtida por meio ilícito, valendo dos fundamentos abaixo transcritos:

“Encerrada a instrução criminal, o Ministério Público pugnou pela condenação dos réus nos exatos termos da denúncia. Além disso, sustentou que: i) os réus ostentam maus antecedentes e, por conta disso, que a pena base deve ser fixada acima do mínimo legal; ii) a agravante da reincidência deve ser aplicada; iii) incabível a aplicação do redutor previsto no §4º da Lei 11.343/06; e iv) que seja fixado o regime inicial fechado.

Já a Defesa, em suas alegações finais, preliminarmente pugnou pela absolvição com

fundamento no artigo 386, III do CPP afirmando que a busca realizada na barraca do réu SIDNEY que resultou na apreensão da droga constitui prova ilícita, vez que o réu afirmou que os policiais ingressaram na sua barraca sem autorização. Portanto, ausente autorização e situação de flagrância, inegável que houve violação a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, prevista na art. 5º, inciso XI, CF. Assim, ilícita é a prova obtida e todas as provas decorrentes, tendo em vista a teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 5º, LVI, CF). Ainda, no mérito

pleiteou a absolvição dos réus por insuficiência probatória quanto a autoria do fato, com fundamento no artigo 386, VII do CPP. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06 uma vez que não fora apreendido dinheiro, anotações e não foram vistos atos de venda. Na hipótese de haver a desclassificação, pugnou pela absolvição do acusado MULLER com fundamento no artigo 386, III do CPP em vista do TEMA 506 do STF que decidiu que o porte de até 40g de maconha para consumo próprio não é crime. Subsidiariamente, em caso de eventual condenação, requereu: i) a fixação da pena base no mínimo legal; ii) aplicação do artigo 41 da Lei 11.343/06 em relação ao acusado SIDNEY; iii) a fixação de regime menos gravoso que o fechado; iv) a aplicação

do artigo 387, §2º do CPP, v) a gratuidade da justiça; e vi) a possibilidade de recurso em liberdade.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Preliminarmente, acolho a alegação de nulidade em razão do ingresso dos agentes na barraca do acusado SIDNEY que afirma não ter dado autorização para tanto.

Como é cediço, o domicílio goza de inviolabilidade em razão de expressa disposição constitucional, sendo certo que tal garantia fundamental não mitiga-se em razão de tratar-se, no caso concreto, de barraca.

A doutrina e jurisprudência consagraram o entendimento de que por domicílio, entende-se o espaço físico no qual o indivíduo goza de sua privacidade, nas suas mais variadas modalidades. Assim, o domicílio deverá ser entendido como qualquer compartimento habitado utilizada para moradia, profissão ou atividade.

Portanto, durante o dia, é possível o ingresso em domicílio nas seguintes hipóteses: com o consentimento do morador, em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou mediante determinação judicial.

Assim, verifica-se que para ingressar na barraca, os policiais militares deveriam ter obtido o consentimento do ocupante, ou ter apresentado elementos que justificassem, de

forma fundada, a ocorrência de crime permanente no local.

Ocorre que no caso concreto, em que pese os policiais afirmarem terem sido autorizados, o acusado nega veementemente essa circunstância e não há nos autos demonstração do contrário. Ao acusado impossível fazer prova negativa. De outro lado, os policiais afirmaram que estavam com as câmeras corporais ligadas e as filmagens que comprovariam a autorização dada, contudo tais imagens não estão nos autos. Assim, não há como deixar de reconhecer a ilicitude da busca policial e da prova dela decorrente.

Neste sentido a Tese firmado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Deve ser reconhecida a ilegalidade da busca domiciliar sem mandado judicial e, conseqüentemente, de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree), quando não há comprovação de que a autorização do morador para o ingresso na residência foi livre e sem vício de consentimento."

(Vide: HC 749281/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2022, DJe 04/08/2022. - Informativo de Jurisprudência N. 759; e Superior Tribunal de Justiça – Jurisprudência em Teses – Edição N. 237/2024). Assim, tenho que ilegal a busca domiciliar e as provas dela resultantes.

No mérito a ação penal é improcedente.

Vieram aos autos os seguintes elementos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 01), Boletim de Ocorrência (fls. 02/05), Termos de Depoimento (fls. 06/07 e 08), Auto de Exibição/Apreensão/Entrega (fls. 19), Laudo de Constatação (fls. 22/24), Relatório Final (fls. 74/75), Laudo Definitivo (fls. 144/146) e a prova oral colhida em juízo sob o crivo do contraditório.

A testemunha Leonardo da Silva Rodrigues, policial militar, relatou que estavam em patrulhamento próximo ao Largo da Batata. Vimos o individuo com um volume na cintura que parecia uma arma. Não vimos conversando com ninguém. Com ele, foi encontrado 15 porções de maconha, Muller. Ele admitiu o tráfico e disse que havia pego a maconha com um outro individuo numa barraca no Largo da Batata. Quando já detido o Muller, apareceu saindo da

barraca um individuo como Muller havia descrito. O abordamos, Sidney e revistamos a barraca e embaixo de um colchão havia mais maconha e também cocaína. Eu usava a copy quando ele autorizou entrar na barraca dele. Tinha outras barracas, mas não foi autorizada a revista. A droga encontrado com o Muller era semelhante a da barraca do Sidney. Sidney disse que guardava a droga e o Muller vendia. Anotação e dinheiro não me recordo de terem

sido encontrados. Eu não os conhecia de outras abordagens. Muller disse que era do interior e já havia sido preso no tráfico. O seu depoimento corroborou o cerne do quanto já havia declarado em solo policial (fls. 06/07).

A testemunha Richard Goulart Del Lama, policial militar, confirmou a versão do seu colega de farda. Vimos o Muller subindo em um local bem ermo e com volume na sua cintura. O local é conhecido pelo tráfico e também por roubo. Na abordagem localizamos a droga. Ele informou que havia pego a droga com outro individuo que ficava em uma barraca azul próxima. Vimos um individuo saindo de uma barraca com as características que o Muller passou. Outra viatura que contatamos conseguiu o deter. Em revista na barraca dele, após ele ter informado que tinha mais droga embaixo do colchão, encontramos a droga. Fizemos a abordagem em um casal da barraca do lado, mas eles não autorizaram a revista e como não havia atitude suspeita não prosseguimos. De acordo com o que eles falaram Muller pegou a droga com o individuo da barraca. Ele pegava e distribuía. Eu usava a câmera corporal na época. Perguntamos aos demais moradores, mas eles evitaram falar que Sidney seria traficante. Muller estava há mais de 50 metros da barraca. Tinha porções de maconha. Não lembra de mais qual outra droga.

Não lembra ao certo a quantidade de droga. O seu depoimento corroborou o cerne do quanto já havia declarado em solo policial (fls. 08). Em solo policial o réu MULLER FIDELIS RISSO permaneceu em silêncio (fls. 09). Em interrogatório judicial informou que na sexta tinha conhecido uma garota na Vila Madalena. Próximo as 21 hs eu desci para o Largo da Batata. Fui no Ragazzo comi. Na praça do Ragazzo tinha cerca de 4 pessoas fumando maconha. Eu me aproximei e pedi se tinham maconha. Pedi 6 gramas de maconha. Eles me entregaram as 15 porções de maconha. Eu subi para o ponto de ônibus quando eu fui abordado. Eles chegaram por trás de mim. Viram que eu estava com a substância. Eu falei que eu não era dali. Disse que eu não sabia que ali era ponto de tráfico. Eles perguntaram onde eu tinha comprado e eu apontei em direção a praça onde tinha umas barracas. A pessoa de quem eu comprei a droga não era o Sidney. Paguei R\$ 15,00 por grama. Deu R\$ 90,00. O rapaz estava de camisa vermelha e uma mochila nas costas. Eu apontei para onde ele entrou nas barracas. Eles me algemaram e colocaram na viatura e não viu quando eles abordaram o Sidney.

A droga que eu tinha comigo era para meu consumo, não era para vender. Eu estava cumprindo RA na rua. Eu compreendo que com as minhas passagens pode dar a entender

outra coisa. Mas eu não estava vendendo. Era para a minha pessoa. Ia fazer 5 cigarros e consumir. Eu não fui ouvido pela delegada.

Em solo policial o réu SIDNEY SEVERINO DA SILVA permaneceu em silêncio (fls. 10).

Em interrogatório judicial, na primeira parte declarou que tem 32 anos de idade. É solteiro. Tem uma filha de 12 anos de idade. Ela mora com a mãe. Estudou até 6ª série. Parou de estudar para trabalhar. Começou a trabalhar com 12 anos de idade. Trabalha de reciclagem. Mora em uma praça. No Largo da Batata, em Pinheiro. Vive ali. Reside em uma barraca. É nascido no Pará. Capanema. Veio para São Paulo há 5 anos. Já foi processado criminalmente antes por um furto de cobre. Aqui em São Paulo.

Sua Certidão de Distribuições Criminais (fls. 41/42) e sua Folha de Antecedentes Criminais (fls. 52/53) foram juntadas aos autos. O réu possui uma condenação anterior com trânsito em julgado: Autos nº 0008407-73.2022.8.26.0050 - Foro Central Criminal Barra Funda - 17ª Vara Criminal - Data do fato 19/08/2021 - Art. 155, § 4º, IV do CP - Trânsito em Julgado em 12/08/2022. Em relação aos fatos informou que tinha as drogas, dentro da sua barraca. Tem um rapaz que passa toda tarde de bicicleta para oferecer droga. Eu comprei para o meu uso. Eu não autorizei ninguém a entrar na minha barraca. Eu

vi os policiais mexendo nas barracas. Eu fui atrás para dizer para não mexer na barraca de um vizinho que tinha chegado do hospital e estava com problema no coração. Dai perguntaram qual era a minha barraca. Eu disse que era a azul. Mas eles já tinham pego a minha droga. Dai ele mandou eu dar dois passos para trás e me algemaram. Eu não conheço o Muller. Eu não entreguei droga para o Muller. Eu o conheci so na delegacia. Na delegacia eu não fui ouvido.

Estas são as provas trazidas pelas partes.

Do acusado SIDNEY SEVERINO DA SILVA

Considerada a preliminar acolhida, tem-se que as provas amealhadas contra o acusado SIDNEY padecem de ilegalidade. Dessa forma, impõe-se sua a absolvição do crime tipificados no art. 33 da lei 11.343/2006, não por ser propriamente inocente, mas pela ilegalidade e comprometimento da prova, o que a torna insuficiente, impondo-se, por conseguinte, a sua absolvição.

Neste sentido, destaco que os policiais confirmaram que não viram MULLER conversando SIDNEY. MULLER somente indicou que teria comprado os entorpecentes de uma pessoa, que teria descrito, em uma barraca no Largo da Batata.

Não bastasse o acusado MULLER negar tivesse adquirido a droga de SIDNEY, pelo quanto restou comprovado da prova oral, há

mais de uma barraca no local.

Assim, não tendo sido possível aos policiais reproduzir e explicar a descrição que receberam no dia do traficante, nem havendo elementos a comprovar a autorização de busca domiciliar, a alegação da defesa se torna inafastável.

Reconhecida assim a nulidade do procedimento policial com violação ao direito constitucional de inviolabilidade do domicílio do acusado, por afronta ao artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, nula a obtenção da prova.

Assim, ausentes prova em relação ao acusado SIDNEY, impõe-se sua absolvição.

Do acusado MULLER FIDELIS RISSO igualmente, em relação ao acusado MULLER a hipótese é de absolvição.

Com efeito, os policiais foram uníssomos em afirmar que abordaram MULLER em razão de o avistar andando com um volume na cintura e em local ermo.

Embora não tenham conseguido confirmar em juízo, em solo policial afirmaram que encontraram com MULLER 15 porções de maconha, fato que MULLER confessou em seu interrogatório judicial.

O Auto de Exibição e Apreensão de fls. 19 contém evidente equivoco posto que atribui toda a droga a MULLER. Ora evidente o equivoco, uma vez que parte da droga teria sido encontrada dentro da barraca de SIDNEY.

Assim, o que se tem por certo e indubitável é

que MULLER foi encontrado com 15 porções de maconha em pesagem inferior a 40 gramas, o que é possível concluir uma vez que todo o entorpecente encontrado conforme o auto de exibição e apreensão somou o total de 15,8 gramas.

Além do entorpecente, apenas um celular foi encontrado com o acusado. Não fora encontrado nem dinheiro, nem anotações ou quaisquer outros apetrechos que pudessem o relacionar a prática do tráfico de entorpecentes.

Assim, a quantidade de droga apreendida, a ausência de variedade e a ausência de outros apetrechos, somados à sua versão, tornam insuficientes os elementos dos autos para caracterizar o crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 em relação ao acusado MULLER.

Em outras palavras, não ficou bem demonstrado pelo conjunto probatório prova oral e depoimentos prestados em solo policial que a droga que estava em poder do réu MULLER tinha como destino a mercancia ilícita.

Em que pese o laudo pericial definitivo de fls. 144/146 atestar a natureza dos entorpecentes apreendidos, isto é, a presença de substâncias constantes na lista da Portaria SVS/MS 344/98, tem-se que tendo sido MULLER detido com maconha em quantidade inferior a 40 gramas, a hipótese, em tese, é desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06.

Contudo, considerando-se a recente decisão do

c. Supremo Tribunal Federal em 26.06.24, no RE 635659 de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, no Tema 506 da repercussão geral, que entendeu pela descriminalização do porte de droga para consumo pessoal a posse de cannabis, até o limite de 40g, verifica-se que a conduta do réu é atípica. Veja-se o tema 506 da repercussão geral: "Tese: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); 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".

Neste sentido o e. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (23 G DE MACONHA). ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDOTA. OBSERVÂNCIA DAS TESES FIXADAS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659/SP. PROVIMENTO QUE SE IMPÕE. DETERMINADA A REMESSA DOS AUTOS AO JECRIM COMPETENTE PARA A APURAÇÃO DO ILÍCITO ADMINISTRATIVO. 1. Em referência ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal, realizado

em 26/6/2024, verifica-se a necessidade de modificação na situação do agravante, haja vista a compatibilidade do caso concreto com as teses fixadas em sede de repercussão geral. 2. Em consonância com a decisão agravada, desclassificada a conduta do agravante para aquela tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que foram apreendidos 23 g (vinte e três gramas) de maconha, impõe-se o acolhimento do pleito. 3. Nos termos da impugnação do Ministério Público do Paraná, deve ser reconhecida extinta a punibilidade do

acusado, nos termos do art. 107, III do Código Penal, segundo o qual “extingue-se a punibilidade: III –pela retroatividade de lei que não mais considere o fato como criminoso”. [...] deve ser reconhecida extinta a punibilidade do réu, com a consequente remessa ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, nos termos da decisão paradigma (RE 635.659/SP) - (fl. 650). 4. Agravo regimental provido para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo agravante, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, conforme tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP" (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIALNº 2121548 – PR, Rel. Min. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j.14.08.24).

Assim, nos termos da jurisprudência dos tribunais superiores, impõe-se a extinção da punibilidade do acusado.

Diante do exposto, IMPROCEDENTE a ação penal, para ABSOLVER o acusado SIDNEY SEVERINO DA SILVA da imputação constante da inicial, com fundamento no artigo 386, II do Código de Processo Penal, bem como para desclassificada a imputação em relação ao acusado MULLER FIDELIS RISSO, para o art. 28 da Lei 11.343/06, JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE, nos termos do inciso III do art.

107 do Código Penal e determinar a remessa de cópia dos autos ao Juizado Especial Criminal local para a apuração do ilícito administrativo. EXPEÇAM-SE ALVARÁS DE SOLTURA CLAUSULADOS(...)". (sic -fls. 153/159).

Respeitado o entendimento contrário, o **recurso merece parcial provimento**.

Inegavelmente, a prova dos autos não está a permitir a decisão condenatória por tráfico de drogas.

Inconteste a materialidade de delito referente a droga ilícita, comprovada pelo auto de Exibição/Apreensão das drogas (fl. 19), pelo laudo de Constatação e pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 22/24).

Quanto à autoria do crime, a prova dos autos faz concluir pela responsabilização dos apelados tão somente por porte de droga ilícita.

O policial militar **Leonardo da Silva Rodrigues**, na fase inquisitiva, narrou *"que faziam patrulhamento ostensivo, pelas imediações do Largo da Batata, região conhecida pela prática de tráfico de entorpecentes, quando, mais precisamente pela Rua Cardeal Arcoverde, 2435, avistaram um indivíduo, com certo volume em sua cintura. Diante das circunstâncias, optaram pela abordagem. Em busca pessoal foi localizado, na cintura de Müller, de 15 porções acondicionadas em pequenos frascos de plástico, contendo erva ressequida semelhante à maconha. Em entrevista informal com o indivíduo identificado como MULLER FIDELIS RISSO, este relatou ter pegado a droga, de um*

indivíduo que vestia uma camisa de cor branca, em situação análoga a de morador de área livre, em uma barraca. Ato contínuo, apontou o local, onde o indivíduo poderia ser localizado. Narram ainda que deram voz de prisão a Muller. Ocorre que instante após ser colocado no guarda-presos da viatura, um indivíduo, com as características informadas por Muller, saiu de uma barraca, caminhando no sentido oposto à viatura. Narram que realizaram abordagem ao indivíduo, o qual foi identificado como SIDNEY SEVERINO DA SILVA. Após entrevista, este informou que guardava certa quantidade de drogas, embaixo de um colchão dentro da barraca. Assim sendo, os militares diligenciaram até o local, sendo franqueada a entrada na barraca pelo próprio Sidney, onde encontraram 14 porções, acondicionadas também em pequenos frascos de plástico, contendo erva ressequida semelhante à maconha, além de 10 papérolas contendo pó branco semelhante à cocaína. Destarte, os agentes deram voz de prisão a Sidney. Ambas as partes foram conduzidas ao presente distrito, após a utilização de algemas, em razão de fundado receio de fuga” (sic – fls. 06/07). Em juízo, afirmou estarem em patrulhamento de rotina, quando visualizaram um indivíduo que trazia algo na cintura, aparentando, ser uma arma de fogo. Diante da fundada suspeita, procedeu-se à abordagem e busca pessoal do referido indivíduo, que foi identificado como Muller. Durante a busca, foi encontrada em sua posse uma quantidade de droga ilícita, posteriormente identificada como maconha (Skank). Ao ser indagado sobre a origem e o destino da droga, Muller informou que se destinava ao tráfico na região e que havia adquirido a droga de um indivíduo trajando camiseta branca, nas proximidades de uma barraca. Ato contínuo, a guarnição avistou um indivíduo com as características informadas por Muller. Realizou-se a abordagem e, ao ser questionado sobre o conteúdo existente na barraca, ele confirmou a presença de drogas ilícitas no local. Mediante autorização para ingresso na barraca, foi realizada busca no interior do recinto, onde foram localizadas, sob o colchão, 14 porções de maconha (Skank),

idênticas àquelas encontradas na posse de Miller, e 10 porções de cocaína. Diante dos fatos, foi dada voz de prisão aos envolvidos, sendo ambos conduzidos à delegacia para as providências cabíveis.

Richard Goulart Del Lama, também policial militar, na fase extrajudicial, prestou depoimento uníssono ao de sua colega Leonardo (fl. 08). Na segunda fase da persecução penal, aduziu que durante patrulhamento de rotina, a guarnição visualizou um indivíduo que apresentava volume suspeito na região da cintura. Considerando tratar-se de área conhecida pelo intenso tráfico de drogas, optaram por realizar a abordagem do suspeito. Procedida a busca pessoal, constatou-se que o indivíduo, identificado como Muller, portava drogas ilícitas. Ao ser questionado, Muller confessou que adquiria a droga de uma pessoa e revendia para outra, indicando que a primeira se encontrava a poucos metros do local, trajando camiseta branca e em uma barraca azul. Diante das informações, foi solicitado apoio de outra viatura, que localizou e abordou o indivíduo com as características informadas. Em entrevista, o segundo indivíduo confirmou que armazenava drogas sob um colchão e autorizou a entrada da guarnição na barraca. Realizada a busca no interior do local, foram encontradas drogas ilícitas. Diante dos fatos, foi dada voz de prisão aos envolvidos.

O apelado **Muller Fidelis Risso**, perante a autoridade policial, exerceu seu direito constitucional ao silêncio” (sic – fl. 09). Sob o crivo do contraditório, o apelante negou a prática do delito de tráfico de drogas, alegando que, na data dos fatos, foi a um local para jantar, ocasião em que visualizou quatro indivíduos fazendo uso de drogas. Indagou-lhes se possuíam drogas para comercialização e adquiriu 6 (seis) gramas de maconha, retirando-se em seguida. Posteriormente,

enquanto aguardava no ponto de ônibus, foi abordado por policiais, aos quais confirmou o local onde havia adquirido as drogas. Contudo, negou ter efetuado a compra com uma pessoa de nome Sidney, esclarecendo que pagou o valor de R\$ 15,00 (quinze reais) por grama, totalizando R\$ 90,00.

De seu turno, o apelado **Sidney**, em solo policial, permaneceu em silêncio. (fl. 10). Em juízo, alegou que adquiriu as drogas, como costumeiramente faz, de um indivíduo que transita diariamente pelo local praticando o espúrio comércio, sendo que as adquiriu para consumo próprio. Alegou, mais, que não autorizou a entrada dos policiais militares em sua barraca. Alegou, ainda, que ao perceber que os policiais estavam vistoriando as barracas vizinhas, foi até eles para solicitar que não o fizessem na barraca de um vizinho, pois ele tinha acabado de chegar do hospital e precisava de repouso. Na ocasião, foi questionado sobre qual seria sua barraca e, nesse momento, foi informado pelos agentes sobre as drogas que já haviam sido apreendidas em seu interior. O apelante negou conhecer indivíduo identificado como Muller e, igualmente, negou qualquer envolvimento com a prática do crime de tráfico de drogas.

Como se vê, não a prova segura, por mais que se queira fazer o contrário, que os apelados estavam a traficar.

Aliás, a narrativa das razões de apelação referente a conduta de cada apelado sequer encontra moldura na prova produzida nos autos, como se se referisse a outros fatos. Nem mesmo dinheiro foi apreendido nos autos, também, não há se sequer unicidade quanto aos depoimentos das testemunhas, em ambas as fases da persecução penal, sobre os apelados terem afirmado que as drogas se destinavam ao tráfico. E, também pelo o que se constata, a abordagem e a prisão de

Sidney teriam se dado por outra guarnição policial.

Que o tráfico ocorre no local dos fatos é inegável, ou seja, é público e notório; assim como é público e notório de que lá também ocorrem crimes contra o patrimônio, além de pelo local “residirem”, de maneira sub-humana, pessoas ligadas a tais crimes ou não; muitas delas usuárias de drogas ilícitas.

Claro está, pois, que não há prova segura a permitir a condenação dos apelados por grave crime de tráfico de drogas.

Por outro lado, é fato que as drogas apreendidas (Skank e cocaína) nunca permitiriam o reconhecimento de que a posse delas seria fato atípico, no entanto o Ministério Público não formulou o pleito de responsabilização dos apelados, subsidiariamente, por porte de droga ilícita na esfera penal, o que está a impedir a alteração da situação fática de Muller, estabelecida na r. sentença recorrida.

Porém, em relação a Sidney, como a pretensão do recurso é de condenação por tráfico de drogas e houve sua absolvição em primeira instância, é viável em sede de apelação o reconhecimento ao menos do porte de droga ilícita também por ele.

Mesmo assim, ante o princípio da equidade, tendo em vista as situações fáticas constatadas em relação a cada um dos apelados, que não se mostram dissociadas, quanto a Sidney, há de ser decidido igualmente, ou seja, com reconhecimento da atipicidade penal.

Ante exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso do Ministério Público, tão somente para, em relação a Sidney, dá-lo como incurso no artigo 28 da Lei 11343/06 e, em seguida julgar extinta sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

punibilidade nos termos do inciso III do artigo 107 do Código Penal.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Relator
(assinado eletronicamente)