



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000652288

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500056-30.2020.8.26.0560, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante BERTOLDO LUIZ DA SILVA AMARO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, deram provimento ao apelo para, em decorrência da conclusão no sentido de que o caso é de posse de maconha destinada a uso próprio, absolver Bertoldo Luiz da Silva Amaro com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, comunicando-se**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), SÉRGIO MAZINA MARTINS E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 22 de julho de 2024.

AMABLE LOPEZ SOTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



Apelação: Autos n. 1500056-30.2020.8.26.0560
Comarca: Votuporanga – 2ª Vara Criminal
Apelante: Bertoldo Luiz da Silva Amaro
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 33.445

Tráfico de drogas. Apelo defensivo objetivando reforma total ou parcial da condenação.

Materialidade demonstrada, mas autoria controversa. Provada propriedade de parte diminuta das drogas, as quais o próprio acusado afirma que eram voltadas para consumo próprio. Não angariados indícios suficientes para traficância ou mesmo da relação entre o réu e porções localizadas em um carro abandonado.

Réu que portava quantidade inferior a 40g. Novel entendimento do eg. STF acerca do porte de maconha para uso pessoal (Tema 506 de Repercussão Geral). Presunção de usuário. Atipicidade da conduta.

Recurso que se concede provimento.

BERTOLDO LUIZ DA SILVA AMARO foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Votuporanga às penas de 07 (sete) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime fechado, bem como ao pagamento de 888 (oitocentos e oitenta e oito) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 381/383).

Irresignada, apela a d. Defesa requerendo a absolvição do acusado por falta de provas. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 ou a concessão do tráfico privilegiado, com a imposição de regime aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Pugna, ainda, pela redução da pena de multa ante as parcas condições financeiras do apelante. Por fim, reclama o direito de recorrer em liberdade, pedido considerado desde já como não escrito porque o réu se encontra solto desde a fase de instrução (fls. 386/398).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 414/416), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 423/429).

É o relatório.

O réu foi condenado porque, segundo a denúncia, no dia 29 de fevereiro de 2020, por volta das 6h, na Rua Ana Inês Assi, nº 2016, Bairro São João, Votuporanga, trazia consigo, para fins de tráfico, uma porção de maconha e guardava, no interior de sua residência, outra porção de maconha, além de que guardava, sobre o pneu de um carro abandonado em frente ao seu imóvel, outras 19 porções da mesma droga, todas elas com peso líquido de 66,4g. Verte da denúncia que as drogas foram localizadas depois que a companheira do acusado acionou a polícia noticiando episódio de violência doméstica que, nestes autos, não redundou em apuração.

A materialidade está estampada no auto de prisão em flagrante (fl. 06/07), boletim de ocorrência (fls. 17/20), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), laudo de constatação provisório (fls. 28/29), exame químico toxicológico definitivo (fls. 108/110), bem como pela prova oral colhida.

A informante *Gabriele Cristina de Castro Doimo*, inquirida sob o crivo do contraditório, afirmou que é ex-companheira do réu. Na ocasião dos fatos, disse aos policiais onde a droga estava e apontou o réu como proprietário. Nunca o viu vendendo droga. Enfatizou que **Bertoldo** era usuário de maconha (cf. mídia digital).

Ouvido em Juízo, o policial militar *Wilker de Jesus Aranha*, responsável pela ocorrência em lume, narrou que foi acionado para atender a uma ocorrência de violência doméstica. No local, *Gabrielle*, companheira do acusado, mostrou onde havia droga escondida e atribuiu a propriedade ao acusado. Encontrou maconha em um carro estacionado defronte à residência, na posse do réu e na residência. As porções estavam prontas para a traficância e tinham a mesma embalagem. Informalmente, o réu confessou a traficância (cf. mídia digital).

As testemunhas de defesa *Francisco*

Deusimar Rodrigues Pereira e Alessandro de Sousa, antigos vizinhos do casal, disseram que o réu era um bom trabalhador e que eram comuns as brigas com *Gabrielle*, que dizia, nesses eventos, que o prejudicaria. Enfatizaram que naquele bairro a prática do tráfico era disseminada e que o carro parado na rua não era de **Bertoldo** (cf. mídia digital).

Tanto em sede policial como em juízo, o acusado apresentou a mesma versão. Admite a propriedade das porções de maconha encontradas em seu poder e no interior de sua casa, com a ressalva de que se destinavam a uso próprio. As porções encontradas no carro não eram de sua propriedade. Destacou que a intenção de sua companheira era apenas lhe prejudicar, pois ele havia descoberto uma traição e a expulsou de casa naquela noite (cf. fls. 12 e mídia digital).

A solução condenatória lançada na sentença comporta reforma, nos termos que seguem.

No que toca à propriedade, não há controvérsia em relação à droga localizada em poder do réu em no interior de sua casa. Ele a admitiu, versão corroborada pelos demais elementos de prova.

Todavia, considerando que os policiais não viram o réu sequer próximo daquele veículo abandonado, não há como atribuir a ele a propriedade do entorpecente ali encontrado. No ponto, tudo que pesa contra o acusado é a afirmação da companheira dele de que também aquela droga pertencia a ele. Além de se tratar de elemento isolado, foi informado por pessoa com interesse direto no desfecho, que lhe atribuiu a propriedade também localizado em um carro abandonado na rua ao apelante. Ao mesmo tempo, a depoente afirmou que seu amásio usava maconha e que nunca o viu vender drogas, sabendo que ele trabalhava diariamente.

Bertoldo, por sua vez, admitiu que é usuário e assumiu a posse dos entorpecentes encontrados consigo e em sua residência, mas, desde o primeiro momento, negou a propriedade da droga localizada no automóvel.

Vide que os policiais foram, inicialmente, atender à ocorrência de violência doméstica – a qual, ao cabo, sequer chegou a ser alvo da denúncia do Ministério Público, frente à ausência de exame de corpo de delito (fls. 05). A descoberta dos

entorpecentes, assim, se deu forma fortuita, não havendo qualquer evidência de informações prévias acerca do envolvimento do réu com o comércio espúrio.

Logo, restou frágil a prova produzida pela Acusação acerca da ligação do acusado com a droga encontrada no automóvel abandonado em frente a sua residência. Frise-se que as testemunhas de defesa afirmam que o bairro é local conhecido pelo tráfico de drogas e que o automóvel não pertencia ao apelante.

Tampouco, restou provado que o acusado era dado à traficância. Note-se que os policiais não localizaram petrechos relacionados ao tráfico e que só foi apreendido uma espécie de droga – justamente, aquela que o réu confirma a dependência. O montante encontrado com o acusado (uma porção em seu bolso e uma porção sua mesa) também não se mostra incompatível com a condição de usuário.

Tendo em vista que, ao todo, foi apreendido, em massa líquida, 66,4g de maconha (cf. laudo às fls. 28/29), mas que somente ficou provada a propriedade de 02 (duas) dentre as 21 (vinte e uma) porções de droga apreendidas, é certo afirmar que o réu possuía, consigo, porção inferior a 40g de maconha.

Assim, tem-se que é atípica a conduta, impondo-se solução absolutória com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, pelas razões a seguir apresentadas.

Em 26 de junho de 2024 o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 635.659 (**Tema 506** da Repercussão Geral, ata de julgamento publicada no DJe de 28/06/2024) e decidiu o seguinte – sem destaques no original:

Por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o **tema 506** da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para:

i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de

legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; e

ii) absolver o acusado por atipicidade da conduta, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux. Não votou, no mérito, o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que já havia proferido voto em assentada anterior.

Em seguida, por maioria, fixou a seguinte tese:

“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);

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;

3. 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 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

4. 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;

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 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”.

Ficaram vencidos: no item 1 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux; no item 2 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques; no item 3 da tese, o Ministro Luiz Fux; no item 4 da tese, os Ministros Flávio Dino e Luiz Fux; e, nos itens 5 e 7 da tese, o Ministro Luiz Fux. Votou na fixação da tese o Ministro Flávio Dino.

Por fim, o Tribunal deliberou, ainda, nos termos do voto do Relator:

1) Determinar ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de medidas para permitir:

(i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal;

(ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas – CAPS AD;

2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas;

3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) 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 (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei;

4) 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 aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados no voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro André Mendonça, que já havia proferido voto em assentada anterior. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 26.6.2024.

Trata-se de decisão de cujo teor de extrai a inequívoca conclusão de que se aplica a casos futuros, em andamento ou mesmo já transitados em julgado, vez que declarada a inconstitucionalidade, ainda que sob moldura específica, de dispositivo legal que até então tipificava como crime a posse de maconha destinada a uso próprio.

No caso, pelo que já exposto, a quantidade de maconha que se comprovou ser de propriedade do apelante se insere **no limite de 40g fixado pela Excelsa Corte** e não se vislumbra quaisquer dos elementos reveladores do *intuito de mercancia* mencionados de forma exemplificativa na precitada decisão. Ademais, o acusado sempre negou, com veemência, qualquer fim de tráfico, informando que as duas porções de drogas que possuía eram exclusivamente para uso pessoal.

A propalada confissão informal, constante



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apenas dos relatos dos agentes estatais, não se presta para nada, pois não consta dos autos tenha sido apresentada espontaneamente e depois de prévia advertência quanto ao direito constitucional de permanecer em silêncio.

Ora, causa estranheza que, pelo que se tem visto na reiterada apreciação de casos análogos, indivíduos abordados pela polícia tenham certa compulsão em confessar prática de crimes e que, depois, especialmente em Juízo, clamem inocência de forma veemente depois de devidamente advertidos do direito ao silêncio. Não custa lembrar que é em Juízo que esses indivíduos se veem escudados pelas garantias da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal. Não se pode admitir que a advertência quanto ao direito ao silêncio seja exigível às autoridades policial e judicial mas que se admita possa a exigência ser dispensada aos agentes das forças de segurança pública, verdadeira inversão do arcabouço lógico do sistema de justiça.

Em decorrência do princípio da inércia da jurisdição, eventual medida de cunho administrativo haverá de ser provocada perante o Juízo competente, segundo os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o aludido RE 635.659.

O réu responde ao processo em liberdade.

Por votação unânime, deram provimento ao apelo para, em decorrência da conclusão no sentido de que o caso é de posse de maconha destinada a uso próprio, absolver **Bertoldo Luiz da Silva Amaro** com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, comunicando-se.

Amable Lopez Soto
relator