



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos**  
**Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA**  
**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Registro: 2023.0000215010**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para desclassificar a infração para o art. 28, da Lei nº 11.343/06 e aplicar ao réu Thiago Ricardo Rodrigues de Souza a pena de 10 meses de prestação de serviços à comunidade, considerada, no entanto, extinta pela detração. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente) E XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 21 de março de 2023.

**ALEXANDRE ALMEIDA**  
**Relator**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos**  
**Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA**  
**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**VOTO Nº 26558**

*Tráfico de entorpecentes – Apreensão de porções de cocaína - Confissão a propósito do porte para uso – Ausência de elementos que sugiram que a substância apreendida fosse destinada à entrega para terceiros – Dúvida razoável sobre a traficância – Desclassificação do crime para o art. 28, da Lei nº 11.343/06 – Possibilidade;*  
*Posse de porções de cocaína – Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 – Inexistência – Recurso provido em parte.*

**Vistos.**

**THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA**, qualificado nos autos, foi denunciado e processado perante o juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, apontado como incurso no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Isso porque, segundo a denúncia (aditada a fls. 225/226), em 3 de maio de 2022, por volta de 01h53min, na Avenida Abdo Daher, nº 50, Nadir Kenan, cidade de Barretos, nas imediações de instituição de ensino, trazia consigo, para fins de tráfico, 30 porções de cocaína (33g), substância entorpecente capaz de causar dependência física ou psíquica, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após regular instrução, sobreveio a r. sentença de



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos**  
**Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA**  
**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

fls. 285/291, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Hélio Alberto de Oliveira Serra e Navarro, que condenou o acusado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 888 dias-multa, de valor unitário mínimo, negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada apela a Defesa sustentando que a prova é insuficiente para embasar a condenação pelo tráfico, pois o réu é usuário, tudo levando à desclassificação para o art. 28, da Lei nº 11.343/06 e, neste caso, à declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena imposta (fls. 311/323).

Recebido o recurso (fls. 327), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 339/345).

Bem processado o apelo, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo seu improvimento (fls. 360/368).

**É o relatório.**

Cuida-se de recurso interposto por Thiago Ricardo Rodrigues de Souza contra a r. sentença de fls. 285/291, que o condenou, por infringência ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 888 dias-multa, de valor unitário mínimo.

E, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, forçoso concluir que não se discute a materialidade da infração, que está demonstrada pelo laudo de exame químico toxicológico de fls. 152/153, que constatou que a substância apreendida era cocaína.

A autoria também é incontestável, pois o acusado, ao ser ouvido em juízo, sob as garantias do contraditório, alegou que era



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos**  
**Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA**  
**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

usuário e trazia algumas porções de droga consigo. Na ocasião dos fatos, estava em situação de rua, e quando avistou os policiais se aproximando abaixou atrás de um veículo, porque possuía 4 porções de cocaína e 1 pedra de *crack* para o seu próprio consumo. Foi abordado e quando questionado sobre a prática de furtos, resolveu colaborar, mas somente teve conhecimento das demais drogas na audiência de custódia (áudio digital do SAJ – fls. 190).

Diante desses elementos, resta analisar, então, a destinação do entorpecente, que a r. sentença impugnada reconheceu como sendo para entrega a consumo de terceiros.

Mas isso, em que pese o convencimento do ilustre Magistrado, não ficou comprovado nos autos, pois os policiais militares Luiz Francisco dos Santos e Daniel Mattos de Carvalho, embora confirmando a apreensão da droga, não demonstraram o envolvimento do réu com o tráfico de entorpecentes.

Afirmaram, na verdade, que o abordaram em ponto de tráfico, depois que ele se abaixou atrás de um veículo e dispensou uma sacola que trazia consigo. Foi revistado e em seu poder apreenderam R\$ 127,00, além de 30 porções de cocaína que estavam na sacola. Na ocasião, Thiago foi reconhecido como furtador contumaz e, além de confessar o tráfico para sustentar o vício em *crack*, admitiu também a prática de outros dois crimes de furto (áudio digital do SAJ).

Ora, o acusado não foi surpreendido em atos de comércio, não era conhecido nos meios policiais por envolvimento com o tráfico, tampouco existia alguma denúncia que ligasse aquela droga apreendida ao tráfico.

Vale dizer, é até possível que aquele entorpecente



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos**  
**Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA**  
**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

fosse destinado à entrega a consumo de terceiros, mas, considerando que os agentes não aprofundaram as investigações, nem mesmo colheram maiores informações sobre a destinação da droga, cuja quantidade, aliás, não é incompatível com o consumo próprio, não se pode afirmar, com a segurança necessária, que esse entorpecente se destinava à entrega a consumo de terceiros.

Ademais, incumbia ao Ministério Público o ônus de comprovar atos que sugerissem a mercancia, mas na total ausência de outros elementos de convicção nesse sentido, de rigor a desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas, pois tudo não passa de mera suspeita.

Bem por isso, havendo dúvida razoável a propósito do tráfico, ela deve favorecer a Defesa, de maneira que a melhor solução é mesmo a desclassificação para o delito do art. 28, da Lei nº 11.343/06.

Resta, então, analisar as características do tipo penal em comento e, se de fato, ele afronta a Constituição Federal como alega a Defesa.

Com efeito, a criminalização da conduta do porte de droga para consumo pessoal decorre de política criminal adotada pelo legislador visando coibir a difusão de entorpecente, resguardando a saúde pública. Caracteriza, pois, norma de interesse social, estando em consonância com a gravidade relacionada ao próprio delito de tráfico de drogas, reconhecido constitucional e legalmente nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e na Lei dos Crimes Hediondos.

Tal dispositivo visa tutelar a saúde pública e não a liberdade individual do usuário, prevalecendo o entendimento de que o delito de porte de drogas para consumo pessoal tem natureza de crime de perigo



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos  
Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA  
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

abstrato, sendo prescindível a prova concreta do dano à saúde pública.

Como ensina Renato Brasileiro de Lima: *“(...) ainda prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a Constituição Federal. Por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutro giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do Direito Penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vem surtindo os efeitos desejados, infelizmente. Em outras palavras, não há afronta a garantia constitucional da liberdade individual, não havendo, portanto, falar em inconstitucionalidade, já que é inadmissível que o direito à intimidade se sobreponha ao interesse coletivo de proteção da saúde pública”* (Legislação Criminal Especial Comentada – Volume Único. 4ª Edição. Editora JusPODIVM, 2016, pág. 706).

Por outro lado, não se ignora que o debate sobre a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos  
Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA  
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

constitucionalidade desse delito está pendente de análise no Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 635.659). Entretanto, é certo que ainda não houve decisão do Pleno naqueles autos.

Portanto, vigora ainda no âmbito da Suprema Corte o entendimento que reconheceu a natureza jurídica de crime do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

*“(...) I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão ‘reincidência’, também não se pode emprestar um sentido ‘popular’, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos  
Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA  
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

*ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (Recurso Extraordinário nº 430105, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007, publicado em 27/04/2007).*

Bem por isso, se durante o processo constatou-se a prática do crime do art. 28, da Lei de Drogas; se existem provas suficientes da materialidade e autoria, não há falar em absolvição porque o dispositivo não pode ser visto como inconstitucional se, como se viu, o Col. Supremo Tribunal Federal, a quem cabe declarar a lei nessa condição, não reconheceu a ilegalidade.

Com essa conclusão, impõe-se a revisão da sanção imposta, tendo em vista que a nova classificação jurídica prevê apenas a advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas.

Assim, considerando-se que o réu é triplamente reincidente e possui péssimos antecedentes com diversas condenações por crimes patrimoniais (fls. 56/70), de rigor a imposição de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 10 meses, mas considerando o tempo em que está preso, a sanção deve ser considerada cumprida, por aplicação do princípio da detração.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Apelação Criminal nº 1500853-62.2022.8.26.0066 - Barretos  
Apelante: THIAGO RICARDO RODRIGUES DE SOUZA  
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO** para desclassificar a infração para o art. 28, da Lei nº 11.343/06 e aplicar ao réu Thiago Ricardo Rodrigues de Souza a pena de 10 meses de prestação de serviços à comunidade, considerada, no entanto, extinta pela detração.

**Expeça-se alvará de soltura clausulado.**

**ALEXANDRE** Carvalho e Silva de **ALMEIDA**  
**RELATOR**