



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000325961

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500167-94.2024.8.26.0585, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é apelante MATHEUS ALENCAR DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Deram parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas do acusado para 01 ano e 08 meses de reclusão, mantido o regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, e por prestação pecuniária, no valor de 01 salário mínimo, mantendo-se, no mais, a r.sentença. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), MOREIRA DA SILVA E MARCELO GORDO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

AUGUSTO DE SIQUEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação n. 1500167-94.2024.8.26.0585

Comarca de Presidente Venceslau - 3ª Vara

Apelante: Matheus Alencar de Souza

Apelado: Ministério Público

Sentença: MM. Juiz Deyvison Heberth dos Reis

Voto n. **54614**

EMENTA: Direito Penal. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Parcial provimento.

I. Caso em Exame

Condenação a 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto, e 333 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, “caput”, c.c. o § 4º, da Lei n. 11.343/06. O réu foi flagrado com 47,9 gramas de maconha, sem autorização legal. Em juízo, negou a prática do delito, alegando que a droga era para consumo pessoal.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a possibilidade de desclassificação do crime de tráfico para porte de drogas para consumo pessoal, com base no Tema 506 do STF; (ii) a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. Razões de Decidir

3. A presunção de usuário para quantidade inferior a 40 gramas de maconha é relativa e pode ser afastada por evidências de tráfico, como no caso em questão.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é possível, considerando o entendimento do STF e do STJ sobre o tráfico privilegiado não ser crime hediondo.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido, para reduzir as penas do

acusado para 01 ano e 08 meses de reclusão, mantido o regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Tese de julgamento:

A presunção de usuário para quantidade inferior a 40 gramas de maconha é relativa e pode ser afastada por evidências de tráfico.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é possível em casos de tráfico privilegiado.

Legislação Citada:

Lei n. 11.343/06, art. 33, “caput”, c.c. o § 4º; Código Penal, art. 44.

Jurisprudência Citada:

STF, R.E. n. 635.659/SP (Tema 506); STJ, AgRg no HC 485746/SP, Rel. Min. Joel Ilan Pacionirk, j. 04.06.2019; HC 482234/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.06.2019.

Vistos.

Matheus Alencar de Souza foi condenado a 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto, e 333 dias-multa, valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, “caput”, c.c. o § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Inconformado, apela. Requer a desclassificação do crime de tráfico para o delito tipificado no artigo 28 da Lei de Tóxicos, com a consequente absolvição, por atipicidade da conduta, sob o argumento de que, em decorrência da decisão do STF, no R.E. n. 635.659/SP (Tema 506), a conduta de porte de quantidade ínfima de maconha para consumo pessoal não é mais considerada crime. Subsidiariamente, postula a redução máxima da pena no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Recurso bem processado.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo, com a redução máxima da pena no tráfico privilegiado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É, em síntese, o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 05 de julho de 2024, na Avenida Alvorada, n. 110, na cidade e Comarca de Presidente Venceslau, Matheus Alencar de Souza trazia consigo e tinha em depósito, para fins de tráfico, três pequenos invólucros e uma porção “in natura” de maconha, com peso líquido de 47,9 gramas, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade do delito está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 21/22, pelas fotos de fls. 33/34 e pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 86/88.

Silente na fase administrativa, em juízo, o acusado negou a prática do delito. Alegou que havia vendido sua bicicleta, recebendo uma pizza e R\$ 50,00. Na data dos fatos, havia comido a pizza e saiu para fumar um “baseado” de maconha. Quanto estava fora da residência, encontrou um conhecido que lhe indagou sobre a bicicleta, tendo informado que já a havia vendido. Em seguida, surgiram os policiais e, então, dispensou o “baseado” que iria fumar. As drogas apreendidas não se destinavam ao tráfico.

Os policiais militares João Paulo e Marcelo Sanches relataram que tinham informações de que o acusado estava praticando o tráfico na residência dele. Fizeram um monitoramento no local, avistando o momento em que o réu entregou algo a um indivíduo que estava em uma bicicleta. Resolveram proceder à abordagem, momento em que o indivíduo que recebera o objeto conseguiu fugir; o acusado dispensou uma porção da

droga na calçada. Em revista pessoal, com ele foi encontrado R\$ 50,00 e um aparelho celular. Na residência dele, na gaveta do guarda-roupas, localizaram outras porções de maconha.

O quadro probatório, ora resumido, não deixa dúvida alguma sobre a responsabilidade penal do réu, não havendo que se cogitar de insuficiência de provas.

De início, tem-se que os policiais militares afirmaram que tinham informações de que o réu estava praticando o tráfico na residência dele. Foram até o local e visualizaram quando o acusado entregou algo a um indivíduo que estava de bicicleta. Quando da abordagem, tal indivíduo fugiu e o acusado dispensou uma porção da droga na calçada. Na residência do acusado localizaram outras porções de maconha.

Farto é o entendimento jurisprudencial no sentido de que depoimentos de policiais têm o mesmo valor que o de qualquer cidadão, a menos que se demonstre que eles teriam alguma razão espúria para incriminarem, falsamente, o agente.

Além dos v.Acórdãos citados na r. sentença a fls. 184/185 e pelo i. Procurador de Justiça a fls. 239/240, veja-se:

“(…) É que os guardas ouvidos em juízo, em depoimentos seguros e coerentes, reafirmaram a realidade da abordagem e da apreensão de drogas que o acusado guardava e tinha em depósito em local conhecido pela ocorrência do tráfico. (...) Essas declarações, produzidas por pessoas isentas, são mais que suficientes para justificar a condenação imposta. Afinal, a lei não trata o agente de segurança como pessoa impedida ou suspeita de prestar depoimento, ao contrário, ele está sujeito ao compromisso de dizer a verdade e às penas do falso testemunho, caso omita ou distorça os fatos. Bem por isso, repita-se, se nada contribui para viciar o depoimento do policial, cumpre dar a ele igual valor ao de qualquer outra testemunha”.

(TJSP, Apl. Crim. 0001702-77.2018.8.26.0542, rel. Des. Alexandre Almeida, j. 04.08.2020).

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO COMETIDO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE AGENTES E COM RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. ABSOLVIÇÃO EM 1º. GRAU. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA DA AUTORIA COLHIDA EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) IV – O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo a defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. (...)” (STJ, HC 471.082/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJe 30.10.2018).

No mesmo sentido, entre outros: STJ: RHC 49343/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.11.2014 e AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.03.2014 e TJSP, Apl. Crim. 0009973-69.2012.8.26.0224, desta Câmara, Rel. Des. França Carvalho, j. 07.11.2013.

O que não merece credibilidade é a negativa de autoria do acusado, feita apenas em juízo. A explicação que ele deu sobre a presença de outra pessoa no local (na frente de sua residência) afigura-se assaz inverossímil (tal pessoa foi lhe indagar sobre a bicicleta que ele já teria vendido).

Destarte, as mensagens contidas no celular do réu (fls. 78/85) demonstram, também, sem sombra de dúvidas, que ele, realmente, estava praticando o comércio ilícito, como mencionado pelos policiais militares.

Inviável a pretendida desclassificação do delito para o tipificado no artigo 28 da Lei de Tóxicos.

É irrelevante que não haja “provas concretas de ato de comércio”, como alegado pela defesa.

O delito em análise é de ação múltipla, ostentando dezoito verbos alternativos, de forma que, para sua configuração, não se exige qualquer ato de comércio, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente para tal fim.

Veja-se, a propósito:

“Para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que o agente seja surpreendido no exato momento em que esteja fornecendo materialmente a droga a terceira pessoa, bastando a evidência que para fins de mercancia se destina o tóxico encontrado”. (RT 727/478).

“O crime de tráfico é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda”. (TJSP, Ap. 316.892.3/0, Rel. Des. Hélio de Freitas, j. 12.06.2001, RT 793/576).

“O delito de tráfico de entorpecentes possui em seu tipo a descrição de diversas condutas ilegais, suficientes, cada uma,

por si sós, para incriminar o seu autor, não sendo necessário para a sua consumação que chegue a haver o comércio por parte de quem detém a droga no momento da apreensão”. (RT 793/727).

Por outro lado, a argumentação do dedicado defensor, reportando-se ao Tema 506 (R.E. n. 635.659) do Supremo Tribunal Federal que considera que *“a posse de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, seja 40 gramas ou 6 pés”* não é mais considerada crime, não se aplica ao caso “sub judice”.

Como bem ponderou o i. Procurador de Justiça, *“o Tema 506 do STF não reconhece, automaticamente, a condição de usuário àquele que possui em seu poder menos de 40 gramas de maconha, sendo essa presunção de usuários relativa, devendo ser afastada em face das circunstâncias do caso concreto. Foi, portanto, o que se apurou concretamente neste processo”*.

Nesse sentido, decisões deste Tribunal:

*“Direito Penal. Revisão Penal. Tráfico de Drogas. Pedido julgado improcedente. Caso em exame – Mikael da Silva Lima foi condenado por tráfico de drogas por manter em depósito 30,92g de maconha, bem como ter vendido em comparsaria com o corréu Eliseu 25,5g da mesma substância entorpecente ao indivíduo Gustavo. A Defensoria Pública ajuizou revisão criminal, invocando a tese do STF no RE n. 635.659//SP (TEMA 506), alegando que a quantidade de droga indica uso pessoal. A questão em discussão consiste em determinar se a presunção de usuário, para quantidade inferior a 40 gramas de maconha, se aplica ao caso. Razões de decidir. **A presunção de usuário é relativa e pode ser afastada por elementos que indiquem tráfico, como no caso.** (...) Pedido de revisão criminal indeferido. (...) A presunção de usuário para quantidade inferior a 40 gramas é relativa e pode ser afastada por*

evidências de tráfico. O flagrante de venda justifica a condenação por tráfico. Logo, não incide, no caso, o Tema invocado para a revisão que, por não se enquadrar nas hipóteses do art. 621 do CPP, não merece ser deferida.” (Revisão Criminal 3011932-94.2024.8.26.0000, Rel. Des. Xisto Rangel, desta Câmara, j. 07.01.2025).

*“Revisão Criminal – Tráfico ilícito de entorpecentes – Ausência de demonstração de que a condenação contrariou texto expresso da lei penal ou a evidência dos autos – Reconhecimento - Inaplicabilidade do Tema 506, do STF – **Presunção de posse de maconha para consumo próprio relativa e desconstituída por elementos que indicam a destinação da droga a terceiros** – (...) - Pedido revisional indeferido.” (Revisão Criminal n. 2360053-97.2024.8.26.0000, Rel. Des. Cláudia Fonseca Fanucchi, j. 09.01.2025).*

Na hipótese dos autos, repita-se, além dos policiais terem informações de que o acusado estava se dedicando ao comércio ilícito em sua residência, esses agentes viram quando o réu entregou algo a terceiro, em conduta similar à venda de drogas e, por fim, as conversas mantidas no celular do réu demonstram, claramente, que ele estava se dedicando ao tráfico.

Analisa-se a dosimetria das penas.

Penas-base corretamente fixadas no mínimo legal.

A diminuição das penas na fração de 1/3 deve ser modificada, como bem ponderou o i. Procurador de Justiça. “Data venia”, a consideração sobre *“a quantidade de drogas encontrada em dois lugares distintos e o fato de o acusado ter tentado se evadir da abordagem”* não é razão para diminuição das penas em patamar mais gravoso.

Assim, diminuem-se as penas na fração de 2/3, importando

em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Destarte, esta Câmara passou a adotar o entendimento de que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito em hipóteses como a dos autos. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal e reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, inexistente óbice à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas (STJ - AgRg no HC 485746/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Pacionirk, 5ª. Turma, julgado em 04.06.2019; HC 482234/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª. Turma, j. 06.06.2019; AgRg no REsp 1777922/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 07.05.2019).

É de se lembrar que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do H.C. n. 118.533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016, decidiu que o denominado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

Malgrado a citada decisão tenha sido proferida em controle difuso de constitucionalidade, portanto, sem efeito vinculante, inexistente dúvida acerca do entendimento daquela Corte Superior, tomada em decisão plenária. Nada impede, aliás, recomenda-se, em observância à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões que o entendimento seja observado, principalmente porque mais favorável ao agente.

Observa-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula 512, que considerava o tráfico privilegiado crime hediondo e tem seguido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vê nos seguintes acórdãos: HC 422.546/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.12.2017 e HC 400.059/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.12.2017.

Assim, substitui-se a pena privativa de liberdade do acusado

por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, e por prestação pecuniária, no valor de 01 salário mínimo, cuja destinação deverá ser explicitada pelo Juízo da Execução.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas do acusado para 01 ano e 08 meses de reclusão, mantido o regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, e por prestação pecuniária, no valor de 01 salário mínimo, mantendo-se, no mais, a r.sentença.

Augusto de Siqueira

relator