



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5004544-59.2023.8.24.0045/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO LUCAS PACHECO

APELANTE: GABRIEL RUFINO (ACUSADO)

APELANTE: WELLYTTON AGUIAR BARBOSA (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

RELATÓRIO

Na comarca de Palhoça, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Gabriel Rufino e Wellytton Aguiar Barbosa (evento 1, DENUNCIA1), tendo o processo tramitado conforme relatado na sentença, cuja parte dispositiva se transcreve (evento 81, SENT1):

III - DISPOSITIVO

À vista do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia para:

a) **CONDENAR** o réu **WELLYTTON AGUIAR BARBOSA** ao cumprimento de pena privativa de liberdade de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, inicialmente em **regime aberto**, e ao pagamento da pena pecuniária de **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato para cada dia, em razão da prática dos delitos previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006;

b) **CONDENAR** o réu **GABRIEL RUFINO** ao cumprimento de pena privativa de liberdade de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, inicialmente em **regime aberto**, e ao pagamento da pena pecuniária de **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato para cada dia, em razão da prática dos delitos previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006;

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, **SUBSTITUO** ambas as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito para cada acusado, consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena corporal, e na prestação pecuniária no importe de 2 (duas) salários-mínimos.

Concedo aos acusados o direito de recorrer em liberdade, porque assim responderam ao processo.

Deixo, outrossim, de fixar indenização à vítima (art. 387, IV, do Código de Processo Penal), porquanto não existem parâmetros para tanto nestes autos.

Quanto aos bens apreendidos, cumpra-se nos moldes da fundamentação.

Opostos embargos de declaração pela defesa de Gabriel (evento 97, EMBDECL1), estes foram acolhidos para determinar o sobrestamento do feito, a fim de que o Ministério Público analisasse a possibilidade de oferta de Acordo de Não Persecução Penal (evento 100, DESPADEC1).

Não resignados, os réus interuseram apelação (evento 81, SENT1 e evento 91, APELAÇÃO1).



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Wellytton Aguiar Barbosa, em suas razões, preliminarmente, arguiu a nulidade da sentença em razão da utilização de suposta confissão extrajudicial colhida sem a observância do direito ao silêncio e das garantias legais, em violação ao art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e ao art. 186 do Código de Processo Penal. No mérito, requereu: 1) a absolvição, por ausência de prova segura quanto à destinação comercial da droga, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal; e, 2) subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006, bem como, a correção de erro material na sentença quanto à aplicação da fração relativa ao tráfico privilegiado, com a consequente redução da reprimenda e eventual substituição por penas restritivas de direitos (evento 11, RAZAPELA1).

Gabriel Rufino, em suas razões, pugnou pela desclassificação da conduta imputada para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (evento 22, RAZAPELA1).

Foram apresentadas contrarrazões (evento 27, PROMOÇÃO1).

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça Exmo. Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, que opinou pelo "conhecimento e parcial provimento do recurso manejado por Wellytton e conhecimento e provimento do recurso manejado por Gabriel" (evento 31, PROMOÇÃO1).

Determinada a baixa do processo em diligência, aportou aos autos petição do Ministério Público no sentido de deixar de ofertar Acordo de Não Persecução Penal (evento 214, PROMOÇÃO1), manifestação que não foi impugnada pelo apelante, embora regularmente intimado (evento 126, ATOORD1).

VOTO

1 Preliminar - Violação ao direito constitucional

A defesa do apelante Wellytton argumenta que a condenação apoiou-se, ainda que parcialmente, em suposta confissão informal obtida no momento da abordagem policial, sem a observância do direito ao silêncio, sem a presença de defensor e sem qualquer registro formal, em violação ao art. 5º, LXIII, da Constituição Federal e ao art. 186 do Código de Processo Penal, circunstância que torna a prova ilícita e imprestável.

Contudo, a prefacial não reúne condições de obter êxito.

Isso porque, além de ser possibilitado aos agentes públicos fazerem questionamentos informais ao indivíduo envolvido na conduta delituosa, as indagações são necessárias para que eles tenham conhecimento da situação e facilite a apresentação do detido à autoridade policial, não possuindo os servidores estatais obrigação de advertirem a pessoa abordada de seus direitos constitucionais.

Ademais, verifica-se a devida observância da norma constitucional em tela, porquanto o delegado de polícia expressamente o alertou sobre os seus direitos constitucionais, tanto é assim que optou por permanecer em silêncio na fase



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

extrajudicial (processo 5002625-35.2023.8.24.0045/SC, evento 1, TERMO_CIRCUNST1, pág. 14).

Ainda que assim não fosse, entende-se que a abordagem policial, quando houver suspeita da prática de ato ilícito, prescinde da comunicação acerca do direito de que trata o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Sobre o assunto, "é imperioso destacar que o direito ao silêncio, nos termos do artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, é garantido ao preso, ao indiciado e ao acusado na persecução penal. Entretanto, não se exige que tal garantia seja anunciada pela autoridade policial no decorrer de diligências que culminam na prisão em flagrante de algum investigado" (STJ, HC n. 253.709/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 07.08.2014).

No mesmo sentido, esta Câmara já se manifestou:

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DESACATO (ART. 33, "CAPUT", DA LEI N. 11.343/06 E ART. 331, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGADA A NULIDADE DAS PROVAS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FILMAGEM INTEGRAL DA OCORRÊNCIA POLICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE GRAVAÇÃO DE TODA A AÇÃO. JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELO AGENTE PÚBLICO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE. PERÍODO DE UM ANO CONFERIDO PELA CORTE SUPERIOR JUSTAMENTE PARA ADEQUAÇÃO E APARELHAMENTO DOS AGENTES DE SEGURANÇA. ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS ACERCA DO FLAGRANTE. **SUSTENTADA NULIDADE, TAMBÉM, POR VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO DURANTE A CONFISSÃO INFORMAL. INVIABILIDADE. PRESCINDIBILIDADE DO AVISO, POR PARTE DOS POLICIAIS MILITARES, QUANDO DA ABORDAGEM. PRECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.** [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 5050510-71.2020.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 06-07-2021, sem destaque no original).*

Inviável, portanto, o acolhimento da mácula suscitada.

2 Absolvição e desclassificação

Os apelantes sustentam a ausência de prova segura da destinação mercantil das drogas apreendidas, diante da fragilidade probatória e da incompatibilidade dos elementos dos autos com a prática do tráfico. Diante disso, Wellyton requer a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006, enquanto Gabriel pleiteia a desclassificação da conduta para o mesmo tipo penal.

Após detida análise dos autos, entendo que não há elementos probatórios suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico privilegiado. A abordagem policial ocorreu em razão de ordem de parada, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, tendo os réus empreendido fuga. Em seguida, foram localizadas substâncias entorpecentes (maconha e lança-perfume), motivo pelo qual os acusados foram presos em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.

No entanto, os elementos colhidos durante a diligência não são robustos o bastante para caracterizar a mercancia, mas, sim, o porte de drogas para consumo pessoal, como bem destacou o Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto, a quem se pede



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

vênia para transcrever excerto de seu parecer, adotando-o como razão de decidir (evento 31, PROMOÇÃO1 - *ipsis litteris*):

20. *A materialidade do crime restou demonstrada nos autos n. 5002625-35.2023.8.24.0045 e pode ser extraída do boletim de ocorrência (evento 1, BOC2), do laudo preliminar de constatação de substância tóxica (evento 1, TERMO_CIRCUNST1, fls. 7/9), do laudo pericial (evento 5), bem como pela prova oral produzida no decorrer da instrução processual.*

21. *Em relação à autoria delitiva, oportuno destacar os depoimentos de dois policiais rodoviários federais ouvidos em juízo, além do interrogatório judicial de ambos os recorrentes.*

22. *O Policial Rodoviário Federal Rodrigo França de Oliveira, em juízo, afirmou (trecho extraído da sentença, evento 81, autos do primeiro grau do E-proc):*

*[...] que, no dia 16/02/2023, estava realizando um comando na rodovia BR 101 quando deu ordem de parada ao veículo Renault Sandero, que não foi atendida, resultando em fuga. **Durante a perseguição, observou objetos sendo arremessados para fora do veículo. Após a abordagem, foram encontrados frascos de lança perfume e uma pequena quantidade de maconha.** Os acusados confessaram que estavam levando as drogas para vender no Carnaval. **Os frascos de lança perfume estavam visíveis no banco do passageiro, dentro de uma caixa.** Rodrigo afirmou que os objetos arremessados eram semelhantes aos encontrados no veículo. A abordagem ocorreu após cerca de 1 km de perseguição. Rodrigo não gravou a confissão dos acusados e não informou sobre o direito ao silêncio. (destaquei)*

23. *O Policial Rodoviário Federal Giovane Sales Teixeira de Oliveira, em audiência, disse (trecho extraído da sentença, evento 81, autos do primeiro grau do E-proc):*

*[...] que, no dia 16/02/2023, estava realizando um comando estático no pedágio da Palhoça quando deu ordem de parada ao veículo Renault Sandero, que empreendeu fuga. **Durante a perseguição, observou objetos sendo arremessados para fora do veículo. Após a abordagem, foram encontrados frascos de lança perfume e uma pequena quantidade de maconha.** Giovanni não se recorda de detalhes específicos sobre a abordagem, mas confirmou que os objetos arremessados eram semelhantes aos encontrados no veículo. Giovanni não gravou a confissão dos acusados e não informou sobre o direito ao silêncio. (destaquei)*

24. *Quanto aos depoimentos dos agentes estatais, oportuno mencionar, que a ordem de parada não ocorreu com base em informações pretéritas acerca da mercancia de entorpecentes pelos apelantes, mas sim em razão de abordagem de forma aleatória em região de pedágio.*

25. *Quanto ao interrogatório judicial de Wellyton, cumpre mencionar o seguinte (trecho extraído da sentença, evento 81, autos do primeiro grau do E-proc):*

***que estava retornando de Palhoça com Gabriel após buscar lança perfume para uso no Carnaval. Confirmou que as drogas encontradas eram destinadas ao consumo pessoal.** Wellington não foi informado sobre o direito ao silêncio durante a abordagem. Wellington afirmou que já tinha utilizado lança perfume e maconha antes da abordagem. (destaquei)*

26. *Também em juízo, Gabriel Rufino afirmou (trecho extraído da sentença, evento 81, autos do primeiro grau do E-proc):*

*que os R\$ 320,00 encontrados com ele eram provenientes de seu trabalho e seriam usados para gasolina e alimentação. **Confirmou que as drogas encontradas eram maconha e lança perfume, destinadas ao uso pessoal durante o Carnaval. Gabriel***



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estava acompanhado de Wellington e ambos dividiram as drogas. Gabriel afirmou que o documento do veículo estava atrasado, o que motivou a fuga. Gabriel não pediu a Wellington para arremessar os frascos pela janela, e Wellington fez isso voluntariamente. (destaquei)

27. No caso dos autos, considerando os depoimentos dos agentes estatais, em juízo, e os interrogatórios judiciais de ambos os apelantes, não é possível concluir, com absoluta certeza, que a droga apreendida se destinava ao comércio.

28. Ora, em análise do contexto dos fatos, a abordagem policial ocorreu em razão de operação de rotina e a escolha do veículo se deu de forma aleatória, inexistindo informações pretéritas acerca dos apelantes e do seu envolvimento com o tráfico de drogas.

29. Além disso, em que pese a variedade, a quantidade apreendida de ambas as drogas é pequena (33,8g de maconha e 25 frascos de lança-perfume), o que coaduna com a versão, em juízo, dos recorrentes, de que os entorpecentes se destinavam ao consumo em período de festividades.

30. Com relação à maconha, esta foi apreendida em uma única porção e, considerando a apreensão separada de uma embalagem de papel seda (comumente utilizada para o consumo de maconha), é viável deduzir que se destinava ao consumo pessoal dos apelantes.

31. Ademais, no julgamento do RE 635659, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que será presumido usuário aquele que transportar consigo até 40 gramas de maconha, até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema.

32. Nesse sentido, colhe-se da ementa do mencionado julgado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de cannabis sativa para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes. 1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo). 2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão. 3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública. 4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. 5.



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador. 6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei (“consumo pessoal” e “pequena quantidade”) recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários. 7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006. 8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006. 9. Por todo o exposto, fixa-se a seguinte tese de repercussão geral: (i) 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); (ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; (iii) 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 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; (iv) 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; (v) 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; (vi) 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; (vii) 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; (viii) 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. 10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei. 11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. (RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024) (destaquei)

33. *Se não bastasse, oportuno mencionar que inexistem, nos autos de origem, qualquer elemento que indique o intuito de mercancia, visto que: 1) a forma de acondicionamento da droga, em uma única porção e com uma embalagem separada de papel seda, indica o transporte para uso pessoal; 2) a circunstância da apreensão, em operação padrão de policiais rodoviários federais, mostra a ausência de informações pretéritas acerca do envolvimento com a mercancia de drogas; 3) no caso concreto, não houve apreensão de balança, registros de operações comerciais e contatos de usuários ou traficantes em aparelhos telefônicos.*

34. *Em relação à droga lança-perfume, cabe notar que foi apreendida no contexto do Carnaval, período conhecido pelo uso e abuso da substância.*

35. *Ainda, a apreensão de 25 tubos de vidros do entorpecente (sendo 6 intactos e 19 fragmentados) condiz com o uso pessoal de dois usuários, durante o período prolongado da festa mencionada.*

36. *Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:*

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA INCERTA - FINALIDADE MERCANTIL - NÃO COMPROVAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO.

- Ausente comprovação de que as drogas encontradas na posse da acusada (dez vidros de lança-perfume e um pino de cocaína) se destinavam ao comércio, havendo indícios de que seriam consumidas em uma festividade, não é possível a condenação por tráfico de drogas.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO - POSSIBILIDADE -

- Não há que se falar em violação ao artigo 384 do Código de Processo Penal ao se desclassificar a conduta praticada pelo acusado, uma vez que não ocorreu a modificação dos fatos narrados na denúncia, sendo cabível, diante do contexto dos autos, a desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/06.

VV. MUTATIO LIBELLI - POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL OU USO COMPARTILHADO - INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - Quando não descrita na denúncia a conduta de uso da droga ou de sua destinação para o uso privado, não é admissível a desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo pessoal ou uso compartilhado, por violação do princípio da correlação. (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.25.151198-6/001, Relator(a): Des. (a) Marcos Flávio Lucas Padula, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/07/2025, publicação da súmula em 29/07/2025) (destaquei)



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

37. Assim, ainda que apreendidos dois tipos de drogas (maconha e lança-perfume), o contexto fático-probatório indica a prática do crime disposto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, o que torna viável o acolhimento do pleito de desclassificação.

[...]

42. A defesa de Gabriel pleiteia somente a desclassificação do crime disposto no artigo 33, da Lei n. 11.343/2006, para o delito previsto no artigo 28, da mencionada lei.

43. O pleito merece guarida.

44. Tendo em vista que esta Procuradoria de Justiça se manifestou favorável à desclassificação para o apelante Wellyton, repisa-se, no ponto, os parágrafos 20 a 37, no intuito de que a desclassificação seja operada para ambos os recorrentes.

Como se vê, a materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência, pelos laudos periciais e pela prova oral produzida em juízo. A autoria é atribuída aos apelantes a partir dos depoimentos dos policiais rodoviários federais e dos interrogatórios judiciais.

Os agentes relataram que realizavam fiscalização de rotina na BR-101 quando determinaram a parada do veículo, que empreendeu fuga por breve trecho. Durante a perseguição, visualizaram o arremesso de objetos. Após a abordagem, localizaram frascos de lança-perfume e pequena quantidade de maconha.

Ressalte-se que a abordagem ocorreu de forma aleatória, sem qualquer informação prévia acerca de tráfico. Em juízo, ambos os recorrentes afirmaram que as substâncias destinavam-se ao uso pessoal durante o período de Carnaval, versão que se mostra verossímil diante do contexto dos autos.

A quantidade apreendida – 33,8g de maconha e frascos de lança-perfume contendo aproximadamente 330ml (processo 5002625-35.2023.8.24.0045/SC, evento 5, LAUDO1) – não é expressiva a ponto de autorizar, por si só, a conclusão quanto à mercancia, sobretudo porque a maconha foi localizada em porção única, acompanhada de papel-seda, objeto tipicamente associado ao consumo pessoal, o que reforça a ausência de indícios de traficância. Segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 635659, presume-se usuário aquele que porta até 40g de maconha, presunção esta relativa e afastável apenas mediante elementos objetivos que indiquem finalidade mercantil, o que não se verifica no caso concreto. Além disso, inexistem nos autos elementos típicos da mercancia, tais como balança de precisão, instrumentos de fracionamento, registros de venda, contatos de usuários ou qualquer estrutura voltada à atividade ilícita.

Quanto ao lança-perfume, a apreensão ocorreu às vésperas do carnaval, período em que é notório o aumento do consumo da substância, circunstância que reforça a versão defensiva de destinação para uso pessoal.

Desse modo, o conjunto probatório não autoriza a manutenção da condenação pelo crime de tráfico, impondo-se a desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006.



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista que Gabriel pugnou exclusivamente pela desclassificação da conduta, enquanto Wellytton requereu a absolvição, com pedido subsidiário de desclassificação, impõe-se o provimento integral do recurso de Gabriel e o provimento parcial do recurso de Wellytton, para reconhecer, em relação a ambos os apelantes, a prática da infração prevista no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, com a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, ficando prejudicadas as demais teses defensivas deduzidas por Wellytton.

3 Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso de Wellytton e prover o apelo de Gabriel para desclassificar as condutas atribuída aos réus para aquela prevista no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, remetendo os autos ao Juizado Especial Criminal (CPP, art. 383, § 2º) para análise de eventuais benefícios em favor dos apelantes.

Documento eletrônico assinado por **ROBERTO LUCAS PACHECO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7187718v29** e do código CRC **9a9cccf7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROBERTO LUCAS PACHECO

Data e Hora: 04/02/2026, às 11:46:10

5004544-59.2023.8.24.0045

7187718 .V29