



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000286311

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 3011592-53.2024.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é petionário GABRIEL RIBEIRO NOGUEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: conheceram da ação revisional e deram-lhe provimento para absolver GABRIEL RIBEIRO NOGUEIRA da imputação da prática do delito tipificado pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, por maioria de votos. Vencido o E. Desembargador Ricardo Sale Júnior, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS ZILLI, vencedor, RICARDO SALE JÚNIOR, vencido, MARCOS ZILLI (Presidente), LEME GARCIA, GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, CHRISTIANO JORGE, ELY AMIOKA, RENATA WILLIAM RACHED CATELLI, CONCEIÇÃO VENDEIRO E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 25 de março de 2025.

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica

Voto n. 9817

8º Grupo de Direito Criminal

Revisão Criminal n. 3011592-53.2024.8.26.0000

Peticionário: GABRIEL RIBEIRO NOGUEIRA

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Americana

DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/2006). PLEITO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. APLICAÇÃO DO TEMA 506 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE.

1. CASO EM EXAME

Revisão criminal ajuizada por GABRIEL RIBEIRO NOGUEIRA, definitivamente condenado, nos autos do processo n. 1516545-53.2019.8.26.0019, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Americana, às penas de advertência, prestação de serviços e medida socioeducativa de comparecimento a curso ou programa educativo, as duas últimas pelo prazo de dois meses, como incurso no art. 28 da Lei 11.343/2006. Pleito visando a absolvição por atipicidade, invocando a aplicação do Tema 506/STF.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Requerente condenado pela prática de porte de drogas para uso pessoal porque, nas circunstâncias descritas na denúncia, trazia consigo, para fins de consumo, 26 porções de maconha, com peso líquido de 26 gramas.

3. RAZÕES DE DECIDIR:

3.1. A ação de revisão criminal é instrumento processual que busca desconstituir a coisa julgada condenatória. Move-se pela ponderação entre os valores da segurança jurídica, que são dados pela imutabilidade da coisa julgada, e a liberdade jurídica, representada pela correção de erro judiciário em desfavor do acusado. Regulamentação processual que encontra aderência com o sistema regional de direitos humanos que proclama a impossibilidade de rediscussão da imputação no caso de coisa julgada absolutória. Requisitos da ação revisional especificados em lei (art. 621, CPP).

3.2. Ainda que os incisos do art. 621 do CPP não prevejam expressamente o cabimento de revisão criminal para aplicação de nova orientação jurisprudencial, é possível o cabimento excepcional da revisão quando da nova interpretação dada

pelos tribunais for benéfica ao réu, notadamente quando a mudança de entendimento ocorre em sede de controle de constitucionalidade. Doutrina.

3.3. Possibilidade de manejo de revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do CPP, quando se postula a aplicação de nova orientação jurisprudencial mais benéfica ao réu, desde que se trate de entendimento pacífico e relevante. Precedentes do STJ.

3.4. Hipótese em que a revisão criminal foi ajuizada com fundamento na alteração da interpretação jurisprudencial sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Cabimento. Nova orientação jurisprudencial mais benéfica fixada em precedente vinculante cuja observância é obrigatória (art. 927, III, do CPC). Entendimento relevante e pacificado, apto a ensejar o manejo excepcional da revisão criminal.

3.5. Mérito. Materialidade delitiva demonstrada pela prova pericial. Vínculo entre o peticionário e os entorpecentes demonstrado pela prova oral. Confissão.

3.6. Atipicidade da conduta. Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Tema 506. É penalmente atípica a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa. Atipicidade que não impede o reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta. Julgamento do Recurso Extraordinário 635.659.

4. DISPOSITIVO

Revisão criminal conhecida e, no mérito, julgada procedente para absolver o peticionário da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 28, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Determinação de expedição de ofício ao Juizado Especial Criminal em atenção ao julgamento do Recurso Extraordinário 635.659.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CITADAS:

CPP, art. 621, I; Lei 11.343/2006, art. 28; CF/1988, art. 5º, XXXIX e XL. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2024; STJ, AgRg no HC n. 615.767/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 25/05/2021; STJ, REsp 699773/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16/05/2005; TJSP, Revisão Criminal nº 0013125-50.2014.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, julgado em 08/03/2016; STJ, RvCr n. 5.627/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/10/2021; STJ, RvCr n. 3.900/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/2017; TJSP, Apelação Criminal 1500073-73.2021.8.26.0126, Rel. Leme Garcia, julgado em 27/09/2024; TJSP, Apelação Criminal 1501529-37.2019.8.26.0576, Rel. Guilherme de Souza Nucci, julgado em 17/09/2024.

Trata-se de revisão criminal ajuizada por **GABRIEL RIBEIRO NOGUEIRA**, condenado nos autos do processo n. 1516545-53.2019.8.26.0019, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Americana, por sentença prolatada pelo **MM. Juiz de Direito André Carlos de Oliveira**, que desclassificou a conduta para o artigo 28, da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe as penas de advertência, prestação de serviços e medida socioeducativa de comparecimento a curso ou programa educativo, as duas últimas pelo prazo de dois meses (fls. 228/233 dos autos de origem).

A r. sentença foi desafiada com a interposição de recurso de apelação por ambas as partes (fls. 240/243 e 260/264 dos autos de origem). A c. 8ª Câmara Criminal, por unanimidade, em voto da lavra do eminente **Desembargador José Vitor Teixeira de Freitas**, negou provimento aos apelos, mantendo integralmente a r. sentença desclassificatória (fls. 285/294 dos autos de origem). Operou-se o trânsito em julgado para o Ministério Público e para o peticionário, respectivamente, em 04 e 07 de novembro de 2022 (fls. 299 dos autos de origem).

Nesta oportunidade, a Defensoria Pública insurge-se contra a condenação, argumentando, em suma, que a decisão foi contrária a texto expresso de lei e à evidência dos autos. Para tanto, invoca o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, que reconheceu a atipicidade da conduta de porte de *cannabis sativa* para consumo pessoal (Tema 506). Afirma que não houve modulação temporal dos efeitos do Acórdão, de modo que a decisão se revestiria de efeitos *ex tunc*, abarcando, portanto, casos julgados anteriormente à sua publicação. Pondera que, no caso em apreço, o peticionário foi condenado como incurso no artigo 28 da Lei 11.343/2006 por portar quantidade inferior a 40 gramas de maconha para uso pessoal, razão pela qual deverá ser absolvido, por atipicidade, nos termos do novo entendimento jurisprudencial (fls. 01/03).

A d. Procuradoria de Justiça, em parecer, manifestou-se pelo indeferimento da revisão criminal (fls. 17/19).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Da revisão criminal. Cabimento e requisitos

Como é sabido, a coisa julgada, garantia fundamental, é expressão da segurança jurídica que emerge das relações sociais. A perpetuidade das demandas judiciais não é desejável, razão pela qual a imutabilidade da decisão, respeitados determinados critérios e pressupostos, é valor assentado nos interesses individuais e coletivos. Somente em situações excepcionais, informadas pela prevalência de interesses superiores é que se admite a desconstituição da coisa julgada. No campo do sistema de Justiça Criminal estes valores assentam-se na prevalência da liberdade.

De fato, somente a sentença absolutória está sujeita aos efeitos absolutos que emanam da coisa julgada. A questão, note-se, é dimensionada pelo art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos que impede a instauração de nova ação penal em desfavor daquele que tiver sido absolvido por sentença passada em julgado. Nesse particular, a legislação processual nacional guarda harmonia com o direito internacional dos direitos humanos, ao prever - e regulamentar - a ação de revisão criminal dirigida, exclusivamente, à desconstituição da coisa julgada condenatória. A propósito, destaca Gustavo Henrique Badaró:

A CADH, em seu art. 8.4, prevê entre as garantias processuais mínimas, que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Permitir uma revisão criminal que possa transformar uma absolvição passada em julgado em uma condenação penal é submeter o acusado a um novo processo pelos mesmos fatos. Não se pode considerar a vedação do bis in idem como limitada à repetição de ações penais condenatórias idênticas. Uma ação condenatória que resulte em absolvição e uma revisão criminal *pro societate* pelo mesmo fato violam a garantia do art. 8.4 da CADH.

Em suma, além de ser um traço histórico do ordenamento brasileiro o cabimento da revisão criminal apenas em favor do condenado, há também uma vedação, de status constitucional, pela integração da CR com a CADH – ou supralegal, conforme se considere a natureza dos tratados de direitos humanos – impedindo a criação de revisão de sentenças absolutórias transitadas em julgado.¹

A necessidade de um equilíbrio entre os valores da segurança e da liberdade não passou despercebida do legislador nacional que, dessa forma, estabeleceu causas de

¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 970.

pedir específicas da ação de revisão criminal. Evitou, dessa forma, o uso indiscriminado da revisão com o seu consequente desvirtuamento para uma nova hipótese recursal. Nesse sentido, converge o credenciado magistério de Grinover, Magalhães e Scarance:

Só em casos excepcionais, taxativamente arrolados pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação de revisão criminal e da ação rescisória para o juízo cível. Isto ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremante graves, que aconselham a prevalência do valor da 'justiça' sobre o valor da 'certeza'.

No balanceamento dos valores em jogo, o legislador previu expressamente, no art. 621 do CPP (...), os casos de rescindibilidade da sentença passada em julgado. Porém, diante da relevância do instituto da coisa julgada, tais casos devem ter aplicação estrita. Assim, não se pode aplaudir a linha doutrinária que tende a ver na revisão criminal meio comum de impugnação de sentença, equiparável à apelação.²

A endossar o entendimento doutrinário, a jurisprudência tem se mostrado refratária ao uso da revisão criminal como instrumento processual para o mero reexame de provas que foram adequadamente valoradas no curso do processo de conhecimento. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CABIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não é cabível revisão criminal utilizada como nova apelação, visando ao mero reexame de fatos e provas, sem a demonstração de ofensa a texto expreso da lei penal ou de contrariedade à evidência dos autos (art. 621, I, do CPP). (...)

4. Agravo regimental desprovido por outros fundamentos.

(AgRg no HC n. 615.767/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 28/5/2021.)

CRIMINAL. RESP. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. PRECARIEDADE DAS PROVAS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que foi deferido o pleito de revisão criminal, para absolver o peticionário, sob o fundamento de precariedade de provas da

² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 5. ed., São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008, p. 303/304.

autoria.

II. Fere o sistema processual penal brasileiro a decisão que, não obstante ter se fulcrado no art. 621, I, do CPP, embasou toda a sua fundamentação na fragilidade e precariedade das provas produzidas, transformando o pedido revisional em recurso de apelação criminal.

III. A expressão "contra a evidência dos autos" não autoriza a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova.

IV. Recurso provido."

(STJ, REsp 699773/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/05/2005).

Em sentido análogo, converge a jurisprudência deste Tribunal:

REVISÃO CRIMINAL. Crime de roubo duplamente majorado pelo uso de arma de fogo em concurso de pessoas. Pretensão de absolvição por insuficiência de provas. Teses já analisadas e refutadas na sentença, confirmadas em sede de apelação. Inviabilidade da utilização do instituto da revisão criminal para reapreciação de provas. Inocorrência de qualquer das hipóteses do artigo 621, do Código de Processo Penal. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE

(Revisão Criminal nº 0013125-50.2014.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, j. em 08.03.2016).

Revisão Criminal. Roubo majorado. Pleito almejando a absolvição por insuficiência probatória ou mitigação da reprimenda. Teses já enfrentadas e afastadas em sede de apelação. Condenação devidamente escorada em coeso acervo probatório. Acórdão que manteve inalterada a reprimenda, inclusive no tocante ao reconhecimento da menoridade relativa do peticionário. Regime adequadamente fixado. Improcedente (Revisão Criminal nº 0008614-09.2014.8.26.0000, Rel. Guilherme de Souza Nucci, j. em 15.12.2015).

Nessa perspectiva, o cabimento da revisão criminal vincula-se à necessidade de correção do erro judiciário condenatório na hipótese em que a sentença for contrária ao texto expresso em lei ou à evidência dos autos (art. 621, I do CPP); quando a sentença se amparar em depoimentos, exames e documentos comprovadamente falsos (art. 621, II do CPP); ou ainda quando, após a sentença, forem descobertos novas provas da inocência do acusado ou circunstância que determine ou autoriza a diminuição especial da pena (art. 621, III do CPP).

2. Dos requisitos da ação revisional

O requerente fundamenta o pedido revisional ora posto a julgamento na alteração da interpretação jurisprudencial sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, sustentando que o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ostenta caráter vinculante, aplicando-se aos casos julgados antes da publicação do Acórdão paradigma.

Como é assente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 506, reconheceu a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, firmando entendimento no sentido da atipicidade da conduta daquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*. O Acórdão paradigma foi assim ementado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de cannabis sativa para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes.

1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão.

3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo

CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública.

4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

5. O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador.

6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei (“consumo pessoal” e “pequena quantidade”) recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários.

7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006.

8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006.

9. Por todo o exposto, fixa-se a seguinte tese de repercussão geral:

(i) 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);

(ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;

(iii) 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 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

(iv) 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;

(v) 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;

(vi) 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;

(vii) 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;

(viii) 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.

10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas 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 na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei.

11. 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 ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

(RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024)

Nesse contexto, ainda que os incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal não prevejam expressamente o cabimento de revisão criminal para aplicação de nova orientação jurisprudencial, há importantes posições doutrinárias que admitem, excepcionalmente, o cabimento da revisão quando da nova interpretação dada pelos tribunais for benéfica ao réu, notadamente quando a mudança de entendimento ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

É o entendimento, dentre outros, de Guilherme Nucci:³

Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterar o entendimento em relação a uma questão qualquer, em particular, de direito, quando favorável ao réu, deve provocar a alteração de todas as decisões anteriores, dando margem, se for o caso, ao ajuizamento de revisão criminal. Afinal, trata-se da Suprema Corte, responsável pela declaração de constitucionalidade da legislação ordinária. Desse modo, a modificação na interpretação de um instituto, tomada pelo Plenário da Corte Excelsa, deve ser observada tal como se houvesse lei penal benéfica, operando retroativamente. Tanto assim que, havendo negativa de aplicação da novel interpretação do STF, por juízes e tribunais inferiores, ainda que por via do *habeas corpus*, a questão chegará à apreciação do Pretório Excelso, quando se fará valer a posição tomada pelo Plenário. Logo, seria perda de tempo precioso travar a aplicação da inédita interpretação do Supremo Tribunal Federal desde cedo.

Em idêntico sentido, destaca-se as lições de Gustavo Henrique Badaró⁴:

A jurisprudência tem entendido que, se houver divergência de interpretação, não cabe a revisão criminal, pois a contrariedade ao texto legal deve ser frontal, não cabendo a revisão se foi dada interpretação razoável do dispositivo invocado.

Discorda-se de tal entendimento. A questão deve ser tratada a partir de uma premissa realista do princípio da legalidade, reconhecendo-se uma relação de complementariedade entre a lei e sua interpretação. O tema da aplicação retroativa de mudanças jurisprudenciais in pejus também foi analisado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir do que ficou conhecido como “doutrina Parot”. O Tribunal considerou que o fato de a justiça da Espanha ter aplicado, de maneira retroativa, a nova jurisprudência conhecida como “doutrina Parot”, violou o art. 7º da CEDH, (princípio da legalidade) e o art. 5º.1, (direito à liberdade e à segurança). Da sentença, pode ser destacado o seguinte passo: “Em qualquer sistema jurídico, por mais clara que seja a redação de uma disposição legal, inclusive em matéria penal, existe inevitavelmente um elemento de interpretação judicial” (§92).

Seja no plano constitucional (CR, art. 5º, caput, XXXIX e XL), seja no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a integração das garantias convencionais nos ordenamentos internos (CADH, art. 9º), uma leitura realista e contextualizada da legalidade penal nos tempos atuais tem que incluir também as mudanças de jurisprudência que ocorram em prejuízo do acusado, assim como as que lhe beneficia.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* – 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1203

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 973-974.

Tudo isso não pode deixar de ter reflexo no cabimento da revisão criminal, por ter sido a sentença condenatória contrária ao “texto expresso da lei penal” (CPP, art. 621, I). Se houve uma mudança jurisprudencial em tema já estável e consolidado, num sentido mais benéfico aos acusados, isso não poderá deixar de ser levado em conta. Nessa nova relação entre lei e juiz, é compreensível que, com base em um mesmo texto de lei penal, uma conduta que ontem era criminosa, sendo justa a condenação penal de quem a praticou, hoje deixe de ser crime e não mais se puna quem a pratique.

O que se defende é a admissão da revisão criminal, com fundamento no inciso I do art. 621 do CPP, quando um alto tribunal tem um entendimento firme e constante, aplicado há tempos, se há mudança dessa jurisprudência consolidada, num sentido benéfico ao acusado, o novo posicionamento poderá atingir até mesmo casos transitados em julgado, por meio da revisão criminal.

O sobredito entendimento encontra eco na jurisprudência. Em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça admite o manejo de revisão criminal, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, quando se postula a aplicação de nova orientação jurisprudencial mais benéfica ao réu, desde que se trate de entendimento pacífico e relevante. Nesse sentido alinham-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENIGNO E ATUAL. CABIMENTO. PRECEDENTE. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RESTABELECIMENTO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

1. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da quaestio, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitiva, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias - 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal a quo.

6. Revisão criminal procedente.

(STJ, RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/10/2021, DJe de 22/10/2021.)

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL FUNDADA NO ART. 621, I, CPP. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, CP) PRATICADO POR TERCEIRO NÃO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO IUS PUNIENDI RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO (ART. 630, CPP). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PENA DE MULTA: POSSIBILIDADE. (...)

2. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante.

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido. A orientação se alinha com o entendimento exarado pela Corte Suprema, ao examinar o Agravo Regimental no ARE n. 663.735/ES, quando reconheceu a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, a depender de quem pratica a conduta, o próprio beneficiário da vantagem indevida ou um intermediário para que terceira pessoa receba o benefício previdenciário illicitamente.

4. No caso concreto, reconhecida a natureza jurídica do delito como crime instantâneo de efeitos permanentes, o termo inicial do prazo prescricional é

a data do pagamento da prestação do primeiro benefício indevido que ocorreu em março/1985. Dado que a pena máxima em abstrato cominada para o delito do art. 171, § 3º, do CP é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, aplica-se-lhe o prazo prescricional de 12 (doze) anos, previsto no art. 109, III, do CP. Vê-se, assim, que a prescrição do direito estatal de exercer o jus puniendi ocorreu em 1997. Entretanto a denúncia somente veio a ser recebida em 03/08/2004.

5. Não há como se reconhecer a existência de erro judiciário capaz de gerar indenização por injusta condenação (art. 630, CPP) se a sentença condenatória fundou-se em interpretação jurisprudencial controversa à época da condenação e que somente veio a se firmar após a confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau.

6. Rescindida a condenação, tem direito o autor à devolução dos valores que pagou, indevidamente, a título de pena de multa, devidamente atualizados pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora contados a partir do trânsito em julgado da revisão criminal.

7. Revisão criminal que se julga procedente, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do requerente em relação à condenação que lhe foi imposta pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal n. 2000.61.81.000278-5/SP.

(STJ, RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe de 15/12/2017.)

Os precedentes acima indicados alinham-se à hipótese dos autos. O requerente fundamenta sua pretensão revisional em novo entendimento jurisprudencial, firmado em sede de Repercussão Geral, pelo qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei de Drogas, delito pelo qual o requerente se viu anteriormente condenado. Trata-se de nova orientação jurisprudencial mais benéfica fixada em precedente vinculante cuja observância é obrigatória, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil. Não há dúvidas de que se trata de entendimento relevante e pacificado, apto a ensejar o manejo excepcional da revisão criminal. **Conheço, portanto, da ação revisional.**

3. Mérito

O peticionário foi definitivamente condenado pela prática do delito tipificado pelo artigo 28 da Lei de Drogas, visto que foi surpreendido portando 23 porções de *cannabis sativa*, com peso líquido de 31 gramas (fls. 114/116 dos autos de origem), substância esta que se destinava ao seu consumo pessoal.

Conforme já destacado, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 506, afirmou a atipicidade da conduta de 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. As teses de repercussão geral foram assim fixadas quando do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659:

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 11.343/2006 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 11.343/2006 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 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.

Assim, é caso de acolhimento do pedido revisional para fins de reconhecimento da atipicidade da conduta pela qual foi condenado. Neste ponto, observo que não é caso de afastamento do caráter penal da condenação com a manutenção das sanções aplicadas. Isso porque o requerente não objetiva, tão somente, a mera modificação dos efeitos penais da condenação. Ao contrário, almeja a desconstituição da própria coisa julgada condenatória, visando, assim, a afirmação da atipicidade da conduta imputada com a consequente proclamação de sua absolvição, afastando-se, por consequência, qualquer pena.

O fato de a sanção imposta se adequar aos parâmetros punitivos admitidos pelo Supremo Tribunal Federal não desnatura o caráter declaratório da sentença proferida que afirmou a prática de um fato típico indutor de ilicitude penal. E, como destacado, o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal rechaça o caráter delituoso do ilícito. Trata-se, em realidade, de infração administrativa cuja competência para apuração não é do Juízo Criminal, embora tenha sido afirmada a competência provisória dos Juizados Especiais até que o Conselho Nacional de Justiça regule a matéria. Dessa forma, com o afastamento da tipicidade penal, é caso de determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente para eventual aplicação das medidas extrapenais cabíveis, nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

Apelação. Posse de drogas para consumo pessoal. Recurso defensivo. Apreensão de 2 porções de maconha, pesando 19,74g, as quais estavam nas vestimentas do apelante. Atipicidade da conduta. Aplicação do entendimento firmado pelo STF no RE n. 635.659, com repercussão geral (Tema 506). Absolvição que se impõe, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Prejudicada a análise das demais teses defensivas. Encaminhamento de cópias ao JECRIM competente, para as medidas cabíveis. Recurso provido, com determinação.

(TJSP; Apelação Criminal 1500073-73.2021.8.26.0126; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caraguatatuba - Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/09/2024; Data de Registro: 27/09/2024)

Apelação. Tráfico de drogas. Réu surpreendido por policiais militares trazendo consigo 4 porções de maconha. Em buscas nas imediações, os agentes de segurança pública encontraram mais 11 porções, totalizando 15 porções de maconha, com peso líquido de 63,57 gramas. Insurgência defensiva. (...) No mérito, a defesa almeja a desclassificação da conduta para o delito de porte de drogas para consumo próprio. Possibilidade. Acervo probatório, formado pelos laudos periciais e provas orais, que atesta

a posse de apenas 4 porções de maconha. Dúvidas sobre a propriedade do restante da droga. Nesse ponto, constata-se divergência pontual entre os depoimentos dos policiais militares, os quais, na delegacia, afirmaram que o réu estava caminhando em via pública e, em juízo, que ele estava parado próximo a um poste. O ponto incontroverso é que o réu foi visto ao dispensar as 4 porções de maconha, sobre as quais inexistem provas da traficância. No mais, a quantidade é compatível com a condição de usuário.

Desclassificação para a infração constante do art. 28 da Lei de Drogas, com fulcro no princípio do "in dubio pro reo". Aplicação do entendimento firmado pelo Plenário do STF, no RE nº. 635.659, com repercussão geral (Tema 506). Presunção de condição de mero usuário. Afastamento dos efeitos penais. Necessária a declaração de atipicidade da conduta. Absolvição que se impõe, com fundamento no art. 386, III, do CPP. Provido. Encaminhamento de peças deste processo ao JECRIM da Comarca para as medidas extrapenais compatíveis.

(TJSP; Apelação Criminal 1501529-37.2019.8.26.0576; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José do Rio Preto - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/09/2024; Data de Registro: 19/09/2024)

4. Do voto

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, conheço da ação revisional e dou-lhe provimento para absolver GABRIEL RIBEIRO NOGUEIRA da imputação da prática do delito tipificado pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por fim, observo que as sanções impostas no processo de origem não foram cumpridas até o presente momento (autos n. 0002580-43.2023.8.26.0019). Assim, considerando o reconhecimento da atipicidade da conduta, determino o encaminhamento de cópias do feito ao Juizado Especial Criminal competente para eventual aplicação de medidas extrapenais, conforme o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659.

MARCOS ZILLI

Relator designado