



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000710216

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501294-53.2021.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ROBSON APRIGIO BELARMINO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso de apelação, para afastar a condenação do réu pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, desclassificando a imputação para posse de drogas para uso pessoal (art. 28, da Lei de Drogas), fixando-se pena de 3 meses de prestação de serviços à comunidade, a ser definido pelo juízo da execução. V.U. Expeça-se alvará de soltura clausulado., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente), XISTO ALBARELLI RANGEL NETO E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 1º de setembro de 2022.

MARCELO SEMER
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1501294-53.2021.8.26.0559
COMARCA: SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – 2ª. VARA CRIMINAL
APELANTE: ROBSON APRIGIO BELARMINO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
VOTO Nº 21332

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença que julgou procedente a ação, condenando o réu a 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 583 dias-multa. Alegação de nulidade da atuação da Guarda Civil Municipal. Inocorrência. Guardas que atuaram dentro de sua regular competência, a partir de fundada suspeita de situação de flagrância, nos termos do art. 240, §2º, do Código de Processo Penal. Desclassificação da imputação para posse de drogas para uso pessoal (art. 28, da Lei n.º 11.343/06). Cabimento. Guardas civis que não presenciaram atos mercantis, além de ser irrisória a quantidade de droga apreendida (6 gramas, entre cocaína, crack e maconha), desacompanhada de outros petrechos ou anotações do tráfico. Réu que negou o tráfico em juízo, afirmando que reconhece apenas a maconha, desconhecendo as demais substâncias, e que apenas estava em “social” com amigos quando foi abordado. Quantia de R\$ 75,00 em dinheiro, encontrada com o réu na abordagem policial, que pode ser fruto de seu trabalho como pintor, tendo demonstrado por meio de declaração de empregador que exercia trabalho remunerado. Laudo pericial no telefone celular do réu que não concluiu pela presença de arquivos ligados ao tráfico. Insuficiência probatória na caracterização do delito de tráfico de drogas. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido para afastar a condenação do réu pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, desclassificando a imputação para posse de drogas para uso pessoal (art. 28, da Lei de Drogas), fixando-se pena de 3 meses de prestação de serviços à comunidade, a ser definido pelo juiz da execução, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado.

Trata-se de apelação interposta pelo réu Robson Aprigio Belarmino contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal que lhe imputava o crime de tráfico de drogas, condenando-o à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, além de 583 dias-multa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Entendeu a r. sentença (fls. 212/221), em resumo, que: (i) a materialidade do delito restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão, laudo de constatação prévia de entorpecente e laudo do exame químico-toxicológico; (ii) quanto à autoria, também não há dúvidas, tendo os guardas municipais que efetuaram a abordagem dito que, após denúncia de popular, se encaminharam ao local indicado por ele e ali encontraram as pessoas de nome Victor e Robson. Com Robson foram encontradas 33 porções de crack, 16 porções de cocaína e 3 porções de maconha, além de um celular, um dixavador e R\$ 75.00; (iii) embora testemunhas de defesa e o próprio réu, em juízo, tenham encampado versão no sentido de que o réu Robson apenas fazia uso de drogas com amigos quando foi abordado, e que não estava com as drogas indicadas pelos guardas, mas apenas com a maconha, prevaleceu a versão dos guardas, já que harmônicas durante as fases do processo; (iv) a versão encampada pelo réu, em juízo, no sentido de que os guardas estavam procurando outra pessoa e, como não acharam, prenderam o réu para “fechar o plantão”, bem como de que os guardas o teriam chamado de “pretinho”, não convence, já que não havia relatado isso no interrogatório na fase policial, mesmo acompanhado de advogado; (v) não bastasse, a abordagem feita ao réu não foi fortuita, mas após informação de que traficava, tendo o próprio réu admitido que estava no local fazendo uso de substâncias ilícitas com outras pessoas e que “Felipe” teria levado a droga para eles; (vi) quanto à aventada ilegalidade da prisão efetuada por guardas civis municipais, não prospera no presente caso, por ser o tráfico de drogas delito permanente, possível a prisão por qualquer do povo. Ademais, os guardas agiram dentro da atribuição a eles conferida, pois surpreenderam o réu em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

flagrante, com 33 porções de crack, 16 porções de cocaína e 3 porções de maconha, o que integra a atuação preventiva e permanente para proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais; (vii) não há como se acolher a pretensão de desclassificação da conduta para posse de droga para uso próprio, considerando as circunstâncias e a quantidade de entorpecente apreendido; (viii) em dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa; (ix) na segunda fase, pela reincidência, aumentou-se a pena em 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa, que fica definitivamente fixada, ausentes causas de aumento ou de diminuição na terceira fase; (x) inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por insuficiente à reprovação da conduta, afastando-se, ainda, a aplicação do redutor do tráfico, ante a reincidência; (xi) fixou-se o regime fechado, ante ao fato de se tratar de crime equiparado a hediondo, inviável a aplicação da detração, ficando denegado o direito do réu de recorrer em liberdade.

Recorre o réu Robson (fls. 225/234) afirmando, em suma, que: (i) na ocasião dos fatos, estava em frente à residência de um amigo, em companhia de várias pessoas, todos sentados ouvindo música, consumindo álcool e compartilhando drogas, quando um vizinho acionou a guarda municipal, que acabou com sua diversão; (ii) não havia situação de flagrante, motivo pelo qual os guardas municipais não possuíam competência funcional para efetivar a abordagem e a revista pessoal no réu, se tratando de “averiguação de denúncia anônima”; (iii) o apelante foi escolhido pelos guardas municipais pois já tinha



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenação e foi humilhado pelos agentes, que o ofenderam com base na cor de sua pele; (iv) o apelante não foi encontrado em flagrante delito, pois o denunciante anônimo não indicou o local onde o apelante estava, tendo os agentes encontrado ele e outras pessoas sentadas e efetuado busca pessoal, à margem da legalidade; (v) não havia fundada suspeita a autorizar a busca pessoal, eis que o apelante e um amigo estavam sentados na calçada, não havendo motivo para serem abordados; (vi) a busca pessoal é inválida, pois ocorreu em típica atividade de investigação sobre a ocorrência do crime de tráfico de drogas, inaugurada após denúncia anônima e fora das atribuições legais das autoridades públicas.

Houve contrarrazões do MPSP (fls. 252/254), além de parecer da PGJ, pelo desprovimento do recurso (fls. 309/311).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de recurso por meio do qual se pretende a invalidação da abordagem feita pelos guardas municipais, por ilegal, com a absolvição do réu.

É dos autos que, em 04.09.2021, por volta das 20h00, na cidade de São José do Rio Preto, guardas civis em patrulhamento foram abordados por popular em motocicleta, que indicou local onde dois indivíduos estariam praticando tráfico de drogas. Os guardas, então, se dirigiram ao local indicado, onde identificaram o apelante Robson e outro indivíduo, de nome Victor, localizando com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Robson, em busca pessoal, 33 porções de crack, 16 porções de cocaína e 3 porções de maconha, todas embaladas individualmente para comércio, além de um celular, um dixavador e R\$ 75,00. Com Victor nada de ilícito foi encontrado. Indagado, o apelante Robson afirmou que a droga era para seu consumo pessoal. Foram encontrados na calçada defronte a uma residência, porém nenhum deles morava no local.

Foi o réu, então, preso em flagrante em 04.09.2021, sendo convertido o flagrante em preventiva no dia seguinte (fls. 66/68). Posteriormente, foi denunciado como incurso no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, pelo crime de tráfico de drogas.

Inicialmente, no caso dos autos, não foram extrapoladas as funções típicas da Guarda Municipal. Conforme reconhecido pela jurisprudência do STJ, a busca e apreensão feita a partir de fundada suspeita de flagrância, nos termos do art. 240, §2º, CPP, é atividade permitida à Guarda Civil Municipal, não havendo abuso de função:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO FLAGRANCIAL ILEGAL. GUARDA MUNICIPAL PODE PROMOVER PRISÃO EM FLAGRANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A primeira parte do art. 301 do Código de Processo Penal autoriza a qualquer do povo prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Desse modo, inexiste ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas municipais. 2. Conforme compreensão da Sexta Turma desta Corte Superior, havendo fundada suspeita a configurar situação de flagrante delito, mostra-se lícita a abordagem pessoal feita pela Guarda Civil Municipal, que não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atua, nessa hipótese, como polícia investigativa. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC n. 667.413/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 16/6/2021, g.n.)

No mérito, deve haver a desclassificação do crime de tráfico de drogas para porte de drogas para uso pessoal.

É que, se há indícios da materialidade do delito de tráfico de drogas, conforme se extrai do auto de exibição e apreensão (fls. 16/17) e do laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 92/94), o mesmo não se pode dizer a respeito da autoria, cuja prova mostra-se insuficiente para embasar um decreto condenatório com base no art. 33, da Lei 11.343/06.

Isso porque, ao contrário do que entendeu o juízo “*a quo*”, não há qualquer prova concreta da participação do réu no tráfico de drogas, que não foi encontrado em atitude de comércio ou na posse de qualquer petrecho que o ligasse à traficância, conforme se extrai da prova oral colhida em juízo, sendo que a quantidade apreendida é ínfima e compatível com o uso pessoal (2 gramas de cocaína, 2 gramas de crack e 2 gramas de maconha, conforme laudo pericial de fls. 92/94).

Apesar de terem os policiais afirmado que houve a apreensão de quantidade mais elevada de droga na posse do réu (33 porções de crack, 16 porções de cocaína e 3 porções de maconha, todas embaladas individualmente para comércio), tal apreensão ficou duvidosa, considerando que constou do laudo pericial que o total da droga apreendida pesava apenas 6 gramas (2 gramas de cada droga).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, se de fato houve outra apreensão e essa droga não foi pesada, acabou ficando prejudicada, pela quebra da cadeia de custódia da prova, que não foi devidamente conservada nos autos.

Com efeito, as testemunhas de acusação, Rafael e Willian, guardas civis que fizeram a abordagem do réu, relataram, ao que interessa, que encontraram o réu com mais um indivíduo, de nome Victor, após denúncia de que estariam traficando. Foram abordados quando estavam sentados em uma calçada e com Robson foi encontrado, em sua cueca, as drogas (cocaína, crack e maconha), sendo com ele encontrados ainda R\$ 75,00, telefone celular e um “dixavador”. Com Victor nada de ilícito foi encontrado.

A testemunha de defesa Janete afirmou que passou pelo local da abordagem, pouco antes da chegada dos guardas, quando estava indo a um comércio próximo comprar bebidas. Quando passou no local, havia de 6 a 8 pessoas comendo churrasco, bebendo e fumando narguilé na calçada. Cumprimentou alguns conhecidos que estavam na reunião. Quando estava voltando, viu a viatura parada ao lado do pessoal e ficou de longe olhando. Depois ficou sabendo que haviam levado Robson e mais um rapaz. Desconhece que Robson seja traficante de drogas, embora tenha sentido o cheiro de maconha quando passou pelo local. Não viu se Robson fumava naquele momento e não tem conhecimento se ele fuma maconha.

A testemunha de defesa Victor, que estava no local da abordagem, junto com Robson, confirmou que se tratava de um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

churrasco com cerca de 10 pessoas. A GCM chegou, mandou as mulheres embora e “enquadrou” os homens. Quiseram pegar seu telefone, não quis fornecer, então pegaram e jogaram no chão. Robson quis falar alguma coisa, os policiais não gostaram e o ofenderam, tendo havido uma discussão. Disseram que levariam Robson por desacato. Levaram os dois até a delegacia e lá apareceram as outras drogas. Estavam apenas com a maconha.

Interrogado, o réu Robson afirmou, em juízo, que estava em uma “social” com amigos, após convite de Victor. Era um churrasco na calçada, havia por volta de 10 pessoas. Quando chegou a GCM achou que iriam pedir para baixar o som. Houve a abordagem e os agentes pediram para as mulheres irem embora e só revistaram os homens. Pediram para o Victor entregar o telefone e ele não quis dar, então pegaram seu telefone e jogaram no chão. O interrogando, então, questionou os agentes “para que estavam fazendo aquilo”, que “não precisava”, e um dos GCM então lhe ofendeu por conta da cor de sua pele, que é preta. Disse que o levariam por desacato, quando ele pediu que não fizessem isso com ele. Levaram Victor também pois estaria “falando muito”. Acharam com ele um “dixavador” e um baseado de maconha. Na delegacia apareceu o restante das drogas, que não estavam com ele. O GCM que o ofendeu afirmou que estavam atrás de uma pessoa de nome “Glauco”, mas como não acharam, levariam ele mesmo para “fechar o plantão”. Estava trabalhando em uma construtora quando foi preso. Trabalha como pintor e ganha R\$ 150,00 a R\$ 200,00 por dia.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como se tem dos depoimentos, os guardas civis que participaram da ocorrência não presenciaram quaisquer atos de traficância, nem apreenderam com o réu petrechos típicos do tráfico, como balanças de precisão e caderno de anotações, apenas telefone celular, R\$ 75,00 e a droga (2 gramas de cocaína, 2 gramas de crack e 2 gramas de maconha, conforme fls. 92/94).

Em juízo, o réu negou a traficância, afirmando que somente reconhecia o baseado de maconha que levava consigo, desconhecendo o restante da droga encontrada (2 gramas de cocaína e 2 gramas de crack), afirmando que apenas estava em “social” com amigos.

Apesar de apreendido e efetuada perícia no telefone celular do réu, no sentido de buscar conversas incriminadoras, a indicar a prática da traficância, concluiu-se que: *“não há informações suficientes para, no exame pericial, concluir quais possuem vínculo com o tipo penal apurado”* (fls. 184/192).

Ademais, a quantia de R\$ 75,00 encontradas com o réu poderia ser proveniente do trabalho que exercia como pintor, auferindo entre R\$ 150,00 e R\$ 200,00 por dia, conforme declarou Robson em juízo, comprovado por declaração do empregador juntada à fl. 210 dos autos.

Assim, ainda que a sentença tenha concluído pela traficância em razão da quantidade de droga apreendida e forma com que estava acondicionada, é evidente que se trata de meros indícios que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não foram confirmados pelas provas produzidas em juízo, sendo, portanto, insuficientes para embasar uma condenação, especialmente se considerada a quantidade irrisória de droga – compatível com o uso pessoal – e a ausência de atos de comércio ou de quaisquer petrechos ou anotações típicas do tráfico.

Vale ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não admite a condenação com base em meras suposições:

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO. PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, na esfera criminal não se admite a condenação do réu baseada em meras suposições, provas inconclusivas, ou exclusivamente colhidas em sede inquisitorial, tal como ocorrido na espécie (AgRg no AREsp 1.288.983/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018). (...) 5. Habeas corpus concedido para anular a sentença, por violação do art. 155 do CPP, e julgar improcedente a representação, nos autos do Processo de Apuração de Ato Infracional 0700016-98.2019.8.02.0038, na forma do art. 386, VII, do CPP” (Habeas Corpus n.º 632.778/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/03/2021, g.n.)

Em outras palavras, inexistente prova concreta a apontar, com a certeza que exige uma condenação criminal, o envolvimento do réu na ação delitiva tipificada no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, mostrando-se mais adequada a desclassificação para a conduta do art. 28, da mesma lei especial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Note que não se está afirmando categoricamente que o réu não é o autor do delito de tráfico, mas apenas que as provas produzidas em juízo não permitem chegar a tal conclusão, de modo que, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, a carência de provas, cujo ônus incumbia à acusação, deve levar à desclassificação para o delito de porte de droga para consumo pessoal.

Nesse sentido, “*os fundamentos absolutórios da sentença penal decorrem da dimensão de regra probatória da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) e do instituto do ônus da prova, em seu aspecto objetivo. Este consiste em regra de valoração do resultado da prova, que impõe a absolvição quando houver dúvida judicial quanto à veracidade dos enunciados fáticos contidos na denúncia ou queixa-crime (in dubio pro reo)*” (in *Código de processo penal comentado [livro eletrônico]*, coord: Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró, 3. Edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020).

Da mesma forma, não se está aqui desqualificando o testemunho dos agentes policiais, que, como se sabe, não são impedidos de depor como testemunhas, ainda que submetidos a especial escrutínio. Todavia, a prova produzida pela própria acusação não é conclusiva quanto à ocorrência efetiva do tráfico, de tal sorte que a dúvida deve favorecer o réu.

Assim, pela apreensão de quantia insignificante de droga em poder do réu, sem estar acompanhada de outros petrechos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ligados à traficância, por não se ter demonstrado atividade mercantil, e não havendo confissão desta, caracterizando como insuficiente a prova do tráfico, é que se mostra correta a desclassificação da imputação para a de posse de entorpecentes para uso pessoal.

Assim já decidiu esta Col. Câmara:

“Não se olvida os inomináveis malefícios que o tráfico de drogas traz à sociedade, o qual deve, inquestionavelmente, ser combatido severamente. Pode ser que o réu estivesse mesmo envolvido nesse crime hediondo, entretanto, não se vislumbrando dados concretos que propiciem a certeza indispensável para se determinar a sua responsabilidade penal, a desclassificação do delito para o artigo 28 da Lei de Tóxicos afigura-se correta e justa” (Apelação n.º 0001068-17.2017.8.26.0510, Rel. Augusto de Siqueira, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/03/2021, g.n.).

“Tráfico ilícito de entorpecentes - Desclassificação para porte de drogas para uso pessoal devida - Fragilidade do conjunto probatório acerca da efetiva mercancia - Dúvida razoável que deve favorecer o réu – Aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 05 (cinco) meses – Recurso parcialmente provido” (Apelação n.º 1500491-78.2019.8.26.0482, Rel. Marcelo Gordo, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 29/10/2020, g.n.).

“Por outro lado, agiu corretamente o juízo. A dúvida favorece o acusado. A droga foi encontrada em pouca quantidade, não incompatível com o consumo próprio. Não se encontrou dinheiro e nem se observou movimento típico de tráfico. A única hipótese segura é de posse para uso pessoal (art. 28 da Lei de Drogas). O fato de haver porções individuais facilmente se explica. É em porções individuais que também se compra. O fato de haver uma faca com vestígios também foi explicado com verossimilhança pelo acusado (usava-a para preparar a droga para o consumo). Enfim, foi bem aplicada a condenação pelo art. 28” (Apelação n.º 1500113-14.2018.8.26.0594, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/11/2020, g.n.).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desta feita, de rigor a reforma da r. sentença, para afastar a condenação do réu pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, e desclassificar a imputação para a de posse de entorpecentes para uso pessoal (art. 28, Lei n.º 11.343/06), fixando a pena de 3 meses de prestação de serviços à comunidade (art. 28, II).

E, considerando o resultado desse julgamento, **faculto ao réu aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, determinando-se a expedição de alvará de soltura.**

Determino, ainda, haja a **devolução do aparelho celular ao réu, eis que já periciado, sendo desnecessário ao feito, com instrução finalizada.**

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso de apelação, para afastar a condenação do réu pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, desclassificando a imputação para posse de drogas para uso pessoal (art. 28, da Lei de Drogas), fixando-se pena de 3 meses de prestação de serviços à comunidade, a ser definido pelo juízo da execução. Expeça-se alvará de soltura clausulado.**

MARCELO SEMER
Relator