



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000314859

1511873-03.2022.8.26.0114

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1511873-03.2022.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MATHEUS VAGNER MAGALHÃES.

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 ao recurso. 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), NUEVO CAMPOS E RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

ULYSSES GONÇALVES JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1511873-03.2022.8.26.0114

Juízo de origem: Foro de Vila Mimosa - Regional de Campi/4ª Vara

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Matheus Vagner Magalhães

Juiz de 1ª Instância: Nome do juiz prolator da sentença Não informado

Voto nº 11.153

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. PROVIMENTO DO RECURSO. I. Caso em Exame: Recurso do Ministério Público contra sentença que declarou inconstitucional o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e absolveu o réu por posse de 2g de cocaína. II. Questão em Discussão: A questão é se a declaração de inconstitucionalidade deve ser afastada para prosseguir o feito. III. Razões de Decidir: Comprovação da materialidade e autoria do delito. Tese do STF: posse para consumo pessoal não é infração penal, aplicam-se sanções administrativas. IV. Dispositivo e Tese: Recurso provido, cassação da decisão e competente prosseguimento do feito. Tese de julgamento: Afastamento da inconstitucionalidade do art. 28. Legislação Citada: Lei nº 11.343/2006, art. 28 Código de Processo Penal, art. 386, III. Jurisprudência Citada: STF, RE nº 635.659, Tema 506. TJSP, Apelação Criminal nº 1501711-12.2023.8.26.0405, Rel. Des. Roberto Grassi Neto, j. 31.01.2025.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo representante do **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. sentença de fls. 67, que declarou inconstitucional o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, e, rejeitou a denúncia, absolvendo o réu **Matheus Vagner Magalhães**, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o **Ministério Público** apela buscando a reforma da decisão, afastando-se a declaração incidental de inconstitucionalidade do

artigo 28, da Lei 11.343/2006 com o consequente retorno dos autos à origem para o devido processamento do feito (fls. 75/80).

O recurso foi recebido (fl. 81) e regularmente contrariado (fls. 101/104).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 119/125).

É O RELATÓRIO.

O recurso procede.

O apelado **Matheus Vagner Magalhães** foi denunciado como incurso como incurso no artigo 28, “caput”, da Lei 11.343/06, pois, no dia 2 de julho de 2022, por volta de 12h10, na Rua Comendador Riccardo Di Primazzi, Conj. Hab. Vida Nova, na cidade e Comarca de Campinas, trazia consigo, para consumo pessoal, droga, consistentes em 2g (dois gramas) de Cocaína, acondicionados em 4 (quatro) ‘eppendorfs’, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O Promotor de Justiça deixou de ofertar proposta de transação, ANPP e suspensão condicional do processo, eis que réu denunciado por dois crimes anteriores (fl. 37).

Foi oferecida a peça acusatória, houve o regular processamento do feito, até o advento da r. sentença de fls. 67/72, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 28, da Lei 11.343/2006, absolvendo, por consequência, o ora apelado com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

A materialidade do delito está consubstanciada pelo termo de

compromisso - lei 9.099/95 (fl. 3); pelo boletim de ocorrência (fls. 07/10); pelo auto de exibição e apreensão (fl. 06); pelo laudo de Exame Químico-Toxicológico - Laudo Definitivo (fls. 12/14); a autoria é igualmente incontroversa.

Conforme se verifica do boletim de ocorrência (fl. 9):

"VERSÃO DO AUTOR MATHEUS: Que é amigo de Anderson e também é conhecido de Anderson Soares, pois moram na mesma ocupação da rua Luzitana. Declara que fecharam uma corrida com Anderson Soares para irem ate Hortolândia buscar uma boneca para treinamento de cabeleireira que sua esposa esta fazendo, visto que Anderson Soares faz serviços de uber e de motorista. Na volta pediu para que Anderson fosse ate o bairro Vida Nova e entraram na rua Comendador Riccardo Di Primazzi, pois sabe que no local é um ponto de trafico e que poderiam achar lança perfume, Anderson Soares não sabia que esta era a intenção do declarante e de seu amigo, visto que o declarante e Anderson Luiz fariam uso. Ocorre que quando estavam pela rua a fim de perguntarem sobre a droga, foram abordados pelos policiais civis, não tinham desconfiado que eram policiais. Que escondeu os pinos de cocaína dentro do porta luvas sem que Anderson Soares soubesse sobre a droga, sendo assim de imediato confessou para os policiais que os pinos que escondeu no porta luvas era para seu uso e de Anderson, o qual também é usuário e que cada um comprou 4 pinos de cocaína, no bairro Campo Grande, em Campinas, em outra oportunidade, de indivíduo desconhecido, totalizando assim 8 pinos de cocaína idênticos. Que é usuário de cocaína e lança perfume desde os 10 anos e nunca fez tratamento para se livrar do vício. Que se compromete a comparecer no Juizado Especial Criminal assim que for notificado."

À vista dos autos, conclui-se que a droga apreendida se destinava efetivamente ao uso próprio e não para a comercialização espúria.

Assim, conforme julgamento do RE n. 635.659 - Tema 506, em junho de 2024, trânsito em julgado em 18/03/2025, fixou a 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."

Ademais, a porção de “40 gramas de cannabis sativa ” não é absoluta, que, aliás, pode ser afastada na hipótese de restar demonstrado que a droga

apreendida não seria destinada ao consumo próprio, quando estiver acompanhada do encontro de embalagens, balanças ou registros de venda, indicativos de sua destinação ao tráfico de entorpecentes, etc.; e, no caso em questão, a quantidade de entorpecente apreendida em poder do réu era destinada a uso próprio, sendo, aliás, inferior a 40 gramas (**2g de cocaína, acondicionados em 4 ‘eppendorfs’**), de forma que, as sanções estabelecidas no art. 28 da Lei 11.343/06 devem ser aplicadas pelo Juiz, cabendo portanto a reforma da r. decisão de 1º grau, afastando-se a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei 11.343/2006, que rejeitou a denúncia, e absolveu o réu **Matheus Vagner Magalhães**, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido é o entendimento da 9ª Câmara de Direito Criminal: "*Posse de entorpecentes – Agente que traz consigo pequena quantidade de maconha – Elementos indicativos de que o tóxico se destinava ao uso próprio e não ao tráfico – Atipicidade da conduta – Rejeição da denúncia – Entendimento do Tema 506, de repercussão geral (RE n. 635659), do Supremo Tribunal Federal – Remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para aplicação das sanções administrativas cabíveis Não se cogita de subsunção da conduta ao tipo penal de tráfico de entorpecentes se a dinâmica dos fatos e as circunstâncias que cercaram a prisão do acusado e a apreensão da substância estupefaciente foi, com efeito, indicativa não de traficância, mas de mera posse para consumo próprio. Em tais situações, cabe destacar que o Pretório Excelso, ao julgar o RE n. 635.659 - Tema 506, em junho de 2024, decidiu que a apreensão de menos de 40 gramas de maconha com o agente deve, a princípio, ser considerada como sendo destinada a uso próprio e que, em tais casos, aludida conduta, analisada à luz dos direitos à privacidade e à liberdade individual (art. 5º, X, da CF/88), conquanto mantenha seu caráter irregular e enseje a apreensão do entorpecente, bem como a imposição de sanções educativas aplicadas por um Magistrado, não configura infração penal. É certo que o assim denominado “critério dos quarenta gramas” não é absoluto, cuidando-se, antes, de uma presunção relativa, que pode ser afastada, na hipótese de restar demonstrado que o tóxico não seria destinado ao consumo próprio. É ilustrativa a situação na qual a apreensão de menos de 40 gramas de maconha venha acompanhada do*

encontro de embalagens, balanças ou registros de venda, indicativos de sua destinação ao tráfico de entorpecentes. 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, devendo os autos, nos termos do RE n. 635.659, ser remetidos ao Juizado Especial para imposição das sanções administrativas cabíveis." (TJSP, Apelação Criminal Nº 1501711-12.2023.8.26.0405, Rel. Des. ROBERTO GRASSI NETO, j. 31/01/2025).

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso interposto pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo*, em desfavor de *Matheus Vagner Magalhães*, determinando-se a cassação da decisão que rejeitou a denúncia oferecida pelo *Parquet*, dando-se o competente prosseguimento do feito.

ULYSSES GONÇALVES JUNIOR
Relator