



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000425081

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504179-35.2023.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante FELIPE DOS SANTOS, 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 provimento em parte ao recurso. 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) E RODRIGUES TORRES.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

MARCELO GORDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1504179-35.2023.8.26.0344

Voto nº 31662

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO, LESÃO CORPORAL E RESISTÊNCIA. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

Felipe dos Santos foi condenado por portar um cigarro de maconha para consumo pessoal, resistir à execução de ato legal e ofender a integridade corporal de um policial militar. As penas foram fixadas em advertência sobre os efeitos das drogas, quatro meses de detenção por lesão corporal e dois meses de detenção por resistência, em regime aberto, com suspensão condicional da pena por dois anos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar a nulidade das provas por suposta ilicitude, a atipicidade das condutas, a insuficiência probatória e a aplicação do princípio da consunção.

III. Razões de Decidir

3. As buscas foram consideradas lícitas, pois realizadas com base em fundada suspeita.

4. A conduta de porte de drogas para uso próprio foi considerada atípica, conforme decisão do STF no RE 635.659, que descriminalizou o porte de maconha para consumo pessoal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Dá-se parcial provimento ao recurso para

absolver o réu do delito de porte de drogas para uso próprio e modificar as condições do sursis, impondo apenas aquelas previstas nas letras “b” e “c” do parágrafo 2º do artigo 78 do Código Penal.

Tese de julgamento: 1. A busca e apreensão foram lícitas. 2. O porte de maconha para consumo pessoal é atípico.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 28, caput; Código Penal, art. 129, §12º; art. 329, caput; art. 44, I; art. 69; art. 77; art. 78, § 1º e § 2º, alíneas “b” e “c”; Código de Processo Penal, art. 386, III; art. 240; art. 6º, I, II e III; art. 244.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Apelação 0037607-53.2007.8.26.0050, Rel. Silmar Fernandes, j. 06/12/2012.

TJSP, Apelação Criminal nº 1500856-96.2021.8.26.0536, Rel. Des. Xisto Rangel, j. 23/09/2022.

TJSP, Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, Rel. Des. Xisto Rangel, j. 08/08/2022.

TJSP, Apelação Criminal 1500238-92.2019.8.26.0449, Rel. Ana Lucia Fernandes Queiroga, j. 31/10/2024.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 97/102), que julgou procedente a ação penal e condenou **Felipe dos Santos**, como incurso no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, no artigo 129, §12º, e no artigo 329, *caput*, todos do Código Penal, em concurso material, às respectivas penas de advertência sobre os efeitos das drogas, de 04 (quatro) meses de detenção e de 2 (dois) meses de

detenção, ambas as detentivas em regime aberto; concedido o benefício da suspensão condicional da pena, pelo período de 2 (dois) anos, observadas as condições previstas no artigo 78, § 1º, do Código Penal.

Irresignado, recorre o réu (fls. 115/134); preliminarmente, suscita a nulidade das provas, na medida em que produzidas de forma ilícita. Invadindo o mérito, pretende a absolvição; para tanto, sustenta a atipicidade da conduta em relação à condenação como incurso no artigo 28 da Lei de Drogas, diante de sua descriminalização e do princípio da insignificância; quanto aos demais delitos, aduz que o arcabouço probatório não é capaz de erigir o decreto condenatório, bem como, no que toca ao crime de lesão corporal, que agiu em legítima defesa, e, quanto àquele de resistência, que não agiu com dolo. Subsidiariamente, invoca o princípio da consunção, a fim de que o delito de resistência seja absorvido pelo de lesão corporal, e pleiteia a redução do prazo da suspensão condicional da pena.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 142/147), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo afastamento da preliminar e pelo parcial provimento do recurso, para que o recorrente seja absolvido em relação ao crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal (fls. 166/172).

É o relatório.

Felipe dos Santos foi condenado porque, nas circunstâncias espaço-temporais descritas na incoativa, trazia consigo, para consumo pessoal, 01 (um) cigarro de maconha, com peso líquido de 0,52g (cf. laudo fls. 22/25), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como porque, nas mesmas condições de tempo e lugar, opôs-se à execução de ato legal, mediante violência contra o policial militar *Claudio Andrei Veronez* e ofendeu a integridade corporal do militar, durante o exercício de sua função.

Feito o introito, cumpre rechaçar a nulidade aventada pela Defesa.

Como cediço, as buscas, pessoal e veicular, na hipótese de flagrante

delito, prescindem de autorização judicial, conforme facultado pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ademais, o encontro de narcótico em posse do réu prestigia o proceder.

Afinal, os policiais procederam às diligências a partir de fundadas suspeitas do envolvimento do acusado em delito, como reza o art. 240 c.c. art. 6º, incisos I, II e III, ambos do Código de Processo Penal.

Com efeito, resultou incontroverso em juízo –como melhor se verá adiante–, que, ao notar a aproximação da viatura, **Felipe** se abaixou, a fim de evitar ser visto pelos militares.

A postura adotada, pois, naquele contexto, justificava a investida contestada.

Insta esclarecer que a “*fundada suspeita*”, exigida pelo artigo 244, do Código de Processo Penal, reflete conceito fluido e indeterminado, de modo que inexistentes indícios de arbitrariedade na atuação policial, prestigia-se o proceder, mormente em casos que tais, em que a medida vem chancelada pelo encontro, em posse do acusado, do narcótico referido na denúncia.

Nessa toada, *mutatis mutandis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL - Estatuto do Desarmamento - Porte ilegal de arma de fogo equiparada a uso restrito - Artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 (...) - Ilegalidade da busca pessoal e no veículo por inobservância dos requisitos legais - Desconsideração da prova - Descabimento - A fundada suspeita configurou-se com os policiais surpreendendo um veículo ocupado por três indivíduos em local ermo, transitando de forma suspeita, por altas horas da madrugada em dia de semana - Impossibilidade do Magistrado penetrar no foro íntimo dos depoentes policiais, aferindo com segurança a veracidade de suas declarações e os exatos motivos que ocasionaram a suspeita, sendo certo que as condições externas evidenciaram motivos suficientes para a abordagem (...).” (TJSP, Apelação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

0037607-53.2007.8.26.0050, Relator(a): Silmar Fernandes;
Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 06/12/2012).

No mesmo sentido, o entendimento desta C. 13ª Câmara Criminal:

“Ação Penal – Preliminar – Arguição de nulidade decorrente da ilegalidade da busca pessoal – Não ocorrência – Estado de flagrância e fundada suspeita inclusive confirmada com a apreensão dos entorpecentes – Mérito – Tráfico de Drogas – Sentença condenatória – Apreensão de cocaína – Recurso da Defesa – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos prestados pelos agentes de segurança de forma coerente e que merecem crédito diante do contexto probatório – Dicção do disposto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 – Mercancia demonstrada – Dosimetria: Pena-base fixada no mínimo legal – Segunda fase – Deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa, todavia sem reflexos, ante o teor da Súmula nº 231, STJ – Terceira fase – Réu que possui registro de ato infracional, inclusive equivalente ao tráfico de drogas, impede a concessão do benefício do tráfico privilegiado – Inteligência do par. 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 sob a luz do princípio da individualização da pena – Prévia imposição de medida socioeducativa que se a um lado não permite o reconhecimento das circunstâncias da reincidência e dos maus antecedentes (ambas a pressupor condenação com trânsito em julgado por crime anterior), autoriza, com base na discricionariedade judicial, a convicção de que a dedicação ao tráfico é habitual, de modo a não justificar o benefício em razão do terceiro requisito impediante: “não se dedique a atividades criminosas” – Afastamento do benefício com base em prévia imposição de medida socioeducativa que não significa penalização diferida do ato infracional, já que o raciocínio a se empregar é parelho ao que justifica o reconhecimento de prévias condenações por crimes (reincidência e maus antecedentes) como circunstâncias aptas a interferir na dosimetria – Regime fechado alterado para o semiaberto tendo

em vista que o apelante é primário, menor de idade e as circunstâncias são favoráveis – Nem se cogite de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista o impeditivo do art. 44, I do Código Penal – Recurso provido em parte para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena (Apelação Criminal nº 1500856-96.2021.8.26.0536, Rel. Des. Xisto Rangel, julgado em 23/09/2022).

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Abordagem e busca pessoal que estão justificadas, pois de acordo com a lei: fundada suspeita (art. 244 do CPP). Policiais que apontaram de forma segura que, ao visualizar a aproximação da guarnição, o acusado, que se encontrava sentado em uma guia num local conhecido como ponto de tráfico, adotou atitude evasiva, denotadora de fundada suspeita de que tivesse algo ilegal consigo. Desnecessidade, inclusive diante do encontro de drogas com ele e de ser desmentido quanto a estar em outro local, que os policiais expusessem de forma mais elaborada a suspeita que os levara à revista pessoal, que, bom que se diga, independe de mandado judicial e pode ser realizada a qualquer momento, mesmo que não se trate de situação de flagrante (não há que se confundir busca pessoal com busca domiciliar). Expertise policial que merece ser prestigiada, assim como são os depoimentos dos agentes da lei. Prova segura da autoria e materialidade. Condenação bem aplicada, merecendo, a r. sentença, ser ratificada na forma do art. 252 do Regimento Interno inclusive no que tange à dosimetria, fixada com critério. Recurso não provido.” (Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, rel. Des. Xisto Rangel, julgado em 08/08/2022).

Enfim, as buscas, pessoal e veicular, foram lícitas, e inexistente vício na

prisão e nas provas dela derivadas, não há que se falar em sua nulidade.

Superado o óbice inicial, ingressa-se na análise do mérito.

Em juízo, **Felipe** teve decretada a revelia, pois não compareceu à audiência (v. fl. 87); deixou, assim, de fornecer sua versão íntima acerca dos fatos.

Em solo policial, o réu refutou as faltas que lhe foram irrogadas, nos termos transcritos a seguir (fl. 12): *“afirma ser inocente; afirma que somente estava com um pequeno cigarro de maconha dentro do carro, que era para seu uso; afirma que o carro estava parado na frente da casa da sua namorada e que estava sozinho dentro do carro; foi abordado pelos policiais e apenas contestou, dizendo que não estava fazendo nada de errado; afirma que um dos policiais pegou no seu pescoço e que acabou desmaiando e só acordou quando estava algemado; afirma que ao ver que estava algemado, ficou com medo e saiu correndo para dentro da casa da sua namorada, quando foi novamente detido pelos policiais; afirma que foi injustamente agredido pelos dois policiais militares que atenderam a ocorrência e que sofreu ferimentos no pés e no joelho esquerdo; nega que tenha resistido à ação policial e nega que tenha agredido os policiais militares”*.

A negativa, contudo, a par de indigesta, contrastada pelo que de resto consta, não subsiste.

Em contraponto, os militares *Cláudio* e Marcos Roberto, ouvidos em juízo, reportaram, em uníssono, sobre a atuação. Acionados para atender determinada ocorrência, divisaram, durante o trajeto, o acusado no interior de um automotor; ao notar a aproximação da viatura, o próprio se abaixou, a fim de hominizar-se. Suspeitaram que o acionado furtava o veículo e, portanto, decidiram abordá-lo. Quando se posicionaram ao lado do automóvel, **Felipe** desembarcou e tentou correr até o portão de uma residência; acabou, porém, contido e algemado. Quando inseriam o réu na viatura, o próprio encetou fuga, sendo, prontamente, perseguido; após terem percorrido cerca de 01 (uma) quadra, capturaram-no. O acusado tornou a resistir, motivo pelo qual tiveram que utilizar força moderada. Durante o entrevero, todos foram ao solo e o policial *Claudio* sofreu lesão no punho (cf. gravação audiovisual).

Repise-se, o depoimento prestado por policial militar, agente público forçado a obrar no estreito campo da legalidade, goza de inequívocas presunções de veracidade e legitimidade, e não pode ser infirmado por meras ilações suscitadas pelo prejudicado. A dúvida deve vir calcada em elementos sólidos, ausentes na espécie.

Nesse sentir, já decidiu esta Egrégia Corte:

“Registre-se que não há nos autos quaisquer indícios de que os policiais tenham agido com motivação espúria ou que tivessem qualquer interesse em prejudicar os acusados. Nada há que enfraqueça o valor probatório dos seus detalhados depoimentos.

Assim, seus testemunhos devem ser considerados com a mesma eficácia probante das declarações de quaisquer outras testemunhas. Neste sentido o entendimento do C. STJ: 'Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal' (STJ, Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011)” - Apelação Criminal nº 0015511-39.2012.8.26.0577, Rel. Des. De Paula Santos, j. em 05.03.2015, v. u.).

Tais relatos, desdobrados e prestados em uníssono, assumem valioso elemento de convicção, e não foram infirmados pela defesa.

E a tanto se resumiu a prova oral aquilatada.

No particular, nada há a corroborar a versão exculpatória – já *de per si* inverossímil – , sustentada pelo recorrente – apenas na etapa inquisitiva, é bom frisar – . E o ônus a respeito, *ex vi* do que estatui a norma do art. 156 do Código de Processo Penal, cabia à Defesa, do qual não se desincumbiu.

Lado outro, não se prospecta, em resumo, qualquer senão nos informes

das testemunhas de acusação, muito menos deliberada postura incriminadora daqueles que não dispunham de motivos a fazê-lo. E isso, no geral, foi bem aquilatado na origem.

Vale dizer, não havia, até onde se provou, qualquer dissenso entre os protagonistas da ação delituosa, tampouco qualquer razão para que os militares falsamente acusassem o apelante, ou buscassem prejudicá-lo gratuitamente, a tornar descabida eventual imputação deliberada por parte deles.

Destarte, no cotejo das versões, há de prevalecer a dos policiais, dotada de verossimilhança. Mais a mais, em faltas do jaez, há que se conferir prestígio àqueles que, ao menos aparentemente (e à Defesa, repisa-se, cumpria dispor o inverso), desempenham um múnus público, em confronto com adversidades locais. Seria ilógico conceber, do contrário, que o Estado-Polícia tendesse a coibir a marginalidade com imposturas, mormente sem qualquer justificativa plausível a tanto.

Essa, enfim, a premissa que se tem em conta e que pode ser anuviada por provas diversas, das quais a parte deve dispor.

Mais a mais, o laudo de exame de corpo de delito de fl. 31/32, realizado de forma indireta, atesta que o policial *Claudio* sofreu lesão corporal de natureza leve, consistente em luxação no punho, compatível, portanto, com a dinâmica retratada pelo próprio vitimado em juízo.

De outro giro, a despeito do alardeado, nada há a indicar que o apelante tenha sofrido injusta agressão e agido em legítima defesa. Afinal, ao contrário do sustentado nas razões recursais, o laudo pericial de fls. 26/27 não comprova que o réu sofreu injusta agressão.

Com efeito, o exame pericial de fls. 26/27 atesta que o acusado sofreu “*escoriações em região cervical direita, região escapular bilateral, gradil costal esquerdo*” e apresentava “*curativo de remoção inoportuna em joelho esquerdo*”, algo compatível com a narrativa das testemunhas, que asseveraram que foi necessário o

emprego de força, a fim de contê-lo, bem como que, em meio ao entrevero, todos foram ao solo, ocasião em que o acionado já estava algemado.

No mais, o delito de resistência, igualmente, se perfez; notório o dolo do recorrente de, mediante violência, realizar oposição à abordagem e à sua condução ao distrito policial, atos de ofício, praticados regularmente pelos policiais militares.

Destarte, de acordo com todo o exposto, não se há falar em atipicidade das condutas, pois resultou satisfatoriamente comprovado que **Felipe** opôs-se à execução de ato legal, mediante violência perpetrada em face dos policiais, da qual resultou a lesão corporal de natureza leve em *Claudio*.

Assim, não há se falar em ausência de dolo ou em reação defensiva, até porque não se provou qualquer abuso dos policiais militares, ou de manifesta ordem ilegal a justificar as reações do apelante. Mais a mais, eventual abuso de poder perpetrado pelos militares deveria ser alvo de medidas judiciais ou administrativas cabíveis.

No que toca ao pleito pelo reconhecimento de crime único, a impossibilidade de aplicação do princípio da consunção no particular decorre do disposto no § 2º, do artigo 329, que determina: “§ 2º - *As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência*”.

Assim é que a análise equidistante dos elementos probatórios torna indúvidas autoria e materialidade das práticas dos delitos de resistência e de lesão corporal cometidos por **Felipe**, a tornar correta, pois, a responsabilização criminal do apelante, nos moldes do reconhecido na r. sentença recorrida.

Em contrapartida, no que toca ao crime do art. 28, da Lei de Drogas, faz jus o acionado à absolvição pretendida.

Com efeito, o C. STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 635.659, com reconhecimento de repercussão geral (Tema nº 506), decidiu pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de *maconha* para consumo próprio, nos seguintes termos:

“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 comparecerem 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, tiverem 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”. (negritou-se)

E com as seguintes recomendações:

1) Determinar ao CNJ, em articulação direta como Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes,

com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas CAPS AD;

2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas;

3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei;

4) Para viabilizar a concretização dessa política pública especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações

orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados no voto do Relator” (negritou-se).

No particular, o réu foi surpreendido em posse de quantidade módica de *maconha* (com peso líquido de 0,52g – cf. laudo pericial definitivo de fls. 22/25), preparada na forma de cigarro para o consumo imediato, e porque ausentes elementos que pudessem evidenciar o intuito da traficância, foi condenado pelo delito de porte de drogas para uso próprio, descriminalizado, como dito, pelo recente entendimento revelado na tese de Repercussão Geral do Egrégio STF, a concluir devida a absolvição pela atipicidade da conduta, nos termos do inciso III, do artigo 386, do Código de Processo Penal.

Em tal sentido já decidiu este Egrégio Tribunal Bandeirante, em recente julgado:

“Apelação. Semeio e cultivo de plantas destinadas à preparação de drogas para consumo próprio (art. 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06). Sentença que desclassificou a imputação delitiva do art. 33, § 1º, inciso II, para a conduta prevista no art. 28, § 1º, ambos da Lei nº 11.343/06. Recurso defensivo. Apreensão de 4,85g de plantas de “maconha”, destinadas à preparação de pequena quantidade de

substância capaz de causar dependência física ou psíquica, para consumo pessoal. Presunção de usuário de drogas. Novel entendimento do E. STF no julgamento do RE 635.659, que editou o Tema 506, com repercussão geral. Conduta penalmente atípica. Afastamento dos efeitos penais. Absolvição necessária. Recurso provido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500238-92.2019.8.26.0449; Relator (a): Ana Lucia Fernandes Queiroga; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piquete - Vara Única; Data do Julgamento: 31/10/2024; Data de Registro: 31/10/2024)

Ressalte-se que embora não haja modulação dos efeitos da referida decisão, não foi imposta qualquer restrição quanto à sua aplicação em processos já julgados, pelo que possível inferir a viabilidade de sua aplicação imediata, mormente ante a recomendação final da mencionada tese para realização, pelo Conselho Nacional de Justiça, de mutirões para revisão das prisões decretadas sem observância aos parâmetros fixados.

Definida a sorte no litígio, ingressa-se na dosimetria, embora sequer tenha sido objeto de questionamentos específicos.

Na primeira etapa, as penas-base foram arbitradas nos mínimos legais, em 03 (três) meses de detenção, para o crime de lesão corporal, e em 02 (dois) meses de detenção, para o delito de resistência.

Na segunda etapa, as sanções permaneceram inalteradas, diante da ausência de agravantes e atenuantes.

Na fase derradeira, a reprimenda relativa ao crime de lesão corporal sofreu incremento na fração mínima de 1/3 (um terço), em virtude da incidência da causa de aumento prevista no §12, do artigo 129, do Código Penal, a resultar, definitivamente em **04 (quatro) meses de detenção**.

Pelo cúmulo material (art. 69 do Código Penal), somam-se as reprimendas, a resultar em **06 (seis) meses de detenção**.

No que tange ao regime carcerário, foi eleito o mais brando – o aberto.

E, em se cuidando de infrações cometidas com violência à pessoa, assinala-se que a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é vedada pelo art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, presentes os requisitos legais previstos no artigo 77 do Código Penal, mantém-se a suspensão do cumprimento da pena pelo prazo de 02 (dois) anos.

E, inobstante o inconformismo recursal, registra-se que o prazo de 02 (dois) anos decorre de previsão legal, sendo que já foi eleito aquele mais exíguo previsto no referido dispositivo legal, bem como que, caso deseje, o acionado poderá recusar o benefício, oportunamente.

No mais, ao contrário do que se alega nas razões recursais, a benesse foi concedida mediante o respeito às condições previstas no artigo 78, § 1º, do Código Penal.

Neste ponto, contudo, merece reparo o *decisum*, porquanto reputo adequado o afastamento das condições previstas no parágrafo primeiro do artigo 78 do Código Penal, com a imposição, apenas, daquelas previstas nos itens “b” e “c”, do parágrafo segundo, do mesmo dispositivo legal.

Bem assim, poderá aquilatar a repercussão do malfeito e quiçá regenerar-se. É, ao menos o que se aguarda com a resposta penal do jaez.

Isso tudo é o mais ajustado, tomado o preceito da suficiência.

Diante do exposto, afastada a preliminar, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para absolver o réu da imputação pela prática do delito tipificado no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, bem como para, no que tange às



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenações pelos delitos remanescentes, de lesão corporal e de resistência, modificar as condições do *sursis*, impondo-lhe, somente, aquelas previstas nas letras “b” e “c” do parágrafo 2º do artigo 78 do Código Penal; mantém-se, no mais, a r. sentença, por seus fundamentos.

MARCELO GORDO

Relator