



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000301431

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2363088-65.2024.8.26.0000, da Comarca de Rancharia, em que é peticionário KALISTEI GOMES DE MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deferiram o pedido, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, ROBERTO SOLIMENE, LUIZ FERNANDO VAGGIONE, ANA ZOMER, LAERTE MARRONE E FLAVIO FENOGLIO.

São Paulo, 28 de março de 2025.

FIGUEIREDO GONÇALVES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 59.739

Revisão Criminal nº 2363088-65.2024.8.26.0000

Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Criminal

Comarca: Rancharia – 1ª Vara Judicial

Peticionário: KALISTEI GOMES DE MELO

Defensora: LETICIA LOPES SOARES DE SOUZA

Revisão Criminal – Porte de Drogas para Consumo Pessoal – Absolvição por atipicidade da conduta – Aplicação do entendimento do STF sobre o tema, conforme o RE nº 635.659, diante da declarada inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, afastando a repercussão penal – Caráter vinculante – Hipótese – Deferimento – Necessidade.

O peticionário foi condenado perante o Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Rancharia, como incurso no disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, com imposição de medida educativa – comparecimento obrigatório ao programa de tratamento do uso de entorpecentes (fls. 10-15 destes autos).

Inconformado, o Ministério Público recorreu, mas a 6ª Câmara deste egrégio Tribunal negou provimento à insurgência (fls. 16-19).

A r. sentença transitou em julgado para as partes aos 11.12.2017 (fl. 20).

Agora, através do presente pedido, requer a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP – Tema 506, sob o rito de Repercussão Geral, sob o rito de Repercussão Geral, pois guardava quantia inferior a 40 gramas de maconha, absolvendo-o o peticionário, em consequência, notadamente por atipicidade da conduta (fls. 1/4).

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou no sentido do parcial deferimento do pedido revisional (fls. 31-33).

É o relatório.

A pretensão posta no pedido revisional cinge-se, em síntese, à absolvição do peticionário por atipicidade da conduta, em decorrência da aplicação do entendimento vinculante consolidado no julgamento do RE nº 635.659 (Tema 506) do STF, a saber:

“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 26.6.2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe – public. 27.9.2024).

Na hipótese dos autos, o peticionário foi condenado por infração ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006,

com aplicação de “medida educativa de comparecimento a programa” ou “curso educativo”, em razão de fatos ocorridos no dia 12 de fevereiro de 2016, às 19h30, na Rua Ângelo Pascotto e Mário Guimarães Dias, nº 856, Comarca de Rancharia, quando fora surpreendido com uma porção de maconha, com peso aproximado de 7,790g.

Em consonância com a tese firmada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, afastando qualquer repercussão penal para condutas relacionadas ao “porte de maconha” para uso pessoal, dentro do limite de 40g, conclui-se que a conduta do peticionário se amolda aos parâmetros da citada tese, sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Vale salientar que decisões proferidas pela Corte Suprema, sob o rito da “Repercussão Geral”, com a fixação de teses para aplicação geral em recursos repetitivos, apresentam caráter vinculante a todas as instâncias judiciais, nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Inegável, por outro lado, que tal declaração de inconstitucionalidade se reveste de efeitos *ex tunc*, haja vista o comando final do v. acórdão: *“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”*.

Assim, se o posicionamento da Corte Suprema se faz nesse sentido, para evitar conflitos jurisprudenciais desnecessários, a melhor solução, portando, é seguir àquela orientação.

Ante o exposto, defere-se a revisão do processo para, com amparo no disposto no art. 626 do CPP, absolver **KALISTEI GOMES DE MELO**, do crime objeto do processo nº 0000081-87.2016.8.26.0583, nos termos do termos previsto no art. 386, III, do mesmo Diploma.

Figueiredo Gonçalves
relator