



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000310994

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500167-14.2023.8.26.0623, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que são apelantes EMERSON ALVES XAVIER SANTANA e DANILO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento aos apelos defensivos a fim de desclassificar a conduta para aquela prevista no artigo 28, da Lei 11.343/06 e, consequentemente, absolver os réus Emerson Alves Xavier Santana e Danilo da Silva da imputação prevista no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), NELSON FONSECA JÚNIOR E ANTONIO B. MORELLO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

RACHID VAZ DE ALMEIDA

Relatora

Assinatura Eletrônica

Voto nº 47157

Relatora: RACHID VAZ DE ALMEIDA

Apelação Criminal: 1500167-14.2023.8.26.0623

Apelantes: Emerson Alves Xavier Santana e Danilo da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Vargem Grande do Sul

Juiz de 1ª Instância: Marina Silos de Araújo

Apelação – TRÁFICO DE DROGAS - Conjunto acusatório insuficiente para manter a condenação pelo crime mais grave. Decisão que deve ser reformada para desclassificar a conduta para a de posse de droga para consumo pessoal. Ausência de provas seguras quanto à prática da traficância. Dado parcial provimento aos recursos para desclassificar a conduta de tráfico para a de posse de drogas para uso próprio. Posse de drogas. Maconha em quantidade inferior a 40g. Tema nº 506, do e. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Atipicidade da conduta. Absolvição dos réus por atipicidade – Apelos providos.

EMERSON ALVES XAVIER SANTANA e DANILO DA SILVA foram condenados a cumprir penas de **um ano e oito meses de reclusão**, em regime aberto, mais o pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, no valor mínimo, pela prática do crime de **tráfico de drogas privilegiado** (fls. 228/235).

Irresignado apela postulando a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo próprio e a restituição do dinheiro, celulares e motocicleta apreendidos (fls. 257/267).

Contra-arrazoado o apelo, o Ministério Público é pelo desprovimento (fls. 278/281), a Douta Procuradoria Geral de Justiça

manifestou-se pelo desprovimento (fls. 296/302).

É O RELATÓRIO.

Os apelantes foram condenados porque, nas condições descritas na denúncia, traziam consigo e transportavam para entrega a consumo de terceiros, uma porção de maconha, pesando 17,74g (dezesete gramas e setenta e quatro centigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 1), boletim de ocorrência (fls. 14/18), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), laudo de constatação (fls. 23) e laudo de exame químico toxicológico (fls. 143/145).

Com relação à autoria, a prova produzida nos autos não indica, estreme de dúvidas, o envolvimento dos acusados com o tráfico.

Negaram a prática do tráfico nas duas fases da persecução criminal. O acusado Danilo, que trazia consigo a porção de maconha, alegou ser usuário de maconha e a droga se destinava ao consumo. O réu Emerson, por sua vez, afirmou que se deslocavam para uma chácara, na qual ocorria uma festa. Havia garotas de programa. O dinheiro proveniente da venda de um veículo seria gasto na festa (fls. 6, 10 e mídia digital).

Mesmo presentes algumas contradições na exculpatória do réu Emerson sobre a propriedade dos três aparelhos de telefonia celular, pois

inicialmente alegou que eram de garotas de programa que permaneceram na festa, mas em Juízo disse que elas estavam em um veículo próximo ao local da abordagem policial, a circunstância é acessória e não indica, isoladamente, a prática de tráfico de drogas, mesmo porque, não há nos autos perícia nos aparelhos para demonstrar eventuais diálogos compatíveis com o tráfico e sobre os objetos não constavam restrições.

Os depoimentos das testemunhas Carlos e Rodrigo, policiais militares responsáveis pela apreensão da droga e prisão dos réus, foram coesos e harmônicos, apresentando a dinâmica fática da abordagem e apreensão da droga (mídia digital).

Asseveraram, em síntese, que estavam em patrulhamento visando abordar uma pessoa envolvida com homicídio. Segundo informações o suspeito conduzia uma motocicleta Honda/Falcon. Se depararam com os acusados conduzindo uma motocicleta Honda/Falcon, desencadeando a fundada suspeita. Eles ao perceberem a viatura aceleraram. Realizaram o acompanhamento com os sinais luminosos da viatura desligado. Já na rodovia, os réus reduziram a velocidade e realizaram a abordagem. Com o réu Emerson havia dinheiro e três aparelhos de telefonia celular e com o acusado Danilo uma porção de maconha.

Acrescentaram que os acusados não apresentaram explicações sobre a posse dos celulares e do dinheiro, mas alegaram que a maconha se

destinava ao consumo próprio.

Não há dúvida sobre a prisão dos réus e da apreensão da porção de maconha, pesando 17 gramas.

A incerteza se estabelece sobre a destinação da droga. Isto porque a prova colacionada nos autos não indica que os réus pretendiam vendê-la ou entregar ao consumo de terceiros.

A versão do acusado Emerson é incomum e com contradições, mas como alegou a defesa, possível.

Em tese, portar três celulares, aparentemente lícitos, pois não constava denúncia de furto, roubo ou outro delito sobre os aparelhos, não é crime e não é meio de execução de tráfico de drogas. Da mesma forma, transitar em posse de R\$ 2.050,00 em dinheiro é situação incomum, ainda mais quando a origem lícita não resta demonstrada, porém, como mencionado, não configura elementar ou meio de execução do tráfico.

A imputação de tráfico de drogas exige que o trazer consigo e transportar drogas tenha a destinação de entrega a consumo de terceiros e a elementar não restou suficientemente demonstrada nos autos.

Os depoimentos dos policiais em Juízo não corroboram o que falaram na delegacia sobre a imediata fuga dos réus ao avistarem a viatura. Pelo contrário, falaram que eles continuaram trafegando e que sequer perceberam a aproximação da viatura no momento da abordagem, pois

estavam com os sinais luminosos apagados.

No mais, confirmaram que os acusados estavam em um “rolê” e que a droga era destinada ao consumo pessoal.

A fundada suspeita originária da abordagem não tem relação com o tráfico de drogas, mas sim com a investigação de um homicídio, cujo suspeito seria uma pessoa chamada João Paulo e trafegava com uma motocicleta do mesmo modelo.

Por fim, durante os depoimentos, os agentes públicos não mencionaram conhecer os réus dos meios policiais, notadamente como traficantes.

Neste sentido, como não há elementos de prova suficientes sobre a destinação da droga, idôneos a demonstrar o tráfico, acolho a versão dos acusados e desclassifico a conduta para a prevista no artigo 28, da Lei de Drogas.

Faço consignar que a quantidade de droga, no caso concreto, impede, isoladamente, a subsunção da conduta no crime de tráfico de drogas, porquanto se tratava de uma porção de maconha, pesando dezessete gramas.

Repiso que, conquanto haja indícios de que a substância poderia ser entregue a consumo de terceiros, o fato é que não foram colacionados outros elementos de convicção para atribuir aos acusados à prática do crime narrado na incoativa e reconhecido na r. sentença.

A dúvida deve ser interpretada em favor dos réus a fim de desclassificar a conduta para o crime do artigo 28, da Lei 11.343/06.

Diante da decisão desclassificatória, tratando-se de posse de maconha em quantidade inferior a 40g (quarenta gramas), incide a decisão do e. Supremo Tribunal Federal consubstanciada no Tema nº 506.

O e. Supremo Tribunal Federal, em 26 de junho de 2024, no julgamento do RE nº 635.659¹ discutiu a tipicidade do artigo 28, da Lei de Drogas diante da intimidade e vida privada dos cidadãos e concluiu ser o dispositivo inconstitucional originariamente ao se referir a posse de maconha para consumo próprio em quantidade inferior a 40g (quarenta gramas).

É o caso, portanto, de fazer incidir o precedente da Corte Superior, para o fim de absolver os réus por atipicidade da conduta.

No mesmo sentido já decidiu este e. Tribunal de Justiça²:

“Na hipótese de ter restado, contudo, demonstrado que a quantidade de entorpecente (maconha) apreendida em poder do réu destinava-se efetivamente a seu uso próprio e era inferior a 40 gramas, é de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta, para absolvê-lo, de ofício, com supedâneo

¹ Brasil. STF: Tema 506: **Decisão:** O Tribunal, 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 (...). Consulta: [Supremo Tribunal Federal](#). Acesso em 13.01.2025.

² Brasil. TJ/SP. Processos nºs, respectivamente, 3011124-89.2024.8.26.0000 - Classe/Assunto: Revisão Criminal / Tráfico de Drogas e Condutas Afins. Relator(a): Grassi Neto, Comarca: Pirassununga - Órgão julgador: 5º Grupo de Direito Criminal. Data do julgamento: 10/01/2025. 3011887-90.2024.8.26.0000 - Classe/Assunto: Revisão Criminal / Tráfico de Drogas e Condutas Afins - Relator(a): Hermann Herschander - Comarca: Tupã - Órgão julgador: 7º Grupo de Direito Criminal. Data do julgamento: 09/01/2025. 2358567-77.2024.8.26.0000 - Classe/Assunto: Revisão Criminal / Tráfico de Drogas e Condutas Afins - Relator(a): Camilo Léllis - Comarca: Vargem Grande do Sul - Órgão julgador: 2º Grupo de Direito Criminal - Data do julgamento: 09/01/2025

no art. 386, III, do CPP”

“REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Pretensão de absolvição, por atipicidade. Alegação de que foram apreendidas menos de 40 gramas de maconha com o peticionário, que deve ser tratado como usuário, e não como traficante, consoante a presunção estabelecida no julgamento do RE n. 635.659 pelo E. STF. Viabilidade do pedido. Porte de 14,24g de maconha. Circunstâncias do caso concreto não indicadoras do intuito mercantil, principalmente diante da pequena quantidade de entorpecente apreendida, em única porção. Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, no referente à posse de maconha, proclamada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no RE 635.659 (Tema 506) – Atipicidade do fato imputado – Revisão deferida”

“Revisão Criminal – PORTE DE ENTORPECENTES PARA FINS DE USO (Art. 28, da Lei n.º 11.343/2006). Pleito de absolvição por atipicidade da conduta. Acolhimento. Revogação parcial do art. 28 da Lei de Drogas. Fatos que se amoldam à tese fixada no Tema 506 do STF. Repercussão geral do RE 635659/SP reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, que concluiu que 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. Revisão deferida para absolver a requerente pela atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CPP e Tema 506 do STF.

Diante da r. decisão, ausentes elementos probatórios suficiente

a demonstrar que o dinheiro e os celulares eram de produto de crimes anteriores ou de origem ilícita, bem como que a motocicleta apreendida tenha sido utilizada no tráfico de drogas, defiro a restituição dos bens, mediante comprovação da propriedade e da origem lícita no caso do dinheiro.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento aos apelos defensivos a fim de desclassificar a conduta para aquela prevista no artigo 28, da Lei 11.343/06 e, conseqüentemente, absolver os réus **Emerson Alves Xavier Santana** e **Danilo da Silva** da imputação prevista no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

RACHID VAZ DE ALMEIDA
Relatora