



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

**Registro: 2025.0000380232**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502199-14.2022.8.26.0530, da Comarca de Serrana, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados GUSTAVO DE SOUZA RODRIGUES e KAÍQUE WELLINGTON SOARES DE OLIVEIRA RODRIGUES.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso ministerial e, de ofício, aplica-se aos acusados o Tema 506 do Supremo Tribunal Federal, absolvendo-os da prática do delito descrito no artigo 28 da Lei Antidrogas, com fundamento 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 Exmos. Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), ANTONIO B. MORELLO E NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

**NELSON FONSECA JÚNIOR**

**Relator**

**Assinatura Eletrônica**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

**Apelação Criminal nº 1502199-14.2022.8.26.0530**

**Juízo de origem: 1ª Vara Judicial da Comarca de Serrana - SP**

**Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Apelados: Kaíque Wellington Soares de Oliveira Rodrigues e Gustavo de Souza Rodrigues**

**Magistrado: Gustavo Abdala Garcia de Mello**

**Voto nº 21.816**

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

**I. Caso em exame**

1. Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público da sentença que desclassificou a conduta dos réus Kaíque Wellington Soares de Oliveira Rodrigues e Gustavo de Souza Rodrigues para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhes a pena de advertência. Os réus foram denunciados por terem em depósito, para fins de comercialização, 34,45 gramas de maconha.

**II. Questão em discussão**

2. A questão em discussão consiste em determinar se a porção de maconha apreendida era destinada ao tráfico ou ao consumo pessoal dos réus.

**III. Razões de decidir**

3. A prova dos autos não demonstrou, com a certeza necessária, que a droga apreendida se destinava ao tráfico.

4. A quantidade de droga apreendida é compatível com o consumo pessoal, e a acusação não provou o contrário.

**IV. Dispositivo e tese**

5. Recurso desprovido.

6. Tese de julgamento: "1. A quantidade de droga apreendida, compatível com uso pessoal, não caracteriza tráfico. 2. Aplicação, de ofício, do Tema 506 do STF, absolvendo os réus."

**Legislação citada:** Lei nº 11.343/06, art. 28; Código Penal, art. 29; Código de Processo Penal, art. 386, III.

**Jurisprudência citada:** STF, RE nº 635.659/SP, Tema 506.

Cuida-se de recurso de apelação da sentença de fls. 465/479, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação penal e desclassificou a conduta atribuída aos réus **Kaíque Wellington Soares de Oliveira Rodrigues e Gustavo de Souza Rodrigues** na denúncia, para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhes a pena de advertência.

Inconformado, o Ministério Público apela buscando a



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

condenação dos acusados, nos termos da denúncia (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29 do Código Penal), que entendeu provada (fls. 492/508).

O recurso foi recebido (fl. 515) e regularmente contrariado (fls. 518/530).

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo provimento do apelo (fls. 539/544).

**É o relatório.**

O recurso não procede.

**Kaíque Wellington Soares de Oliveira Rodrigues e Gustavo de Souza Rodrigues** foram denunciados porque, por volta de 10h30 do dia 21 de setembro de 2022, na Rua Brasília nº 203, na cidade e Comarca de Serrana/SP, em tese, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos, tinham em depósito, para fins de comercialização, 01 (uma) porção com 34,45 gramas (peso líquido) de maconha, substância esta entorpecente, causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O material suspeito acima mencionado foi apreendido e submetido à perícia.

O exame químico-toxicológico de fls. 129/130, que foi precedido pelo laudo de constatação de fls. 22/23, comprovou que a substância apreendida consistia em maconha.

Sucede, entretanto, que respeitados os entendimentos em

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

sentido contrário, a prova dos autos, a meu ver, não apurou que os apelados efetivamente praticaram, nesta oportunidade, o crime que lhes foi irrogado na denúncia, motivo pelo qual compartilho integralmente da compreensão do Magistrado *a quo*, que fundamentou muito bem a sentença recorrida.

Sempre que ouvidos, os acusados negaram a imputação. Esclareceram que **Gustavo** estava na residência do amigo **Kaíque**. **Kaíque** narrou em juízo que ouviu seu nome sendo chamado. Deparou-se com um policial militar (Oscar) na cozinha, de arma em punho, quando foi averiguar quem o chamava. Questionado sobre se havia algo ilícito no imóvel, respondeu que possuía 01 (uma) porção de maconha, destinada ao seu consumo, a qual entregou ao policial. Foi novamente questionado sobre se seria encontrado mais entorpecente no imóvel, em caso de revista. Respondeu que não. Mesmo assim, aduziu que sua casa foi inteira revirada, e encontram o dinheiro que guardava para pagamento do aluguel no seu guarda-roupa (R\$ 480,00).

Asseverou que o portão do imóvel estava fechado com cadeado, sendo que os policiais entraram no imóvel pulando o muro da residência vizinha. Após a busca no imóvel os policiais "pediram" para ele destrancar o portão, e disseram que foram até sua casa porque havia uma "denúncia" de que ele estaria com uma motocicleta roubada. Afiançou que não autorizou a entrada dos policiais. Afirmou que os policiais averiguaram a sua motocicleta, e não encontraram nada de ilegal com ela. Esclareceu, ainda, que o veículo estava coberto com uma lona para protegê-lo do pó, porque a residência vizinha passava por reforma. Informou que estava preso em razão de outra acusação de tráfico – ocorrência que aconteceu um mês antes dos fatos aqui tratados, quando foi abordado, pelos mesmos policiais, na porta da oficina onde esperava o conserto da sua motocicleta –, e que, enquanto adolescente, ficou internado na Fundação Casa. Não sabia que **Gustavo** estava carregando a "arma de *airsoft*" (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 360/361).

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

**Gustavo** corroborou em pretório os fatos narrados por **Kaíque**. Disse que também é usuário de maconha. Foi abordado junto com **Kaíque**, estava logo atrás dele, quando se depararam com o policial na cozinha. Ao obedecer o policial e colocar as mãos na cabeça, o miliciano viu que ele tinha um simulacro de arma de fogo na cintura, tratava-se de uma "arma de *airsoft*". Explicou que brincava com o pai no sítio, geralmente no fim da tarde. Foi levado para o quintal, enquanto **Kaíque** permaneceu no interior da residência.

Mencionou, ainda, que o portão da residência de **Kaíque** estava com cadeado, e os policiais pularam o muro, pela residência vizinha, que estava em obras. Relatou que, em momento algum, **Kaíque** autorizou a entrada dos policiais no imóvel. Respondeu que, enquanto adolescente, foi internado na Fundação Casa, por quatro vezes, inclusive por ato infracional equiparado ao tráfico. Esclareceu que não tinha nada contra os policiais Oscar e Falarino, mas afirmou que era perseguido por eles. Disse que sempre que era visto pelos milicianos, eles o retiravam de mercados e outros estabelecimentos comerciais, causando-lhe vergonha desnecessária (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 360/361).

Jeferson de Oliveira, vizinho de **Kaíque**, contou que, no dia dos fatos, saiu do interior da sua residência para jogar fora entulhos, já que sua casa passava por reforma, quando se deparou com dois policiais no corredor do imóvel. Foi informado que procuravam uma motocicleta roubada e questionaram por qual motivo sua motocicleta estar coberta. Disse que explicou aos policiais que ali não havia nenhuma motocicleta roubada e que seu veículo estava coberto em razão da obra, por causa do pó.

De acordo com ele, um dos policiais perguntou de quem era a motocicleta no imóvel vizinho, a qual também estava coberta, e ele respondeu que pertencia ao vizinho **Kaíque**. Nesse momento, o policial Oscar pulou o muro que separava os imóveis, entrando na casa de **Kaíque**. O portão da sua

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

residência estava aberto, em razão da obra. O outro policial ficou com ele em seu quintal. Viu o policial Oscar entregando ao outro miliciano, pelo muro, a "arma de *airsoft*" e uma quantia em dinheiro. Logo depois chegou outra viatura, e, só então, o policial Oscar abriu o portão do imóvel de **Kaíque**, para que os outros entrassem. Neste momento, o policial Oscar disse aos outros policiais que havia encontrado 01 (uma) porção de maconha. Afiançou que sua genitora e os pedreiros que trabalhavam em seu imóvel também presenciaram os fatos (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 360/361).

Os policiais militares Reginaldo Falarino e Antônio Oscar, por sua vez, ouvidos sob o crivo do contraditório, narraram que realizavam patrulhamento de rotina e avistaram uma motocicleta estacionada na garagem de **Kaíque**, indivíduo já conhecido nos meios policiais. Deram a volta e viram **Gustavo** saindo do imóvel de **Kaíque**, com um volume sob as vestes. **Gustavo** também era conhecidos dos meios policiais. Explicaram que, no dia anterior, receberam a informação de que **Kaíque** andava pela rua exibindo uma arma. Abordaram **Gustavo** e, com ele, encontraram o simulacro de arma de fogo e R\$ 177,00 (cento e setenta e sete reais) em dinheiro. Aduziram que, então, **Kaíque** saiu do interior da residência e foi questionado sobre o porquê de sua motocicleta estar com a placa coberta. E ele respondeu que não havia nenhuma ilegalidade com o veículo.

Afirmaram, ademais, que **Kaíque** deu autorização para que entrassem no imóvel, enquanto realizavam as averiguações em relação à motocicleta, que, de fato, não possuía nenhuma irregularidade. Sabedores que **Kaíque** e **Gustavo** possuíam envolvimento com o tráfico, inclusive passagens anteriores, questionaram **Kaíque** se ele possuía entorpecente na residência, e ele prontamente entregou 01 (uma) porção de maconha, a qual disse que se destinava ao seu consumo. Localizaram dinheiro também com **Kaíque**. Tinham conhecimento que eles se revezavam na venda e distribuição de drogas. No dia dos fatos, não haviam recebido "denúncia" de tráfico para o local, tratava-se de

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

patrulhamento de rotina. Mesmo assim, os prenderam em flagrante e os levaram para a delegacia (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 360/361).

Ora, não há dúvidas de que **Kaíque** e **Gustavo** possuem envolvimento com o tráfico. A vasta documentação inserta aos autos pelo Ministério Público dá conta disso (cf. fls. 243/3432). Entretanto, questiona-se: é possível, com a certeza necessária para uma condenação, afirmar que aquela única porção de maconha apreendida no imóvel de **Kaíque** era destinada ao tráfico? Penso que não.

Como se sabe, comumente traficantes também são consumidores de entorpecentes. E a quantidade líquida de droga apreendida - 34,45 gramas, segundo laudo de fls. 22/23-, é absolutamente compatível com a condição de usuário.

E, diante da afirmação de **Kaíque**, de que a droga se destinava ao seu consumo, cabia à acusação provar o contrário, ou seja, que aquela droga teria destinação mercantil, o que, no meu ponto de vista, respeitadas as opiniões em sentido contrário, não foi feito.

Não houve campana ou mesmo uma investigação mais duradoura, com interceptação telefônica. A polícia militar, no momento da prisão, não flagrou nenhuma situação de comércio. Ademais, como já dito, o próprio réu entregou a porção de droga aos policiais, numa abordagem, no mínimo, mal explicada pelos policiais.

Logo, diante da falta de certeza de que o entorpecente apreendido se destinava ao tráfico e não ao consumo próprio do acusado – notadamente, em razão da quantidade líquida de entorpecente apreendido –, a melhor solução, ressalvada, evidentemente, a compreensão diversa do *Parquet*, era mesmo a desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28 da

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido: ***"Para se reconhecer a existência de tráfico ou comércio de drogas é mister prova absolutamente segura. Do contrário, em caso de dúvida em se saber se o réu é traficante ou usuário deve subsistir a segunda hipótese, como solução do in dubio pro reo. Dessa forma, impõe-se a desclassificação do crime"*** (in RT 718/393).

Entretanto, como se sabe, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal – no qual se discutiu a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas –, declarou-se a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, excluindo-se da sua tipificação somente o porte de maconha.

Definiu-se, então, o **Tema 506**, no qual se inseriu a seguinte decisão: *"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 à 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*

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**

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" (**grifei**); o peticionário, portanto, deve ser absolvido.

Assim, diante da apreensão de 34,45 gramas de maconha no imóvel do acusado **Kaíque**, necessária a aplicação do Tema 506 do STF à espécie, o que faço de ofício, absolvendo os apelados.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial e, de ofício, aplica-se aos acusados o **Tema 506 do Supremo Tribunal Federal**, absolvendo-os da prática do delito descrito no artigo 28 da Lei Antidrogas, **com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal**.

**NELSON FONSECA JÚNIOR**  
**Relator**