



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000451470

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500103-05.2020.8.26.0592, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que são apelantes/apelados IGOR SIMIZU SOUSA e DEUBER RAFAEL MERIGHI DA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos defensivos para absolver os apelantes Igor Simizu Sousa e Deuber Rafael Merighi da Silva das penas do artigo 33, caput, 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(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

CARLA RAHAL

Relatora

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 611

Apelação Criminal nº 1500103-05.2020.8.26.0592

Comarca: Osvaldo Cruz

Vara de origem: 2ª Vara

Juiz(a) de Direito: Karina Akemi Nakayama

Apelantes: Igor Simizu Sousa, Deuber Rafael Merighi da Silva e

Ministério Público

Apelados: Igor Simizu Sousa, Deuber Rafael Merighi da Silva e

Ministério Público

EMENTA: Direito Penal. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Absolvição.

I. Caso em Exame 1. Apelações interpostas contra sentença que condenou Igor Simizu Sousa e Deuber Rafael Merighi da Silva por tráfico de drogas. Igor foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, substituída por prestação de serviços comunitários, e Deuber a 5 anos e 10 meses de reclusão. Defesa de Deuber alegou insuficiência de provas e defesa de Igor pleiteou nulidade da busca e apreensão e alegou coação moral irresistível. Justiça Pública requereu condenação por associação ao tráfico e afastamento da causa de redução de pena para Igor. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se a posse de 22,35g de maconha configura tráfico de drogas ou posse para consumo pessoal, considerando a presunção de usuário estabelecida pelo STF. III. Razões de Decidir 3. Aplicação da tese do STF no RE 635.659, Tema 506, STF, que presume usuário quem porta até 40g de maconha, sem provas de intuito de mercancia. IV. Dispositivo e Tese 4. Recurso defensivo provido. Absolvição dos apelantes por atipicidade da conduta.

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: Tema 506, STF. Código de processo Penal, art. 386, inciso III. Lei nº 11.343/06, art. 33, caput; art.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

35, caput.

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 apelações interpostas em face da sentença de fls. 480/492, que julgou parcialmente procedente a ação ajuizada pela Justiça Pública, absolveu os acusados Igor Simizu Sousa e Deuber Rafael Merighi da Silva da imputação prevista no art. 35, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e condenou:

Igor Simizu Sousa ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços comunitários e por prestação pecuniária de 1 (um) salário-mínimo à entidade com destinação social, como incurso no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06;

Deuber Rafael Merighi da Silva ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Em sua manifestação, a Defesa de Deuber requer a absolvição, alegando a insuficiência de provas (fls. 496/503). Por sua vez, a Defesa de Igor, preliminarmente, pleiteia o reconhecimento de nulidade decorrente da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ilegalidade da busca e apreensão domiciliar e, no mérito, solicita a absolvição, sustentando a fragilidade das provas e a alegação de coação moral irresistível (fls. 504/520).

Por fim, a Justiça Pública, em suas razões recursais (fls. 528/540), requer a reforma da sentença para que os acusados Igor Simizu Sousa e Deuber Rafael Merighi da Silva sejam condenados pela prática de associação ao tráfico, conforme previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06. Quanto ao acusado Igor Simizu Sousa, solicita ainda o afastamento da causa de redução de pena prevista no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/2006 e a imposição do regime fechado.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 541/553, 560/571 e 572/757), a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 598/616).

É o relatório.

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

Constam dos autos que no dia 8 de maio de 2020, por volta das 13:00 horas, na residência localizada na Rua Paineira, nº 680, Igor Simizu Sousa e Deuber Rafael Merighi da Silva, devidamente identificados às fls. 06/07, agindo em conjunto e com o propósito comum, associaram-se para praticar o crime de tráfico de drogas. Ambos estavam em posse de 22,35g de maconha (13 porções), com a intenção de entregá-las para consumo, sem a devida autorização e em desacordo com a legislação vigente, conforme comprovado no auto de exibição e apreensão de fls. 13 e nos laudos de fls. 15/18 e 152/154.

De acordo com as investigações, durante patrulhamento de rotina, policiais militares receberam a informação de um transeunte, relatando que, na praça no final da Rua Guarantã, havia um indivíduo mestiço realizando a venda de drogas a mando de Deuber, morador da Rua Paineira, nº 680. O transeunte informou que usuários de drogas se dirigiam até essa praça, onde entravam em contato com o rapaz mestiço, entregando-lhe dinheiro para a compra do entorpecente. O indivíduo, então, se dirigia até a residência de Deuber, onde pegava a droga e efetuava o pagamento com o dinheiro recebido dos usuários. Em seguida, ele retornava à praça e entregava a droga aos compradores.

Com base nessa denúncia, os policiais se dirigiram até a referida praça, onde avistaram o indivíduo mestiço, identificado posteriormente como Igor. Durante a abordagem, Igor confirmou a veracidade da denúncia e explicou que realizava o serviço em troca de um maço de cigarro por dia, e que o fazia por receio de Deuber.

Em seguida, os policiais se dirigiram à residência de Deuber, onde, na frente do imóvel, ele foi submetido a revista pessoal, mas nada de ilícito foi encontrado. Com a autorização de Deuber e de sua companheira, Isabela Caroline Biana Ramos, os policiais procederam à busca no interior da casa. Durante a revista, com o auxílio do canil da Polícia Militar, foram localizadas 13 porções de maconha, além de R\$ 304,00 em dinheiro. Destas, 3 porções estavam escondidas em um bloco na varanda e as outras 10 estavam dentro de um sofá na sala dos fundos da residência. Nesse momento, Deuber assumiu a posse das drogas.

Encerrada a instrução, o d. Juízo a quo julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, condenando os apelantes como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Ocorre, contudo, que os apelantes foram supostamente flagrados na posse de 22,35 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 dos apelantes. Em interrogatório judicial, ambos negaram a prática do crime, afirmando que as drogas sequer lhe pertenciam.

Os policiais militares Carlos Cesar de Brito Monteiro e Evander Thomaz Cavalcante Olegario relataram que receberam várias denúncias envolvendo os réus Deuber e Igor . Durante a abordagem na praça, Igor confessou que realizava a venda de drogas em troca de cigarros e favores sexuais, afirmando ainda que era ameaçado por Deuber . Igor explicou que se dirigia até a residência de Deuber , onde pegava as drogas e voltava para fazer a entrega. Em diligência à casa de Deuber , os policiais o encontraram em frente ao imóvel, e ele autorizou a entrada da guarnição, sendo acompanhado por sua esposa. Durante a revista, foram encontradas várias porções de maconha na garagem e outras porções de entorpecentes fracionadas embaixo de um sofá, além de dinheiro.

Portanto, verifica-se do acervo probatório que há apenas a prova de que os apelantes traziam consigo 22,35 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, os apelantes devem ser absolvidos 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.

Portanto, verificada a destinação da maconha ao consumo pessoal dos apelantes, 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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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.

Em razão da absolvição com fundamento no Tema 506 do STF, torna-se prejudicada a análise do mérito da apelação ministerial.

Ante o exposto, vota-se pelo provimento dos recursos defensivos para absolver os apelantes Igor Simizu Sousa e Deuber Rafael Merighi da Silva das penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso III do 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