



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000315808

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 3001625-47.2025.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são peticionários RODOLFO BORGUETTI e EMMANUEL CHINAGOROM AMAGBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deferiram a presente revisional, para aplicar o Tema 506 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, absolvendo os peticionários deste delito, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 31 de março de 2025.

FLAVIO FENOGLIO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

1º Grupo de Direito Criminal

Revisão Criminal nº 3001625-47.2025.8.26.0000 — São Paulo

Peticionário: Rodolfo Borguetti e Emmanuel Chinagorom Amagba

Juiz prolator: Dra. Erika Soares de Azevedo Mascarenhas

voto nº 5.231

EMENTA: DIREITO CRIMINAL. REVISÃO CRIMINAL. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO.

I. Caso em Exame

1. Revisão Criminal ajuizada por petionários, visando desconstituir sentença condenatória por violação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06, com pena de advertência sobre os efeitos da droga. Os petionários foram condenados por portar quantidade inferior a 40g de maconha, cada um, sem outros objetos próprios do tráfico. A defesa requer absolvição com base no artigo 386, III e VII, do CPP, e no Tema 506 do STF.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a aplicação do Tema 506 do STF, que reconhece a atipicidade da conduta de porte de até 40g de maconha para consumo pessoal, afastando repercussões penais.

III. Razões de Decidir

3. A defesa fundamenta a revisão na contrariedade à evidência dos autos, conforme artigo 621, I, do CPP, e na aplicação do Tema 506 do STF.

4. A quantidade de entorpecentes apreendida é

compatível com consumo próprio, não havendo elementos que comprovem tráfico. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 pelo STF afasta efeitos penais e reconhece a atipicidade da conduta.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido. Absolvição dos peticionários com base no artigo 386, III, do CPP.

Tese de julgamento: 1. A posse de até 40g de maconha para consumo pessoal é atípica, conforme Tema 506 do STF. 2. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 afasta repercussões penais.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 28; Código de Processo Penal, art. 386, III e VII; art. 621, I.

Jurisprudência Citada:

STF, RE nº 635.659/SP, Tema 506;
TJSP, Revisão Criminal nº 2363500-93.2024.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Solimene, j. 16.12.2024;
Revisão Criminal nº 2349974-59.2024.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Orlando, j. 18.12.2024;
Revisão Criminal nº 2349073-91.2024.8.26.0000, Rel. Des. Laerte Marrone, j. 18.12.2024;
Revisão Criminal nº 2355649-03.2024.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 19.12.2024.

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por
RODOLFO BORGUETTI e EMMANUEL CHINAGOROM

AMAGBA, devidamente qualificados nos autos principais, objetivando a desconstituição do r. sentença, nos autos da apelação criminal nº 1504689-81.2018.8.26.0228, pela qual os peticionários condenados, por violação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06, à pena de advertência sobre os efeitos da droga (fls. 214/218, dos autos principais). Ocorreu o trânsito em julgado para a defesa em 25 de maio de 2021 (fls. 219, dos autos principais).

Em resumo, o peticionário alega que “*Os revisionandos foram condenados porque traziam consigo, cada um, quantidade inferior a 40g de maconha, não sendo encontrados com eles outros objetos próprios do tráfico, como balança de precisão, cadernetas etc (auto de apreensão da droga às fls. 13; laudo de constatação às fls. 15/17; laudo definitivo às fls. 73/75). [...] Tratando-se de quantia inferior a 40 gramas de maconha, entra em cena o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP (Tema 506) sob o rito de Repercussão Geral.*” (fl. 2) e ao final requer “*seja a presente revisão criminal conhecida e provida para a ABSOLVIÇÃO de Rodolfo Borguetti e Emmanuel Chinagorom Amagba, nos termos do artigo 386, III e VII, do CPP.*” (fl. 4) - (fls. 01/05).

Os autos da ação penal foram devidamente apensados e a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da presente ação revisional (fls.

33/37).

É o relatório.

A revisão criminal deve ser conhecida e, no mérito, deferida.

A defesa fundamenta sua irresignação na contrariedade “à evidência dos autos”, hipótese prevista no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, aduzindo que o peticionário deverá ser absolvido em razão do Tema 506, do Pretório Excelso.

Quanto ao mérito, razão assiste ao peticionário.

O revisionando busca a aplicação do tema 506, do Supremo Tribunal Federal, e, conseqüentemente, a absolvição do delito pelo qual foi definitivamente condenado.

Conforme consta no tema 506:

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de

*advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para 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 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. **Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, 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.”*

Passa-se à análise do caso em tela.
Conforme consta da r. sentença questionada:

“É parcialmente procedente a presente ação penal.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência (págs. 10/12); auto de exibição e apreensão (pág. 13); laudo de constatação (págs. 15/17); laudo de exame químico-toxicológico (págs. 256/258), que resultou positivo para a substância tetrahidrocannabinol; bem como pela prova oral produzida.

E a responsabilidade dos réus pelos

entorpecentes apreendidos, da mesma forma, é inconteste. Entretanto, o desiderato de repasse a terceiros não restou suficientemente comprovado nos autos.

Com efeito, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda no calor dos fatos, perante a D. Autoridade Policial, os acusados nada declararam e optaram por permanecer em silêncio (págs. 07 e 08).

Em Juízo, entretanto, admitiram a posse de entorpecentes, mas negaram a traficância.

RODOLFO narrou, em suma, que: “(...) O que foi encontrado comigo foi pra uso próprio. Eu tinha 8 porções de maconha. Eu era consumidor. Eu estava com isso há uns 30 minutos quando eu entrei nessa rua e fui abordado. Eu não ia vender. Consumia drogas há uns 6 anos. Me submeti a tratamento e inclusive estou trabalhando em uma unidade. Não conhecia o Emmanuel.”.

EMMANUEL, por sua vez, relatou que: “(...) nesse dia eu voltei do trabalho, saí na rua, comprei maconha, aí tava indo na Praça da República, comprei maconha, na hora que peguei o troco o policial me abordou. Eu tava com uma porção de maconha, tava subindo na praça da República pra fumar. Aí o policial me abordou. O local é ponto de venda de drogas. Eu tinha 30 reais nesse dia de troco da maconha. Eu só tava com uma porção de maconha, no processo vi que tá 10 porções, mas não vi. Os policiais não mostraram o restante da droga. Eu tinha acabado de comprar. Nesse local sempre rola tráfico. Eu sou mecânico.”.

Referidas essas versões, embora inconsistentes e pouco críveis, não foram afastadas a contento pela prova produzida no contraditório.

A policial militar Patricia Oliveira Sanguini prestou esclarecimentos coerentes e harmônicos a respeito dos fatos, aduzindo que: “(...) então, eu lembro de algumas partes, porque o Emmanuel eu já preendi algumas vezes entendeu, mas pelo Rodolfo a gente foi na verdade no apoio de uma

ocorrência na rua, porque é um lugar que dá bastante ocorrência desse tipo, e nesse apoio a gente viu o Emmanuel passar alguma coisa pro Rodolfo. No final do apoio, a gente conseguiu abordar somente ele (Rodolfo) e ele tinha droga e dinheiro. Era maconha. Já prendi o Emmanuel diversas vezes, tráfico e receptação. O Rodolfo eu não conhecia. Não lembro se o Rodolfo informalmente falou que estava vendendo pro Emmanuel, porque o Emmanuel nós prendemos posteriormente. Quando o Rodolfo avistou a gente ele jogou o pacote no chão, posteriormente a gente conseguiu abordar e tinha dinheiro. Nenhum dos dois disse que era usuário.”

O que se verifica é que os acusados foram detidos cada qual em poder de algumas porções de maconha. Todavia, não há elementos probatórios que evidenciem a prática de atos de mercancia com a certeza que se exige.

A policial militar responsável pela diligência afirmou que localizou algumas porções de maconha em poder dos réus por ocasião da abordagem. Outrossim, afirmou que já prendeu EMMANUEL algumas vezes naquele mesmo local, inclusive pela prática de tráfico de drogas.

Todavia, no caso dos autos, não foi categórica no sentido de que tenha visto os réus praticando atos de mercancia da droga.

A quantidade de entorpecentes apreendida em poder dos acusados não é expressiva, sendo perfeitamente compatível com a alegação de porte para consumo próprio.

Assim, não se pode presumir que estivessem a traficar drogas, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Para que haja a subsunção da conduta ao tipo penal em questão, a quantidade de droga é apenas um dos critérios utilizados, que deve ser sopesado em cotejo com as demais circunstâncias da apreensão e elementos de prova produzidos.

Por tais argumentos, a dúvida surgida quanto ao destino do tóxico se resolve em favor dos réus,

sendo a desclassificação da conduta medida que se impõe.

Demonstrada a ocorrência do crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, e comprovada a responsabilidade criminal dos acusados, a parcial procedência da ação penal é medida que se impõe.” (fl. 215/217 autos principais).

Conforme se verifica, certo é que com Rodolfo foram apreendidas 20,6 gramas de Cannabis Sativa L (maconha), distribuídas em 8 invólucros, e com Emmanuel o restante do entorpecente, consistente em 10 porções de maconha, pesando 22,5 gramas. Por fim, ambos os réus confessaram que os entorpecentes localizados eram destinados a satisfazer seus vícios, negando a prática do comércio ilícito de substâncias espúrias.

Portanto, considerando que as condenações foram pelo crime de porte para consumo pessoal (sendo que cada um deles trazia consigo quantidade inferior a 40 gramas de maconha) e diante do Tema 506 firmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, o qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, quando o entorpecente apreendido não exceder 40 gramas de maconha ou 06 mudas da planta, desde que seja para fins de satisfação pessoal do vício, e afastou qualquer repercussão penal para essas condutas, conclui-se que os peticionários, preenchem os requisitos necessários para o reconhecimento da atipicidade de suas condutas criminosas relacionadas à posse dos

entorpecentes com ele apreendidos.

Observa-se, outrossim, que a declaração de inconstitucionalidade da norma não configura mera mudança de entendimento jurisprudencial, o que, isoladamente, não autorizaria a revisão de condenação já transitada em julgado, mas sim circunstância que, nos termos estabelecidos, afastou os efeitos de natureza penal e reconheceu a atipicidade daquela conduta, impondo, assim, a sua aplicação retroativa.

É esse o entendimento que vem sendo exarado por este Colendo Primeiro Grupo de Câmaras (cf. Revisão Criminal nº 2363500-93.2024.8.26.0000, Relator Desembargador Roberto Solimene, julgado em 16.12.2024; Revisão Criminal nº 2349974-59.2024.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Orlando, julgado em 18.12.2024; Revisão Criminal nº 2349073-91.2024.8.26.0000, Relator Desembargador Laerte Marrone, julgado em 18.12.2024; e, Revisão Criminal nº 2355649-03.2024.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski, julgado em 19.12.2024).

Em atenção ao parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.

Diante do exposto, **defere-se** a presente revisional, para aplicar o Tema 506 do Egrégio Supremo Tribunal



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal, absolvendo os peticionários deste delito, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Flavio Fenoglio
Relator