



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000394969

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 2032600-69.2025.8.26.0000/50000, da Comarca de Itápolis, em que é agravante CAIRO JOSE TOMAZINI ANTONIO, é agravado COLENDO SEGUNDO GRUPO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA, EUVALDO CHAIB, LUIZ ANTONIO CARDOSO, TOLOZA NETO, CAMILO LÉLLIS, EDISON BRANDÃO, ROBERTO PORTO E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

MARCIA MONASSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº **6931**

Agravo Interno Criminal nº **2032600-69.2025.8.26.0000/50000**

Relatora: **Desembargadora Marcia Monassi**

Órgão Julgador: **Segundo Grupo de Câmaras Criminais**

Processo de origem: 1500492-71.2020.8.26.0274

Agravante: Cairo José Tomazini Antônio

Agravado: Colendo Segundo Grupo de Câmaras Criminais

EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO CRIMINAL. REVISÃO CRIMINAL. RECURSO NÃO PROVIDO. I. Caso em Exame

Agravo Interno Criminal interposto por Cairo José Tomazini Antônio visando reconsideração de decisão monocrática que não conheceu ação de revisão criminal. O agravante busca reforma de acórdão que manteve sentença condenatória por tráfico de drogas, com pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em verificar (i) possibilidade de nulidade das provas por violação de domicílio e ilegalidade na atuação de guardas municipais; (ii) desconstituição do trânsito em julgado com base na tese do STF sobre presunção de usuário de cannabis. **III. Razões de Decidir** 3. A revisão criminal não cabe como segunda apelação, devendo fundamentar-se em hipóteses do artigo 621 do CPP, o que não ocorreu. 4. A defesa não suscitou nulidades durante o processo, ocorrendo a preclusão. A presunção de usuário foi afastada pelas circunstâncias da apreensão das drogas e prisão do acusado, evidenciando o tráfico de drogas.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A revisão criminal não se presta à reapreciação de provas já examinadas. 2. As circunstâncias que envolveram a prisão e apreensão das drogas evidenciam o tráfico de drogas. **Legislação Citada:** Código de Processo Penal, art. 621; Constituição Federal, art. 5º, XI; Lei nº 11.343/2006, art. 33; **Jurisprudência Citada:** STF, RE nº 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2015; STJ, AgInt no AREsp nº 1734523 - RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 16/08/2021; STJ, HC nº 617.877/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/12/2020; STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 28/08/2023; STF, RE nº 608.588, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 28/08/2023; STJ, AgRg no HC nº 768.624/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/03/2023.

Trata-se de Agravo Interno Criminal interposto por **Cairo José Tomazini Antônio** objetivando a reconsideração da r. decisão monocrática de fls. 79/90, que não conheceu a ação de revisão criminal por ele ajuizada.

O agravante repisa os argumentos trazidos na inicial, buscando a reforma do v. Acórdão prolatado no âmbito da ação penal nº. 1500492-71.2020.8.26.0274 (fls. 276/289 da origem), cujo trânsito em julgado ocorreu em 15 de setembro de 2022 (fls. 294), que, negou provimento ao recurso defensivo para manter, na íntegra, a r. sentença que condenou o ora peticionário ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo-o como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Alega a defesa, em síntese, que o julgado merece ser reformado. Busca, preliminarmente, a nulidade das provas obtidas por meio de violação de domicílio e por ilegalidade da atuação de guardas municipais nas campanhas e no flagrante. Alega, ainda, que o trânsito em julgado do v. Acórdão deve ser desconstituído em decorrência da decisão prolatada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, que firmou a tese de repercussão geral e estabeleceu o Tema 506, no sentido de que será presumido usuário quem adquirir, guardar, depositar ou transportar até

40g (quarenta gramas) *de cannabis sativa L* ou seis plantas fêmeas. Ressalta a possibilidade de imediata aplicação do entendimento jurisprudencial ao requerente, tendo em vista que foi detido na posse de 17,7g de “maconha” e negou a intenção de tráfico (fls. 1/23).

Assim, pugna pela reforma da decisão para que seja conhecida a ação revisional e, ao final, que seja julgada procedente, com a consequente absolvição do peticionário nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Inicialmente, segundo consta da decisão monocrática impugnada, em que pese as reiteradas alegações do autor, deve-se ter em vista que a revisão criminal é ação penal de competência originária da segunda instância proposta para desconstituir sentença condenatória transitada em julgado.

Conforme se extrai do art. 622 do Código de Processo Penal, a revisão criminal pode ser ajuizada a qualquer momento, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo cabível nas seguintes hipóteses do art. 621: a) decisão contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; b) decisão embasada em

depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos e; c) após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

No caso, o autor sequer fundamenta sua insurgência em um dos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, sendo evidente que pretende utilizar-se desta ação como segunda apelação.

Pretende o agravante novamente trazer à baila o quanto decidido nos autos da ação originária nº 1500492-71.2020.8.26.0274.

Oportuno dizer que a revisão criminal não cabe como mero instrumento de reapreciação. De acordo com Julio Fabbrini Mirabete¹: *“a revisão, porém, não é uma segunda apelação, não se prestando à mera apreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo, pois que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação”*.

Ademais, a decisão monocrática ora questionada apreciou eficiente e detalhadamente o pleito revisional, concluindo pela ausência de seus requisitos, já que empregada, na verdade, como segunda apelação.

E, como visto, o v. aresto que se pretende desconstituir

¹ Processo Penal. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 2003, pág. 720.

analisou, pormenorizadamente, todas as provas da materialidade e da autoria.

O ora peticionário foi denunciado, processado e condenado porque, no dia 19 de junho de 2020, por volta de 6h, na residência localizada Rua Leiteiro, nº 39, fundos, Centro, na Comarca de Itápolis, guardava e mantinha em depósito, para venda clandestina, 17,70 gramas de maconha, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Narra a denúncia de fls. 154/156 da origem:

“O denunciado se dedica ao tráfico ilícito de drogas, razão pela qual guarda e mantém em depósito em sua residência o entorpecente “maconha”. Ocorreu que, após minuciosa investigação, policiais civis constataram que Cairo exercia o tráfico de entorpecentes em sua residência, já que no local foi observada uma movimentação de usuários, típica de pontos de venda de drogas, onde eles adquiriam do denunciado o entorpecente “maconha”. A traficância exercida pelo denunciado pode ser constatada pelas imagens obtidas pelos policiais, durante campanhas realizadas no local, conforme relatório de investigação de fls. 75. Desta forma, em diligência no local, os policiais obtiveram êxito em apreender na cozinha da residência de Cairo uma porção de maconha que se destinava ao tráfico, bem como demais objetos, como uma balança de precisão utilizada para o preparo da droga que vendia, e que apresentava resquícios do entorpecente (vide

laudo pericial de fl. 91). Também foram apreendidos com o denunciado telefones celulares e a quantia de R\$ 160,00 proveniente da venda ilícita de drogas (vide auto de exibição e apreensão de fls. 9/10). Diante da localização da droga, Cairo foi preso em flagrante delito. Ainda em sede de investigações, com a degravação dos dados dos celulares apreendidos em poder de Cairo, foi possível identificar conversas em que ele notoriamente exerce a negociação e venda de drogas com diversos usuários (vide relatório de investigação de fls. 108 e degravação das conversas de fls. 110/147, e laudos periciais de fls. 97, 100 e 105). Por fim, em razão das campanhas realizadas, um dos usuários filmados adquirindo droga no local foi abordado logo após deixar o ponto de venda, e com ele foi localizada uma porção de maconha comprada anteriormente de Cairo, conforme boletim de ocorrência nº773/20 de fls. 81.”

Após o regular trâmite dos autos perante a 2ª Vara da Comarca de Itápolis, foi condenado ao cumprimento da pena de 5 (cinco) e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

A defesa interpôs recurso de apelação e a C. 8ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo, mantendo, assim, a r. sentença condenatória, na íntegra (conforme v. Acórdão acostado às fls. 276/289 da origem).

O trânsito em julgado ocorreu em 15 de setembro de 2022

para a acusação e em 14 de setembro de 2022 para a defesa, conforme certificado às fls. 294 da origem.

Ressalte-se que não houve insurgência da defesa durante o regular trâmite do processo, nem mesmo em sede de apelação, quanto à suposta a nulidade das provas obtidas por meio de violação de domicílio e por ilegalidade da atuação de guardas municipais nas campanhas e no flagrante.

Não obstante, é na apelação que a defesa deve esgrimir todos os seus argumentos, não podendo fazê-lo de forma parcelada, a cada nova ideia que lhe ocorre, pois o que vige é o princípio da unirrecorribilidade. Nesse sentido, não cabe à defesa manejar nova apelação ainda que sob nomenclatura diversa, buscando emplacar argumento que poderia ter sido utilizado desde o início da persecução penal.

Dessa forma, considerando que a defesa, em nenhum momento durante o curso do processo, suscitou as nulidades agora aventadas, tais questões encontram-se definitivamente abarcadas pela preclusão.

Curial registrar que, se a parte se sentir prejudicada em razão de nulidade, deve sustentar sua ocorrência na primeira oportunidade em que se pronuncia nos autos.

Com efeito, é entendimento pacífico no Colendo Superior Tribunal de Justiça que a “nulidade de algibeira”, não se coaduna com o

princípio da boa-fé.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES NA ORIGEM. EMENDA À INICIAL PARA JUNTADA DO COMPROVANTE DE ENTREGA DA MERCADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE DOCUMENTOS. SUSCITAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento desta Corte, a ausência de intimação deve ser alegada na primeira oportunidade que a parte interessada tiver de se manifestar nos autos. A suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, ainda que apresentados embargos do devedor, cumpre ao magistrado determinar a emenda da inicial, permitindo ao exequente a juntada do comprovante da entrega da mercadoria. Precedentes. 3. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.” STJ - AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1734523 - RJ (2020/0185753-8), Quarta Turma, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, j. em 16/08/2021).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. VÍCIO NÃO ALEGADO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE. DEFEITO RELATIVO. PRECLUSÃO. NULIDADE DE ALGIBEIRA. PRÁTICA NÃO TOLERADA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. A questão relativa ao suposto cerceamento de defesa alegado pelo impetrante não foi objeto de prévio debate pelas instâncias ordinárias, inviabilizando sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça sob pena de indevida supressão de instância.
3. Quanto ao vício relativo à inobservância da competência territorial, verifica-se que a Corte de origem, ao analisar o pleito defensivo, aduziu que a defesa manteve-se silente durante todo o curso da instrução, levantando o vício apenas na apelação, o que resulta na preclusão do defeito alegado.
4. Além disso, o fato de não ter alegado o vício na primeira oportunidade caracteriza a chamada nulidade de algibeira. Esse procedimento é incompatível com o princípio da boa-fé, que norteia o sistema processual vigente, exigindo lealdade e cooperação de todos os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual.
5. O pedido de absolvição, nos termos apresentados, não é condizente

com a via eleita, porquanto, para desconstituir o entendimento da Corte a quo, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 617.877/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 7/12/2020.)

E ainda que assim não fosse, as nulidades alegadas são totalmente improcedentes.

Não há falar-se em nulidade do processo por prova ilícita obtida por meio de violação de domicílio.

A Constituição da República, em seu art. 5º, XI, dispõe a respeito da proteção do domicílio, o qual, em regra, é inviolável, salvo exceções apresentadas no próprio texto: a) consentimento do morador; b) flagrante delito; c) prestação de socorro; d) em caso de desastre; e) durante o dia, mediante prévia determinação judicial em diligência de busca e apreensão.

No julgamento do Recurso Especial nº 603.616 – RO, reconhecida a repercussão geral Tema 280, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento pelo qual “*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.”

Essa orientação, como deixa claro o aresto da Corte Suprema, pode ser aplicada quando do cometimento de crimes permanentes, considerados como aqueles que a execução se protraí no tempo.

Nessa toada, dentre os crimes que se caracterizam como permanentes estão o tráfico de drogas, o que permite a prisão em flagrante a qualquer momento.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CRIME PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PRESCINDIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que os policiais civis, dando cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido em procedimento investigatório (Operação Calibres), se depararam com um sobrado com duas escadas externas, sem nenhuma indicação sobre a numeração das casas, razão pela qual a equipe se dividiu e ingressou em ambos os imóveis.

2. Embora a diligência tenha sido realizada em aparente extrapolação dos limites da ordem judicial, para alcançar também a outra casa, "em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de entorpecentes e de posse irregular e posse ilegal de arma de

fogo, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio de quem esteja em situação de flagrante delito, não havendo que se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida." (AgRg no RHC n. 144.098/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 24/8/2021).

3. Contexto fático que evidenciou, de maneira suficiente, a ocorrência de crime permanente e a existência de situação de flagrância apta a mitigar a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio e permitir o ingresso dos policiais em endereço diverso daquele contido na ordem judicial.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 768.624/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

Portanto, ainda que a defesa alegue que o mandado de busca e apreensão não tinha como alvo o requerente, mas sim uma terceira pessoa de nome Vitória, com indicação de cumprimento no imóvel situado na Rua Leiteiro, n.º 39, residência da frente, a ação policial foi amparada por fundadas razões, diante da possibilidade de flagrante pela prática de crime, com base nos elementos que os agentes públicos detinham naquele momento.

Ao contrário do que argumenta a Defesa, pois, não houve transgressão ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio do acusado.

Tampouco há que se falar em nulidade pela atuação do guarda municipal Cristiano. Compulsando os autos observa-se que o guarda municipal apenas prestou apoio à Polícia Civil, o que, por si só, não configura qualquer nulidade.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 995, afastou-se a tese de ilegalidade na atuação dos guardas municipais, conforme pretendido pela Defesa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. LEGÍTIMA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI Nº 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública. 2. Essa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, fez com que o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 846.854/SP, reconhecesse que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF). 3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema

Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII). 4. O quadro normativo constitucional e jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida e julgada procedente para, nos termos do artigo 144, §8º da CF, CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO aos artigos 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública. (ADPF 995, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. 28/08/2023).

Outrossim, em recentíssimo julgamento do Tema 656 da Repercussão Geral- RE 608.588, a Corte Suprema fixou a seguinte tese: *“É constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança urbana pelas Guardas Municipais, inclusive policiamento ostensivo e comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária, sendo submetidas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso VII, da CF. Conforme o art. 144, § 8º, da Constituição Federal, as leis municipais devem observar as normas gerais fixadas pelo Congresso Nacional”*.

Ademais, cabe dizer que, o efetivo cometimento do delito impede a alegada nulidade da atuação dos GCMs. Conforme o artigo 301 do CPP, qualquer do povo pode efetuar a prisão em flagrante.

Assim, a condição de guarda municipal não afasta essa permissão legal, que se encontra em conformidade com o artigo 5º, incisos LXI, da Constituição Federal”.

Verifica-se, no mais, que a condenação do ora peticionário como incurso nas penas do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 foi acertada, por tratar-se de pessoa com a intenção de vender as porções de droga apreendidas, e não de consumi-las.

Conforme bem constou do v. acórdão que se pretende rescindir:

“Após apurada investigação, em que policiais civis observaram, na residência do acusado, movimentação típica de ponto de tráfico, onde usuários dele adquiriam maconha. Conforme relatório de investigação (fls. 75), durante campanhas, foram coletadas imagens do local, indicando o exercício da traficância. Em diligência ao local, os policiais apreenderam, na cozinha da residência do denunciado, uma porção de maconha, destinada à mercancia ilegal, além de uma balança de precisão, utilizada para o preparo da droga, que continha resquícios de maconha. Apreendidos, também, telefones celulares e a quantia de R\$160,00 proveniente da venda ilícita de drogas. Com a degravação dos dados dos celulares apreendidos, foram identificadas conversas sobre negociação de venda de drogas com diversos usuários. Durante as campanhas, pelas filmagens, um dos usuários que adquirira droga foi identificado, e restou abordado quando deixava o local. Conforme registrado no boletim de ocorrência 773/20 (fls. 81), ele comprou a

droga de Cairo.”

Em que pese o inconformismo da defesa, não é o caso de ser reconhecida a atipicidade da conduta do ora peticionário.

O Colendo Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema 506):

“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.” (grifei).

Muito embora a quantidade de droga apreendida seja inferior a 40g (quarenta gramas) e o ora requerente tenha afirmado, em juízo, que a substância se destinava ao próprio consumo, as circunstâncias de sua prisão em flagrante revelam que, em verdade, a “maconha” apreendida seria vendida.

Pelas circunstâncias concretas do caso, assim, está afastada a presunção relativa de que é usuário *“quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas”*.

Outro não é o entendimento do ilustre signatário do parecer de fls. 66/76:

“No caso, o intuito mercantil da guarda da droga ficou bem demonstrado, porque os policiais visualizaram movimentação típica de usuários de drogas na casa do requerente e, além de ele ter

balança de precisão, com resquícios de droga em sua casa, o aparelho celular dele foi periciado e apontou diversas conversas em que ele comercializava entorpecentes, afastando a presunção de que a droga se destinava ao seu consumo pessoal.”

Reputo, pois, que inexistente contrariedade a texto expresso de lei ou à evidência dos autos, na hipótese.

Note-se que a Defesa não trouxe qualquer elemento novo que destoe daqueles anteriormente constantes na demanda original.

Posto isso, **nego provimento** ao recurso para manter a r. decisão, na íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

MARCIA MONASSI
Relatora