



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000327839

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501151-50.2023.8.26.0153, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante CARLOS EDUARDO FERNANDES MANCILIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao recurso para absolver o apelante Carlos Eduardo Fernandes Mancilio das penas do art. 33, caput e art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso 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 XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

CARLA RAHAL

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 702

Apelação Criminal nº 1501151-50.2023.8.26.0153

Comarca: Cravinhos

Vara de origem: 1ª Vara

Juiz(a) de Direito: Luana Ivette OddonE Chahim Zuliani

Apelante: Carlos Eduardo Fernandes Mancilio

Apelado: Ministério Público

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO.

I. Caso em Exame 1. Apelação interposta contra sentença que condenou Carlos Eduardo Fernandes Mancilio a 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão por tráfico de drogas, com base no art. 33 e art. 40, III, da Lei de Drogas. A defesa pleiteia absolvição por insuficiência de provas.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se a posse de 16,170 gramas de maconha caracteriza tráfico de drogas ou posse para consumo pessoal.

III. Razões de Decidir 3. A quantidade de droga apreendida (16,170g de maconha) está abaixo do limite de 40g, estabelecido pelo STF no RE 635.659, que presume usuário quem porta até essa quantidade.

4. Não há provas suficientes para afastar a presunção de usuário, como a ausência de elementos indicativos de tráfico, tais como balança, registros de operações comerciais ou contatos de usuários.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso provido. Absolvição por atipicidade da conduta, com base no art. 386, inciso III, do CPP.

Tese de julgamento: 1. Não constitui infração penal a posse de maconha para consumo pessoal. 2. A presunção de usuário é relativa e deve ser avaliada conforme as circunstâncias da apreensão.

Legislação Citada: Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput, art. 40, III; Código de Processo Penal, art. 386, inciso III.

Jurisprudência Citada: STF, RE nº 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 26.6.2024.

TJSP, Apelação Criminal 1500067-08.2023.8.26.0252, Rel. Renato Genzani Filho, j. 30.09.2024. TJSP, Apelação Criminal 1501333-14.2021.8.26.0571, Rel. Tetsuzo Namba, j. 22.08.2024.

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença de fls. 169/174, que julgou parcialmente procedente a ação ajuizada pela Justiça Pública, para condenar Carlos Eduardo Fernandes Mancilio ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e 793 dias-multa, no piso, como incurso no art. 33, combinado com o art. 40, inciso III, ambos da Lei de Drogas.

Em sua manifestação, a Defesa de Carlos requer a absolvição alegando a insuficiência de provas (fls. 194/199).

Apresentada as contrarrazões (fls. 203/206), a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 216/223).

É o relatório.

O recurso comporta provimento, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Constam dos autos, que no dia 8 de novembro de 2023, por volta das 09h30, na área externa do Raio IV da Penitenciária II de Serra Azul, situada na Rodovia Abraão Assed, Km 29, Zona Rural da cidade de Serra Azul, no município de Cravinhos, o apelante, após adquirir e introduzir no sistema penitenciário, ocultou, com a intenção de tráfico, dezenove invólucros plásticos brancos, amarrados por nó, contendo maconha, totalizando

16,170g (dezesseis gramas e cento e setenta miligramas), caracterizando-se como drogas, armazenadas sem autorização legal e em desacordo com as normas regulamentares.

Segundo se apurou, o réu visava comercializar drogas no sistema prisional. Nesse contexto, após adquirir os entorpecentes no presídio de Ribeirão Preto/SP onde estava custodiado, engoliu toda a droga para que pudesse trazê-las e então negociá-las na Penitenciária II de Serra Azul para onde seria transferido.

Com base nas investigações, Carlos trabalhava na faxina do raio em que estava alocado, e guardou as porções de maconha nas proximidades do tanque de lavar roupas da área externa, dentro de um recipiente de margarina.

Ocorre que, em revista de rotina, após os sentenciados serem retirados de suas celas e revistados, bem como alojados em outras, agentes da Segurança Penitenciária acabaram logrando êxito em localizar o pote acondicionando os entorpecentes, de modo que passaram a indagar os detentos sobre a propriedade das drogas, ocasião em que o apelante confessou sua propriedade

Encerrada a instrução, a d. Juíza a quo julgou procedente a pretensão punitiva, condenando o apelante como incurso nas sanções do art. 33, caput, e art. 401, III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Ocorre, contudo, que o apelante foi supostamente flagrado na posse de 16,170 gramas de maconha, hipótese que faz incidir o entendimento

firmado pelo E STF quando do julgamento do RE 635.659 (Tema 506).

Com efeito, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, dando-lhe interpretação conforme, para o fim de presumir usuário quem 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.

Por oportuno, confira-se a tese fixada a esse respeito:

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;

A quantidade de 40g de maconha foi definida 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 provas do intuito de mercancia, tais 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, veiculado 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 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.

E aplicando-se a tese ao caso ora em análise, verifica-se que não há prova nos autos apta a suplantar a presunção da condição de usuário do apelante.

Em interrogatório judicial, o réu negou a prática do crime, afirmando que as drogas sequer lhe pertenciam.

A testemunha Diego Sousa Hojo, agente de segurança penitenciária, ouvido na fase extrajudicial disse que: “na data de 08/11/2023, participava de uma revista de rotina pela Unidade. Que a revista seguia os padrões, sendo sentenciados retirados das celas, revistados e alojados em

outras celas para que os locais fossem vistoriados. Por volta das 09h30min realizava o procedimento de revista no interior do raio TV. Ao vistoriar as proximidades do tanque de lavar roupas da área externa, logrou êxito em encontrar um recipiente de margarina no chão. Dentro de tal recipiente havia um saco de fumo, no interior do qual, por sua vez, havia 19 (dezenove) invólucros plásticos contendo substância aparentando se tratar de maconha. Os ocupantes do raio passaram então a serem indagados, sendo que o sentenciado Carlos Eduardo Fernandes Mancilio, matrícula nº 1.243.856, alojado na cela 01 e atuando junto à "faxina" do raio, apresentou-se como responsável pela substância. O apelante foi então alojado preventivamente em cela disciplinar para a devida averiguação dos fatos. Que o apelante não justificou como obteve a substância. Que o declarante não tem suspeitas ou informações de como a substância pode ter adentrado a Unidade" (fls. 43). Em juízo, confirmou o quanto dito acima.

Portanto, ao analisar o conjunto probatório, constata-se que há apenas a evidência de que o apelante assumiu a responsabilidade por um entorpecente que nem sequer foi encontrado em sua posse, e que consistia em apenas 16,170 gramas de maconha.

Não há qualquer outro elemento concreto de convicção que indique que referido tóxico era destinado à traficância, tais como papéis com nomes de destinatários ou pequenas anotações de conteúdo típico de comercialização, o que impede a superação da presunção de que o tóxico se destinava ao consumo pessoal.

A presunção de usuário, portanto, permaneceu incólume ao final da instrução.

Como consequência, verificada a posse de maconha para consumo pessoal, o apelante deve ser absolvido pela atipicidade da conduta.

Isso porque, no mesmo precedente qualificado, o STF fixou o entendimento de que não constitui infração penal a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa”.

Assim confira-se:

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);

Com a declaração de constitucionalidade, a posse de maconha para consumo pessoal passou a se tratar de ilícito extrapenal, cuja sanção deve passar à margem do Direito Penal.

pessoal do apelante, de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta, com a consequente absolvição com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, com aplicação das sanções administrativas de advertência sobre os efeitos da droga e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem qualquer repercussão criminal, nos exatos termos do decidido no RE 635.659 (Tema 506).

Por fim, de se frisar 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 Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROVIMENTO DO RECURSO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TEMA 506. REPERCUSSÃO GERAL. ABSOLVIÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE. ARTIGO 386, INCISO III DO CPP – Réu condenado a 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 dias-multa, no valor unitário mínimo – Pedido de absolvição – Acolhimento por fundamento diverso – Necessária observância da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/06, operada pelo E. STF no julgamento do RE 635.659 (Tema 506) – Presunção

relativa da condição de usuário daquele que porta até 40g de maconha – Negativa do réu quanto à traficância não infirmada pelas provas testemunhais – Agentes de Segurança Penitenciária que apenas atestaram que o réu foi flagrado na posse de 35 porções de maconha, totalizando 30,5g – Inocorrência da apreensão de objetos indicativos da traficância – Réu que não foi flagrado entregando ou prometendo os tóxicos a terceiros – Presunção de usuário não superada pelas provas dos autos – Posse de maconha para consumo pessoal que se trata de conduta penalmente atípica – Aplicação exclusiva das sanções administrativas de advertência sobre os efeitos da droga e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem qualquer repercussão criminal, nos exatos termos do decidido no Tema 506 – Apelação provida, nos termos do Acórdão.

(TJSP; Apelação Criminal 1500067-08.2023.8.26.0252; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ipaussu - Vara Única; Data do Julgamento: 30/09/2024; Data de Registro: 30/09/2024)

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROVIMENTO DO RECURSO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TEMA 506. REPERCUSSÃO GERAL. ABSOLVIÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE. ARTIGO 386, INCISO III DO CPP. RECURSO LIVRE. I. Caso em Exame João Victor foi condenado a

cinco anos de reclusão e ao pagamento de quinhentos dias-multa por tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Em 9.10.2021, foi flagrado na Praça JF, Guareí, Porangaba/SP, com quatro porções de maconha (7,95 gramas). A defesa alegou que a droga era para consumo pessoal. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta de João Victor configura tráfico de drogas ou posse para consumo pessoal. III. Razões de Decidir 3. A materialidade delitiva foi comprovada por diversos documentos, incluindo auto de prisão em flagrante e laudo toxicológico. 4. A autoria foi atribuída ao apelante, mas as provas não demonstram a prática de tráfico, considerando a quantidade de droga compatível com consumo próprio e a ausência de petrechos voltados ao tráfico. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso provido. Absolvição por não constituir o fato infração penal. Tese de julgamento: 1. Não comete infração penal quem adquire, guarda ou transporta cannabis para consumo pessoal. 2. A presunção de usuário é relativa e deve ser avaliada conforme as circunstâncias da apreensão. Legislação Citada: Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º; CF/1988, art. 144. Jurisprudência Citada: STF, RE nº 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 26.6.2024. (TJSP; Apelação Criminal 1501333-14.2021.8.26.0571; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Porangaba - Vara Única; Data do Julgamento: 22/08/2024; Data de

Registro: 22/08/2024)

No mesmo sentido:

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).

Portanto, a absolvição é medida que se impõe, por não constituir o fato infração penal.

Ante o exposto, vota-se pelo provimento do recurso para absolver o apelante Carlos Eduardo Fernandes Mancilio das penas do art. 33, caput e art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso III do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código de Processo Penal.

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Carla Rahal

Relatora