



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000006598

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 3011887-90.2024.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é peticionário LUIZ RICARDO AUDACIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, deferiram o pedido revisional para desclassificar a conduta do peticionário Luiz Ricardo Audacio a fim de afastar a imputação de prática do crime do art. 33 da Lei de Drogas; em seguida, reconhecida a atipicidade da conduta, absolvê-lo, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vencido o 2o. Juiz, Desembargador MARCO DE LORENZI**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente), MOREIRA DA SILVA, AMARO THOMÉ, MARCELO GORDO, MARCELO SEMER, XISTO ALBARELLI RANGEL NETO, FÁTIMA GOMES, FREIRE TEOTÔNIO E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Revisão Criminal n. 3011887-90.2024.8.26.0000

Peticionário: Luiz Ricardo Audacio

Comarca: Tupã

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Pretensão de absolvição, por atipicidade. Alegação de que foram apreendidas menos de 40 gramas de maconha com o peticionário, que deve ser tratado como usuário, e não como traficante, consoante a presunção estabelecida no julgamento do RE n. 635.659 pelo E. STF. Viabilidade do pedido. Porte de 14,24g de maconha. Circunstâncias do caso concreto não indicadoras do intuito mercantil, principalmente diante da pequena quantidade de entorpecente apreendida, em única porção. Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, no referente à posse de maconha, proclamada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no RE 635.659 (Tema 506) – Atipicidade do fato imputado – Revisão deferida.

Voto n. 51.955

1. Cuida-se de revisão criminal proposta por **Luiz Ricardo Audacio**, processado e condenado por r. sentença, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Inconformado com a r. decisão, o peticionário apelou. A Colenda Nona

Câmara Criminal deste E. Tribunal, no julgamento da Apelação Criminal n. 0003567-78.2017.8.26.0637, por votação unânime, negou provimento ao recurso.

A condenação transitou em julgado.

Pretende a Defensoria Pública, com fundamento nos artigos 621, inciso I, do Código de Processo Penal, a absolvição do peticionário. Sustenta que foram apreendidos menos de 40 gramas de *maconha* com o peticionário, que deve, portanto, ser tratado como usuário, e não como traficante, consoante julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659 pelo E. Supremo Tribunal Federal. Alega que, consoante decidido pelo Pretório Excelso, *“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-fêmea”*, e *“que não consta da fundamentação da sentença ou do acórdão o apontamento de elementos que permitam a superação da presunção de que o porte da droga se destinava a uso pessoal”*. Requer, à vista disso, o deferimento do pedido revisional, a fim de absolver o peticionário, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O r. parecer¹ da douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento ou, quando não, pelo indeferimento do pedido revisional.

É o relatório.

2. O pedido comporta deferimento.

O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP (Tema 506), em 26 de junho de 2024, assentou a natureza não criminal

¹ Fls. ***.

do porte de *maconha* para uso pessoal.

Outrossim, estipulou o quarto item da tese fixada que, *“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”*.²

Argumenta a Defensoria Pública que a presunção específica definida pelo Pretório Excelso vai além da própria presunção geral de inocência prevista na Constituição Federal e que a prova dos autos não autorizava a condenação do peticionário por tráfico de drogas, de modo que a condenação é contrária à evidência dos autos.

Pois bem.

Condenado em primeiro grau por tráfico de drogas às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, a Colenda Nona Câmara Criminal deste E. Tribunal, no julgamento da Apelação Criminal n. 0003567-78.2017.8.26.0637, por votação unânime, negou provimento ao recurso do peticionário.

Constou do v. acórdão:

“O policial militar Silas Pereira da Silva, disse em solo policial que estava em patrulhamento, juntamente com o policial Emanuel, quando abordaram o acusado na rua pilotando uma motocicleta. Disse que o acusado se tratava de indivíduo conhecido pelos

² <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> (acesso em 31.07.2024)

meios policiais em razão de seu envolvimento com o tráfico de drogas. Em poder do acusado foi apreendida razoável porção de maconha e a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais) em espécie. Em juízo, afirmou que estava em patrulhamento de moto quando visualizou o acusado pilotando uma motocicleta. Disse que o acusado é conhecido nos meios policiais, inclusive por postar fotos em redes sociais segurando armamento e drogas. Declarou ter realizado a abordagem pessoal e encontrado, no interior da vestimenta, uma considerável porção de maconha, além de R\$ 60,00 (sessenta reais) em espécie (fls. 05 e mídia).

O policial militar Emanuel Lopes dos Santos, em solo policial foi no mesmo sentido que seu colega de farda. Em juízo, afirmou que o acusado é conhecido nos meios policiais, pelo vulgo nome de “Judoca”, por ostentar arma de fogo e grande quantidade de drogas em redes sociais. Disse que ao abordá-lo encontrou no bolso de sua calça certa quantidade de maconha prensada, e R\$ 60,00 (sessenta reais). Afirmou que, na Delegacia, em conversa com o Delegado, este relatou que o acusado vinha sendo monitorado por escuta telefônica por envolvimento em tráfico de drogas (fls. 06 e mídia).

As testemunhas de defesa, Orivaldo Lourenço Pereira, Silmara Aparecida Rosa Delacrode da Silva e Antonia Aparecida Rufino, não souberam informar a respeito dos fatos imputados ao réu. No mais, asseveraram que o acusado é usuário de drogas (mídia).

O ora apelante, LUIZ RICARDO AUDÁCIO, em solo policial, negou a traficância e assumiu a propriedade da droga. Afirmou que seria destinada a consumo próprio. Em juízo, também assumiu a propriedade do entorpecente e alegou ser para consumo próprio (mídia).”³.

Respeitada a convicção explicitada nesse r. *decisum* colegiado, tenho que ele

³ Fl. 340 (autos originários)

contraria a evidência dos autos.

Policiais abordaram o réu na condução de sua motocicleta e com ele apreenderam única porção de maconha, totalizando 14,24g, e sessenta reais em espécie.

Nas duas oportunidades, o peticionário admitiu o porte da droga, para consumo pessoal.

A quantidade de entorpecente apreendida, sequer fracionada, não é incompatível com a destinação ao uso próprio; o montante em dinheiro, de si, tampouco faz concluir que fosse oriundo do tráfico.

Ouvidos em Juízo, os policiais disseram que o peticionário era conhecido nos meios policiais por seu envolvimento no tráfico de drogas, inclusive por postar fotos em redes sociais ostentando armas e drogas. Afirmou-se, ainda, que havia investigação em curso, com interceptação telefônica, contra o peticionário, por envolvimento com o tráfico de drogas.

Contudo, nenhuma dessas afirmações – que seriam facilmente documentadas nos autos – foi confirmada por outro elemento prova.

Ora, para a configuração da materialidade do tráfico, é preciso haver demonstração de que a droga apreendida concretamente se destinava a terceiros, e não a uso próprio. E isso não se encontra nos autos.

De fato, não há elementos seguros para afirmar que aquela pequena quantidade do entorpecente – 14,24 gramas de maconha, em única porção –, se

destinava ao fornecimento a terceiros. Trata-se de quantidade inteiramente compatível com a finalidade de consumo pessoal.

Ademais, os policiais militares não presenciaram nenhuma movimentação típica de tráfico.

Destarte, ante a ausência de demonstração segura de que aquela porção se destinava à mercancia, tem-se que a condenação contraria a evidência dos autos, ensejando o deferimento do pleito revisional, de forma que a única solução é a desclassificação da conduta do apelante para aquela contemplada no artigo 28 da Lei nº. 11.343/06.

Lado outro, considerando-se a natureza da droga (*maconha*), sua quantidade (inferior a 40g) e a declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei Antidrogas no que se refere ao porte de *maconha* nessa circunstância (RE 635.659, Tema 506), de rigor o reconhecimento da atipicidade do fato imputado ao peticionário.

Ora, tratando-se de decisão da Suprema Corte em tema de repercussão geral, com vinculação de seus efeitos às instâncias inferiores, só nos resta a curvar-se a esse entendimento.

Nesse sentido recentes julgados desta Corte:

“APELAÇÃO. Posse de droga para consumo pessoal e posse de arma de fogo de uso restrito. Preliminar. Violação de domicílio não caracterizada. Fundada suspeita e justa causa para ação dos agentes públicos. Ingresso em domicílio, aliás, franqueado pela proprietária. Preliminar afastada. Mérito. Prova segura. Autoria e materialidade demonstradas. Posse de maconha para uso pessoal.

Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 proclamada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n.º 635.659. Atipicidade penal da conduta. Absolvição. Crime do Estatuto do Desarmamento. Posse de arma de uso restrito. Penas criteriosamente aplicadas. Redução dos dias-multa. Impossibilidade. Provimento parcial do apelo defensivo.” (Apelação Criminal n.º 1500644-62.2023.8.26.0356, Mirandópolis, rel. LUIZ FERNANDO VAGGIONE, j. 02/07/2024).*

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Apreensão de 36,08 gramas de maconha. Pretende-se a absolvição e, subsidiariamente a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. Absolvição que se impõe. Descriminalização do porte de maconha para uso pessoal. RE 635.659 (Tema 506). Tese recém fixada pelo STF. O porte para uso próprio passou a ser um ilícito de natureza administrativa, não penal. De acordo com a tese fixada, nos termos do §2º do art. 28 da Lei 11.343/06, 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. Assim, em observância à tese recém fixada pelo Pleno do STF e não havendo, no presente caso, elementos que indiquem possível tráfico de drogas, necessário absolver o acusado por não constituir o fato infração penal. Condenação revertida. Recurso provido.” (Apelação Criminal n.º 1500017-16.2024.8.26.0585, Presidente Venceslau, rel. XISTO RANGEL, j. 15/07/2024);

“APELAÇÃO - Réu denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 - Sentença condenatória que desclassificou a imputação inicial para o tipo penal do art. 28, caput, do mesmo

diploma legal - Réu condenado à pena de advertência sobre os efeitos das drogas - Recurso do Ministério Público visando a integral procedência da denúncia - Descabimento - Ausência de indícios suficientes da finalidade de entrega das drogas ao consumo de terceiros no interior do estabelecimento prisional - Drogas localizadas no armário individual do réu, em meio aos seus pertences pessoais - Inocorrência de apreensão de qualquer outro objeto ou anotações que sugiram a traficância - Quantidade de drogas (11 porções de maconha, com massa líquida de 60,4g) que não é incompatível com o consumo pessoal - Réu que admitiu a posse das drogas para seu consumo pessoal quando da localização dos tóxicos pelos Agentes de Segurança Penitenciária - Dúvida ao final da instrução que impede a condenação do réu pelo crime capitulado na denúncia Observância do princípio “in dubio pro reo” - Desclassificação mantida - Observância, contudo, da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/06, operada pelo E. STF no RE 635.659 (Tema 506) - Atipicidade do porte de cannabis sativa (maconha) para consumo pessoal - Reconhecimento de que o réu guardava apenas maconha para seu consumo pessoal - Conduta atípica - Absolvição que se impõe, com concessão de “habeas corpus de ofício” para esse fim - Precedentes desta Corte - Manutenção da aplicação da sanção de advertência sobre os efeitos das drogas, não podendo, contudo, ter qualquer repercussão criminal - Apelação não provida, com concessão de “habeas corpus” de ofício, nos termos do Acórdão.” (Apelação Criminal nº 1502117-73.2023.8.26.0618, Tremembé, rel. RENATO GENZANI FILHO, j. 18/07/2024);

“APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Apelo defensivo objetivando reforma total ou parcial da condenação. Materialidade demonstrada, mas autoria

controversa. Provada propriedade de parte diminuta das drogas, as quais o próprio acusado afirma que eram voltadas para consumo próprio. Não angariados indícios suficientes para traficância ou mesmo da relação entre o réu e porções localizadas em um carro abandonado. Réu que portava quantidade inferior a 40g. Novel entendimento do eg. STF acerca do porte de maconha para uso pessoal (Tema 506 de Repercussão Geral). Presunção de usuário. Atipicidade da conduta. Recurso que se concede provimento.” (Apelação Criminal nº 1500056-30.2020.8.26.0560, Votuporanga, rel. AMABLE LOPEZ SOTO, j. 22/07/2024);

Assim, declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei Antidrogas no que se refere ao porte de *maconha*, de rigor o reconhecimento da atipicidade

3. Isto posto, pelo meu voto, defere-se o pedido revisional para desclassificar a conduta do peticionário Luiz Ricardo Audacio a fim de afastar a imputação de prática do crime do art. 33 da Lei de Drogas; em seguida, reconhecida a atipicidade da conduta, absolvê-lo, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

HERMANN HERSCHANDER

DESEMBARGADOR