



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000328053

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500157-54.2020.8.26.0629, da Comarca de Tietê, em que é apelante LUCAS HENRIQUE CAETANO XAVIER, 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: **Negaram provimento à apelação. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO nº 1500157-54.2020.8.26.0629

VOTO 30863

COMARCA: Tietê

JUÍZO DE ORIGEM: 2ª Vara Criminal

APELANTE: Lucas Henrique Caetano Xavier

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Apelação interposta por réu condenado à pena de advertência sobre os efeitos das drogas, por posse de 0,37g de cocaína para consumo pessoal, conforme art. 28 da Lei nº 11.343/06. O apelante alega atipicidade material da conduta e inconstitucionalidade do tipo penal.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (I) verificar a atipicidade material da conduta de posse de drogas para consumo pessoal e (II) a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, e laudo toxicológico.

4. A conduta de posse de cocaína para consumo pessoal é típica, mesmo após o julgamento do RE 635.659 pelo STF, que não abrangeu substâncias além da cannabis sativa. O princípio da insignificância não se aplica, pois a conduta é de perigo abstrato, afetando a coletividade.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso não provido.

Tese de julgamento: 1. A posse de drogas para consumo pessoal configura crime de perigo abstrato, não se aplicando o princípio da insignificância. 2. A constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, no que se refere à posse ou ao porte de cocaína para consumo pessoal, permanece incólume até decisão contrária do STF.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 28.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp nº 2.832.549/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 18.03.2025.

TJSP, Apelação nº 0000493-75.2015.8.26.0058, Rel. Leme Garcia, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 08.08.2017.

Vistos.

Trata-se de **apelação** interposta por **Lucas Henrique Caetano Xavier** em face da r. sentença de fls. 278/281, proferida pela MM.^a Juíza de Direito da 2^a Vara Criminal da Comarca de Tietê/SP, que **julgou procedente** a pretensão punitiva, condenando o apelante à pena de **advertência sobre os efeitos das drogas**, por incurso nas sanções do **art. 28 da Lei nº 11.343/06**.

O apelante pugna (fls. 284/294) pela reforma do julgado, sustentando, em apertada síntese, que, a conduta é materialmente atípica, dada a ínfima lesividade da conduta de possuir entorpecente para consumo próprio, conforme jurisprudência do C. STJ. Afirmar que estava na posse de apenas 0,37g de cocaína, inexistindo perigo à saúde pública. Ainda, sustenta que o tipo penal viola o princípio da alteridade, pois se está punindo conduta que não extrapola o âmbito do próprio autor do fato, a configurar autolesão e, conseqüentemente, encerrar inconstitucionalidade.

Requer seja dado provimento ao recurso, para que seja reconhecida a atipicidade material da conduta ou para que seja declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 302/304), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **não provimento do recurso** (fls. 317/325).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso de **apelação**.

No mérito, o **recurso não comporta provimento**, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Reconheceu-se que no dia 24 de março de 2020, por volta das 15h50min, na Rua Camilo de Arruda, nº 80, comarca de Tietê/SP, o réu trazia consigo, para consumo pessoal, duas porções de cocaína (0,37g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Apurou-se que policiais militares avistaram o réu saindo de um imóvel e se aproximando de um motociclista, que lhe entregou algo. Diante da fundada suspeita de tráfico em curso, rumaram em direção a eles para proceder à abordagem, mas o réu empreendeu fuga. Após breve acompanhamento, o réu foi alcançado. Recuperadas as drogas que ele dispensou no trajeto, o réu admitiu que eram destinadas ao seu consumo

pessoal.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 3/5), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 6) e pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 21/24), que atestou as substâncias apreendidas como sendo cocaína, de uso proscrito.

A autoria se revelou inequívoca.

Em sede de instrução processual, o réu, embora citado (fl. 210) e tendo indicado em cartório seu atual endereço (fl. 204), não foi mais localizado e não deu conta de atualizar o domicílio junto ao Juízo, sendo, portanto, decretada sua revelia.

Em Juízo, a testemunha policial militar que participou da diligência confirmou os termos da denúncia e o constante dos elementos informativos (mídia digital), esclarecendo, sob o crivo do contraditório, de maneira firme e segura, que estava em patrulhamento quando avistou o réu em atitude suspeita junto com um motociclista; tentada a abordagem, ambos fugiram, sendo que o réu dispensou dois pinos de cocaína ao solo; o réu foi alcançado e detido; sem esclarecer a destinação dos tóxicos.

Consigna-se que referido policial apresentou declarações seguras, coerentes e harmônicas com os demais elementos coligidos nos autos. **Destarte, não se pode suspeitar do seu depoimento, uma vez que não há qualquer mínimo indício de que esteja deliberadamente tentando prejudicar o réu.**

Assim, restou evidenciado que o réu adquiriu e trazia consigo, **para consumo pessoal, cocaína**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

E estando o réu na posse de **cocaína para seu consumo próprio**, trata-se de conduta **típica** mesmo após o julgamento do RE 635.659 (**Tema 506**), em que o E. STF declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, dando-lhe interpretação conforme, para o fim de **não tipificar como o crime a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa”**, restando incólume a tipicidade da conduta daqueles que possuem outras substâncias proscritas para consumo pessoal.

Ademais, faz-se consignar que o apelante não está sendo

responsabilizado pelo mal que causou a si mesmo, mas pelo mal em potencial (perigo abstrato) que sua conduta causa à sociedade, pois o consumo de drogas financia o tráfico, cujos recursos, em grande parte, são destinados a organizações criminosas, estruturando-as, equipando-as com armas de fogo e ensejando, reflexamente, o aumento da criminalidade, **expondo a risco toda a coletividade, o que, outrossim, não pode ser tido como conduta de somenos importância a ensejar a aplicação do princípio da insignificância.**

Assim, não se vislumbra qualquer ofensa aos princípios da alteridade e da insignificância.

A propósito: " 4. *O princípio da insignificância não se aplica ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, por se tratar de crime de perigo abstrato, conforme jurisprudência do STJ. [...]*" (AgRg no AREsp n. 2.832.549/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/3/2025, DJEN de 26/3/2025, *grifamos*).

E justamente em razão de tais considerações que o legislador infraconstitucional criminalizou tal conduta, sendo certo que enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar referido dispositivo de lei integralmente inconstitucional, há de se reputá-lo constitucional.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. Porte de drogas para consumo pessoal. Recurso defensivo. Autoria e materialidade bem demonstradas. Pedido de absolvição com base na alegação de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Não reconhecimento. Criminalização da conduta decorrente de legítima opção de política criminal. Gravidade do tráfico de drogas reconhecida no texto constitucional. Questão pendente de análise pelo E. STF. Condenação confirmada. Possibilidade de concessão dos benefícios da Lei n. 9.099/95 que deve ser analisada pelo Ministério Público. Inteligência da Súmula 337 do STJ. Retorno dos autos à origem. Recurso parcialmente provido (TJSP; Apelação 0000493-75.2015.8.26.0058; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Agudos - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 08/08/2017; Data de Registro: 09/08/2017).

Outrossim, não há que se confundir as condutas de consumir drogas com a de portar drogas. De fato, a lei não incrimina o uso de tóxicos, pois nesse caso,

o mal se restringe à saúde do usuário. Contudo, o porte de substâncias proscritas pela portaria do Ministério da Saúde é tido como crime de perigo abstrato em razão da sua potencialidade de afetar a terceiros, e não apenas o próprio usuário, ao contrário do que quer fazer crer a defesa. Trata-se de conduta de **real lesividade**, apenas não se exigindo para a sua tipificação o resultado naturalístico. Ademais, a restrição do porte de tais substâncias, visa, ainda, o seu controle por parte dos órgãos fiscais, evitando sua difusão em vista do perigo social que seu consumo oferece. Portanto, é assente que a mera conduta de portar narcóticos é passível de gerar lesão à saúde pública.

Confira-se a respeito o ensinamento doutrinário:

A norma primária (ou de conduta), por seu turno, possui dois aspectos relevantes: (a) o imperativo e (b) o valorativo. O primeiro exige de todos uma determinada pauta de conduta (dirija sua conduta no sentido de não possuir droga para consumo pessoal). O segundo significa que a norma existe para a tutela de um valor ou interesse. Aqui reside o chamado objeto jurídico (ou bem jurídico protegido pela Lei. No caso em apreço o bem jurídico (objeto jurídico) tutelado imediato é a saúde pública. Objetos jurídicos mediatos são a vida, a integridade física, a saúde física e psíquica das pessoas etc. o que pretende a norma em destaque, portanto, é justamente proteger todos esses bens jurídicos (imediato) e mediatos) (GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pág. 146).

Portanto, vigente a norma incriminadora e ausente causa que leve à atipicidade da conduta, inclusive a material, dada a já relatada lesividade da conduta, não há que se isentar de responsabilidade o agente, sendo de rigor sua condenação como incurso no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Quanto à **pena**, foi aplicada apenas a sanção de advertência sobre os efeitos das drogas prevista no art. 28, inciso I, da Lei nº 11.343/06, o que é adequada considerando a condição pessoal do réu, que é tecnicamente primário.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO à apelação.**

RENATO GENZANI FILHO

Relator