



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000645668

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502117-73.2023.8.26.0618, da Comarca de Tremembé, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado AUGUSTO DE JESUS SOARES GUIMARÃES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento à apelação, com concessão de habeas corpus de ofício em favor do réu, para, reconhecida a atipicidade da conduta, absolvê-lo com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, mantendo-se a aplicação da sanção de advertência sobre os efeitos das drogas, sem nenhuma repercussão criminal.** V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER E XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 18 de julho de 2024.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO COM REVISÃO nº 1502117-73.2023.8.26.0618

VOTO 28541

COMARCA: Tremembé

JUÍZO DE ORIGEM: 1ª Vara

APELANTE: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELADO: Augusto de Jesus Soares Guimarães

APELAÇÃO – Réu denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 – Sentença condenatória que desclassificou a imputação inicial para o tipo penal do art. 28, caput, do mesmo diploma legal – Réu condenado à pena de advertência sobre os efeitos das drogas – Recurso do Ministério Público visando a integral procedência da denúncia – Descabimento – Ausência de indícios suficientes da finalidade de entrega das drogas ao consumo de terceiros no interior do estabelecimento prisional – Drogas localizadas no armário individual do réu, em meio aos seus pertences pessoais – Inocorrência de apreensão de qualquer outro objeto ou anotações que sugiram a traficância – Quantidade de drogas (11 porções de maconha, com massa líquida de 60,4g) que não é incompatível com o consumo pessoal – Réu que admitiu a posse das drogas para seu consumo pessoal quando da localização dos tóxicos pelos Agentes de Segurança Penitenciária – Dúvida ao final da instrução que impede a condenação do réu pelo crime capitulado na denúncia – Observância do princípio “in dubio pro reo” – Desclassificação mantida – Observância, contudo, da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/06, operada pelo E. STF no RE 635.659 (Tema 506) – Atipicidade do porte de cannabis sativa (maconha) para consumo pessoal – Reconhecimento de que o réu guardava apenas maconha para seu consumo pessoal – Conduta atípica – Absolvição que se impõe, com concessão de “habeas corpus de ofício” para esse fim – Precedentes desta Corte – Manutenção da aplicação da sanção de advertência sobre os efeitos das drogas, não podendo, contudo, ter qualquer repercussão criminal – Apelação não provida, com concessão de “habeas corpus” de ofício, nos termos do Acórdão.

Vistos.



Trata-se de apelação interposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face da r. sentença de fls. 165/167, proferida pela MM.^a Juíza de Direito da 1^a Vara da Comarca de Tremembé/SP, que **julgou parcialmente procedente** a pretensão punitiva, **desclassificando a imputação da prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, para o crime previsto no art. 28, caput, do mesmo diploma legal**, condenando o réu à pena de **advertência sobre os efeitos das drogas**.

O Ministério Público pugna (fls. 176/179) pela reforma do julgado, sustentando, em suma, que a desclassificação é descabida, pois há provas suficientes para a condenação pelo tráfico de drogas. Afirma que as testemunhas atestaram a localização de tóxicos entre os pertences do acusado, cuja propriedade foi por ele admitida no presídio. Aduz que o próprio réu negou, em Juízo, ser usuário de drogas, e a quantidade de tóxicos apreendidos, embora não exorbitante, não é ínfima para ser considerada como de mero consumo pessoal. Argumenta, também, que o réu se encontrava em cumprimento de pena no regime semiaberto, de modo que tinha disponibilidade de fazer ingressar entorpecentes no presídio, valendo-se da baixa quantidade de drogas para não evidenciar a traficância. Por fim, reconhecida a prática do tráfico de drogas, a pena deve ser exasperada pelos maus antecedentes, reincidência e pela causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, com fixação do regime inicial fechado.

Requer seja dado provimento ao recurso, nos termos das razões expostas.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 186/189), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **provimento do recurso** (fls. 194/198).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso de apelação.

No mérito, **o recurso não comporta provimento**, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Consta da denúncia que no dia 29 de novembro de 2013, por volta das 13:00h, no Centro de Progressão Penitenciária *Dr. Edgard Magalhães de Noronha*, comarca de Tremembé/SP, o apelante guardava, para entrega e consumo de terceiros, 11 invólucros de maconha (**60,4g**), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Apurou-se que na ocasião dos fatos Agentes de Segurança Penitenciária realizavam vistoria no setor de sub-frota da unidade e procederam à revista dos objetos do ora apelante, oportunidade em que localizaram a totalidade das drogas supracitadas.

Finda instrução, a d. magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, desclassificando a conduta imputada na denúncia para aquela prevista no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06.

Em face da desclassificação operada que se insurge o Ministério Público. Todavia, sem razão.

Em solo policial e em Juízo (fl. 4 e mídia digital), **o réu negou** a propriedade das drogas.

Em Juízo, a **testemunha André Luiz Alves Martins, Agente de Segurança Penitenciária**, esclareceu, sob o crivo do contraditório, que: estavam realizando vistoria de rotina no alojamento onde os detentos trabalhadores se alimentam; no curso da vistoria encontraram entorpecentes em meio aos pertences do réu, no interior de seu armário; indagado, o réu assumiu a propriedade das drogas, mas, depois, passou a negar; o armário é individual de cada detento, utilizado para guardar pertences relativos ao trabalho; não se recorda se no armário tem tranca.

No mesmo sentido foi o **testemunho do Agente de Segurança Penitenciária Marcos Roberto**, que acrescentou que, quando indagado, o réu inicialmente afirmou que as drogas seriam destinadas ao seu consumo pessoal.

Essas são as provas produzidas no curso da instrução, **as quais impedem a formação de uma convicção segura acerca da destinação dos entorpecentes à traficância.**

Isso porque, as provas acusam que **as drogas apreendidas foram localizadas no interior do armário do réu, especificamente em meio aos seus pertences pessoais, não havendo a apreensão de qualquer outro objeto que indique, minimamente, a destinação a terceiros**, tais como papéis com nomes de

terceiros ou pequenas anotações.

A quantidade de drogas, embora não desprezível, não é incompatível com o consumo pessoal (**11 porções com massa líquida de 60,4g**).

A **ausência de variedade de drogas** também reforça a destinação ao consumo pessoal.

Outrossim, o fato de o réu ter condenação anterior pelo crime de tráfico de drogas não admite, nesse cenário, a conclusão de que novamente tenha incorrido no mesmo crime, já que, conforme exposto, ausente outros elementos que indiquem a prática do tráfico de drogas no interior do estabelecimento prisional.

Logo, diante da ausência de indícios suficientes de prática de tráfico de drogas, deve prevalecer o princípio *in dubio pro reo*, mantendo-se a desclassificação da imputação para o crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Todavia, há de se observar que, em sendo reconhecida a **posse de maconha para consumo pessoal, a conduta praticada pelo réu é atípica**.

Com efeito, ao julgar o RE 635.659 (**Tema 506**), o E. STF declarou a **inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, dando-lhe interpretação conforme**, para o fim de **não tipificar como o crime a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa”**.

Por oportuno, confira-se a tese fixada:

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);

De se frisar, outrossim, que o reconhecimento de inconstitucionalidade opera, em regra, efeitos *ex tunc*, já que se trata de reconhecimento de vício que a fulmina a norma desde a sua origem, o que importa na aplicação do paradigma supracitado mesmo que aqui se esteja apurando fatos ocorridos antes da publicação da tese.

Adotando esse entendimento encontram-se recentes julgados desta Corte:

Condução de veículo com sinais identificadores adulterados, direção inabilitada de veículo e porte de droga para consumo próprio. Artigo 311, § 2º, inciso III, do Código Penal, artigo 309, do CTB e artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Guardas municipais, no curso de patrulhamento, que avistam o réu conduzindo motocicleta, sem capacete e na contramão de direção, perseguindo uma mulher. Agentes públicos, no curso da abordagem, que surpreendem o réu, inabilitado para conduzir motocicletas, na posse de uma porção de maconha voltada ao consumo próprio. Continuidade às diligências que culminam com a constatação de que a motocicleta por ele conduzida ostentava numerações de chassi e de motor suprimidas. Prova forte. Autoria e materialidades claras. Confissão judicial, no tocante aos crimes de direção inabilitada e de posse de drogas para consumo próprio, em sintonia com os relatos críveis e válidos dos agentes públicos. Versão exculpatória, no tocante ao crime de adulteração de sinal identificador, isolada e que não convence. Supressão dos sinais identificadores bem comprovada. Placa instalada na motocicleta que sequer se encontrava regularmente cadastrada nos órgãos de trânsito. Evidência clara de prévio conhecimento do réu, que nada tinha de ingênuo, acerca da origem ilícita do bem, assim como da adulteração de seus sinais identificadores. Dolo bem evidenciado. Condenação de rigor. Penas quanto ao crime de direção inabilitada ligeiramente reduzidas, operando-se, na segunda fase, a compensação parcial da atenuante da confissão com a agravante da reincidência. **Revisão da condenação no tocante ao delito do artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Hipótese de infração administrativa. Fato considerado atípico em Recurso Extraordinário com tema de repercussão geral. RE 635659. Tema 506-STF. Absolvição por atipicidade.** Concurso material de infrações, quanto ao demais delitos, bem reconhecido. Regimes prisionais fechado e semiaberto, respectivamente para os delitos de adulteração de sinal identificador e de direção inabilitada, adequados. Apelo parcialmente provido, com determinação. (TJSP; Apelação Criminal 1504534-51.2023.8.26.0536; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/07/2024; Data de Registro: 10/07/2024, *grifamos*)

Apelação Criminal. Roubo circunstanciado e posse de droga para consumo pessoal. Recurso defensivo. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade das palavras da vítima e do policial, sem razão para desacreditá-las. Reconhecimento na fase extrajudicial. Art. 226 do CPP. Mera recomendação legal. Causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, delineada. Constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, que prevê a majoração

do inciso I do § 2º-A do art. 157 do CP. Condenação mantida. **Posse de pequena quantidade de maconha para consumo. Atipicidade da conduta. Recente julgamento do RE 635659 pelo Supremo Tribunal Federal. Tema 506, de repercussão geral. Absolvição de rigor.** Pena atinente ao crime de roubo adequadamente dosada e individualizada. Regime inicial fechado corretamente determinado. Parcial provimento. (TJSP; Apelação Criminal 1501753-49.2023.8.26.0603; Relator (a): Freire Teotônio; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araçatuba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/07/2024; Data de Registro: 04/07/2024, *grifamos*).

De se frisar, ainda, que o parâmetro de **40g de maconha** foi definido para o fim de balizar a distinção entre a posse para consumo pessoal e o tráfico do entorpecente. Trata-se de critério que estabelece uma **presunção relativa** (*juris tantum*) de que o indivíduo que traz consigo até 40g de maconha seja apenas usuário do tóxico, podendo ser reconhecido, mesmo neste caso, o tráfico de drogas, desde que presentes elementos que indiquem o intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas e a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes.

De igual modo, a posse de quantidade superior a 40g de maconha não leva logicamente à conclusão inequívoca de que o entorpecente seja destinado à traficância, **podendo o Juiz reconhecer a atipicidade da conduta se suficientemente verificada a condição de usuário.**

Esse também é o entendimento firmado pelo pretório Excelso, veiculados nos itens 5 a 8 da tese fixada, assim redigidos:

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.**

Portanto, verificada a destinação da maconha ao consumo pessoal do réu, de rigor o reconhecimento da **atipicidade da conduta**, com a consequente concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 647-A, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para absolvê-lo, com fulcro no art. 386, inciso III, do mesmo diploma legal.

Por fim, classificada a conduta como infração administrativa, mantém-se a aplicação da sanção de **advertência sobre os efeitos das drogas, a qual, contudo, não poderá ter nenhuma repercussão criminal.**

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO à apelação, com concessão de *habeas corpus* de ofício em favor do réu, para, reconhecida a atipicidade da conduta, absolvê-lo com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, mantendo-se a aplicação da sanção de advertência sobre os efeitos das drogas, sem nenhuma repercussão criminal.**

RENATO GENZANI FILHO

Relator