



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000566706

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1514585-12.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL FELIPE DOS SANTOS, 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, para desclassificar o crime de tráfico de drogas imputado a Daniel Felipe dos Santos, para aquele previsto no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06, fixando sua pena em 07 meses de prestação de serviços à comunidade. V.U. Expeça-se, com urgência, o alvará de soltura clausulado em favor do acusado Daniel Felipe dos Santos.**

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

São Paulo, 7 de julho de 2023.

MARCELO SEMER
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 1514585-12.2022.8.26.0228
Apelante: Daniel Felipe dos Santos
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca: São Paulo
Juiz(a): Cynthia Torres Cristófar
Voto nº 23430

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória. Irresignação da defesa. Preliminar. Inexistência de nulidade na ação da Guarda Civil Metropolitana, que estava prestando apoio à zeladoria urbana quando surgiu fundada suspeita sobre situação de flagrante delito. Precedentes. Mérito. Desclassificação da imputação para o crime de posse de entorpecente para uso pessoal (art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06). Depoimentos dos guardas sobre suposta confissão informal contraditórios entre si. Suposta confissão informal que também não pode ser considerada como elemento condenatório por inexistir comprovação do respeito ao direito ao silêncio do acusado no momento da sua prisão. Aviso de Miranda. Confissão em juízo da posse de droga para consumo pessoal. Apreensão de apenas uma porção de crack, desacompanhada de dinheiro, petrechos destinados ao fracionamento ou à preparação da droga para comercialização, ou mesmo do relato dos agentes de práticas de mercancia, o que torna insuficiente a caracterização do delito de tráfico, cujo ônus incumbe à acusação. Precedentes. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido. Expedição do alvará de soltura.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **Daniel Felipe dos Santos** contra a r. sentença de fls. 97/103, que julgou procedente a ação penal para condená-lo à pena de 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor mínimo unitário, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Em suas razões recursais (fls. 111/118), a defesa sustenta, em síntese, que: **i)** a abordagem realizada pelos guardas civis municipais foi ilegal, vez que desacompanhada de justa causa; **ii)** faltam provas acerca da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

materialidade da traficância; e **iii**) subsidiariamente, a conduta deve ser desclassificada para o tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Contrarrazões às fls. 122/130.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 145/153 pelo desprovimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação penal movida contra **Daniel Felipe dos Santos**, pois, em 23/06/2022, por volta das 16:20h, trazia consigo e mantinha sob sua posse, com fins de comercialização, 01 (uma) porção grande de crack, contendo 25,3g.

Segundo consta da denúncia (fls. 01/03), guardas civis municipais realizavam patrulhamento na região da Cracolândia, quando avistaram diversos usuários de droga rodeando o réu. Ao visualizar a presença da GCM, ele tentou fugir, motivo pelo qual os agentes decidiram abordá-lo e ele acabou capturado.

Em revista pessoal, os guardas encontraram com **Daniel** a droga acima descrita.

Ele foi preso em flagrante, denunciado, e acabou condenado por tráfico de drogas. Na dosimetria, a pena foi estabelecida no mínimo legal. Embora o réu fosse reincidente, a magistrada de 1ª instância não exasperou a pena na segunda etapa para não ocorrer *bis in idem*, vez que considerou tal condição para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O regime fixado foi fechado, devido à reincidência do réu e “a gravidade objetiva da conduta em exame, que reclama reação severa, proporcional e seguramente eficaz”.

Pois bem.

A sentença merece reparo.

A preliminar de nulidade da atuação da Guarda Civil Metropolitana deve ser afastada. É incontroverso que qualquer do povo pode executar uma prisão em flagrante delito, incluindo os guardas municipais, nos termos do art. 301 do CPP.

Acerca disso, a Lei nº 13.022/14, que regula as atividades das Guardas Municipais, estabelece no rol de competências específicas as seguintes atribuições (art. 5º):

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

Parágrafo único. *No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.*

As Guardas Municipais podem, portanto, atuar em colaboração com os demais órgãos de segurança pública, desde que no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exercício de suas competências, jamais atuando isoladamente em diligências investigativas típicas da Polícia Judiciária.

No caso dos autos, não foram extrapoladas as funções típicas da Guarda Municipal. Segundo narrado pelos agentes, ambos estavam desobstruindo a via para permitir a entrada da equipe de limpeza quando observaram um grupo de dependentes químicos ao redor de um indivíduo, situação que, naquelas condições, enseja fundada suspeita acerca de flagrante delito.

Assim, conforme reconhecido pela jurisprudência do STJ, a busca e apreensão feita a partir de fundada suspeita de flagrância, nos termos do art. 240, §2º, do 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, inexistente 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 atua, nessa hipótese, como polícia investigativa. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC nº 667.413/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/06/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. PRISÃO REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. OCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. USO DE DROGA NO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MOMENTO DA ABORDAGEM. BUSCA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO FRANQUEADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REITERAÇÃO DE OUTRO HC. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Considera-se lícita a revista pessoal executada por guardas municipais, com a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal. 2. Configurada a situação de flagrância, com a demonstração de fundada suspeita, não se verifica ilegalidade na realização de abordagem pessoal por guardas municipais que estavam em patrulhamento com cães farejadores, encontrando drogas com o paciente e nas proximidades do local do flagrante, pois o acusado informou que estava usando drogas no momento em que foi abordado. 3. A questão referente à aplicação da minorante, a matéria já foi analisada no HC 563.700/SP, tratando-se de mera reiteração de pedido. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC nº 597.923/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020)

Portanto, a alegação de nulidade deve ser afastada.

Quanto ao mérito, tendo em vista as provas colhidas ao longo da instrução processual, não restam dúvidas de que drogas ilícitas foram encontradas com o réu. Isso fica comprovado pelo boletim de ocorrência a (fls. 10/12), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 13), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 16/18), pela foto da substância apreendida (fls. 14), pelo laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 69/71) e pelos depoimentos das testemunhas de acusação e do próprio **Daniel**.

Nenhuma das partes questionou as drogas encontradas com o réu. A discussão, portanto, se limita ao enquadramento legal da sua conduta. E, nesse ponto, assiste razão à defesa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não é possível afirmar que **Daniel** estivesse traficando. Embora os guardas municipais tenham dito na fase policial que ele havia confessado informalmente a conduta delituosa, em juízo, a versão dos agentes foi contraditória. Enquanto o guarda **Milton** disse que ele havia confessado a traficância, o guarda **Rafael** disse que ele havia apenas confessado ser usuário de drogas.

Independentemente disso, a suposta confissão informal não pode prejudicar o réu, vez que não consta nos autos qualquer prova de que ele teria sido advertido pelos guardas sobre seu direito ao silêncio, garantia decorrente do direito fundamental à não autoincriminação previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição da República.

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal já chegou a anular a condenação de um réu em virtude da ausência do denominado “Aviso de Miranda”, antes de sua confissão informal aos policiais sobre a prática de associação para o tráfico de drogas:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvição do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido. (AgR no RHC nº 192798, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. e24/02/2021)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo entendimento, pontuando que *“o direito ao silêncio é um consectário do nemo tenetur se detegere, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente.”* (RHC nº 131.030/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/11/2020).

Nas palavras de Eugênio Pacelli, *“mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a ratio essendi da norma.”* (in Curso de processo penal – 19. ed. rev. e atual – São Paulo: Atlas, 2015, p. 388).

Assim também já decidiu esta C. Câmara:

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença absolutória – Irresignação ministerial – Descabimento – Arcabouço probatório que não conduz à certeza necessária da autoria delitiva para embasar um édito condenatório – Ausência de advertência sobre o direito ao silêncio antes da pretensa confissão informal do réu, o que contamina os demais elementos probatórios – Insuficiência probatória caracterizada – Absolvição mantida (artigo 386, VII, Código de Processo Penal). Recurso desprovido, com determinação. (AC 1512447-77.2019.8.26.0228, Rel. Luís Geraldo Lanfredi, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 11/08/2022)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desconsiderada, portanto, suposta confissão narrada em juízo por apenas um dos guardas que realizaram a abordagem, não se verifica nos autos qualquer indício de traficância. Os agentes não descreveram qualquer atividade de compra e venda de drogas, e o acusado foi abordado com apenas uma porção de crack, sem qualquer petrecho destinado ao fracionamento ou à preparação da substância para comercialização, e também sem dinheiro.

Diante desse contexto, a versão apresentada por **Daniel** – de que trocou um celular dado por sua irmã por crack para consumo próprio – se mostra verossímil e, inclusive, explica o tamanho da pedra de crack com ele encontrada.

Portanto, necessário desclassificar a conduta imputada ao réu para o tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Assim já decidiu esta C. 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.” (AC nº 0001068-17.2017.8.26.0510, Rel. Des. Augusto de Siqueira, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/03/2021)

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. (AC nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1500491-78.2019.8.26.0482, Rel. Des. Marcelo Gordo, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 29/10/2020)

“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.” (AC nº 1500113-14.2018.8.26.0594, Rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/11/2020)

Em relação à pena, tendo em vista os maus antecedentes do réu, a reincidência e a confissão espontânea, condeno **Daniel** ao cumprimento de 07 meses de prestação de serviços à comunidade, já consumidos, todavia, pela longevidade da prisão provisória.

Como ele se encontra preso por este processo desde 2022, de rigor a expedição de alvará de soltura clausulado. Eventual extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena deverá ser decidida pelo juízo da execução.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar o crime de tráfico de drogas imputado a **Daniel Felipe dos Santos** para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fixando sua pena em 07 meses de prestação de serviços à comunidade. **Expeça-se, com urgência, o alvará de soltura clausulado em favor do acusado.**

MARCELO SEMER
Relator