



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000321366

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2355633-49.2024.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é petionária MICHEL Y SOUZA SILVA.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o pedido de revisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, ROBERTO SOLIMENE, ALBERTO ANDERSON FILHO, LUIZ FERNANDO VAGGIONE, ANA ZOMER E FLAVIO FENOGLIO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

LAERTE MARRONE
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Revisão Criminal nº 2355633-49.2024.8.26.0000

Peticionário: Michely Souza Silva

Comarca: Dracena

Voto nº 24.643

Revisão Criminal. Ré condenada definitivamente pelo crime previsto no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei nº 11.343/06. Pedido de absolvição, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 635.659/SP, Tema 506).

1. A hipótese em tela não enseja a aplicação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 506), porquanto a conduta da peticionária (posse de droga para uso compartilhado) não corresponde ao comportamento considerado atípico pelo Excelso Pretório. 2. A decisão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 635.659, Tema 506) cingiu-se à declaração de inconstitucionalidade do tipo pena previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, no caso de posse (ou porte), para uso próprio, da cannabis sativa. Não envolveu o comportamento previsto no artigo 33, par. 3º, da Lei nº 11.343/06, que trata de situação diversa: oferecimento de droga para uso compartilhado. São quadros jurídicos diversos: no caso do tipo do artigo 28, a posse da droga é exclusiva para uso próprio; enquanto, na situação retratada no suporte fático estampado no artigo 33, par. 3º, a posse é para uso compartilhado (envolve mais de uma pessoa além daquela que está na posse da droga). Tanto que esse último delito se encontra topograficamente inserido no artigo que trata do crime de tráfico de drogas. Subsiste, portanto, a higidez da norma prevista no artigo 33, par. 3º, da Lei nº 11.343/06, mesmo no caso de posse (ou porte) da cannabis sativa. O Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade da citada regra. E, de fato, a regra (que, insista-se não traduz um cenário de porte de droga para uso próprio) não maltrata a Constituição Federal, tendo o legislador agido, ao contemplar esse tipo, dentro de sua esfera de discricionariedade. Princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Pedido de revisão indeferido.

1. Trata-se de revisão criminal ajuizada por
MICHELY SOUZA SILVA, condenado definitivamente pela 7ª

Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça às penas de 7 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 816 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e advertência sobre os efeitos das drogas, como incurso no artigo 33, parágrafo 3º, c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 (fls. 305/311).

O acórdão transitou em julgado em 26/07/2023 (fls. 324).

Alega a defesa, em suma, invocando a norma prevista no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, que a decisão condenatória não pode subsistir, considerando o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 635.659/SP (Tema 506). Busca a absolvição por atipicidade da conduta. Busca o acolhimento da revisão, com a absolvição da requerente (fls. 01/05).

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo indeferimento da revisão (fls. 41/44).

É o relatório.

2. Inconsistente o pleito.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 635.659 (Tema 506) assentou:

“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, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024, grifei).

Vale dizer: (a) deliberou-se que a posse de cannabis sativa para uso próprio não configura crime; (b) estabeleceu-se uma presunção de destinação para uso próprio daquele que adquiri, guarda, tem em depósito, transporte ou traz consigo até 40 gramas de cannabis sativa, presunção que é relativa.

4. Tomados esses parâmetros, não há como se acolher o pleito.

5. Narra a denúncia (fls. 01/04 da origem):

“Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que no dia 06 de abril de 2022, às 19h41min, na Avenida Rui Barbosa, 651, centro, nesta cidade e Comarca de Dracena, MICHELY SOUZA SILVA qualificada, interrogada e formalmente indiciada às fls. 05 e 21/24, trazia consigo e transportava, com intuito de venda a outrem, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, aproximadamente 23,82 gramas da droga cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 09/10, Laudo de Exame de Constatação Provisória de fls. 13/18 e Laudo de Exame Químico-Toxicológico de fls. 84/86.

Segundo apurado, Policiais Militares que realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, receberam comunicações anônimas acerca da traficância realizada pela DENUNCIADA nas proximidades do Terminal Rodoviário local. Assim, se deslocaram até o ponto indicado e abordaram

MICHELY, sendo certo que, em revista pessoal, localizaram uma grande porção de maconha, envolta em papel filme e escondida sob suas vestes íntimas, bem como o valor de R\$ 20,00 e um aparelho de telefonia móvel.

O laudo de exame químico-toxicológico realizado nas drogas apreendidas constaram tratar-se de maconha (fls. 84/86).

As denúncias anônimas envolvendo a DENUNCIADA com o comércio espúrio de drogas, posteriormente confirmadas pela diligência policial, além da considerável quantidade de droga encontrada em seu poder, evidenciam que se prestavam ao comércio ilícito.”

A requerente acabou condenada pelo crime previsto no artigo 33 par. 3º, da Lei nº 11.343/06 (na forma majorada) – houve desclassificação da imputação contida na denúncia (que atribuiu à petionária o crime de tráfico de drogas).

Não se trata, diga-se à partida, de uma condenação contrária à evidência dos autos. O acórdão fez uma análise detida do quadro probatório de sorte que, decididamente, não se trata de decisão em total divórcio com o conjunto probatório.

Com efeito, consta que (fls. 307/308):

a) a acusada confessou em ambas as fases da persecução penal a aquisição do entorpecente, afirmando que se destinava ao seu consumo conjunto com seu namorado – em relato por ele corroborado; e

b) os policiais afirmaram que havia denúncias anônimas de que a acusada estaria vendendo entorpecentes nas dependências da rodoviária; ao encontrá-la acompanhada de um adolescente, realizou a abordagem, e, ao sentir o cheiro de maconha, procedeu à revista pessoal, e encontrou, oculto em seu “top”, uma

porção de maconha, havendo a acusada confessado informalmente que estava vendendo o entorpecente.

6. Pois bem, dentro desse espectro, a hipótese em tela não enseja a aplicação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 506), porquanto a conduta da peticionária (posse de droga para uso compartilhado) não corresponde ao comportamento considerado atípico pelo Excelso Pretório.

Deveras, a decisão do **Supremo Tribunal Federal (RE nº 635.659, Tema 506)** cingiu-se à declaração de inconstitucionalidade do tipo pena previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, no caso de posse (ou porte), para uso próprio, da cannabis sativa. Não envolveu o comportamento previsto no artigo 33, par. 3º, da Lei nº 11.343/06, que trata de situação diversa: oferecimento de droga para uso compartilhado. São quadros jurídicos diversos: no caso do tipo do artigo 28, a posse da droga é exclusiva para uso próprio; enquanto, na situação retratada no suporte fático estampado no artigo 33, par. 3º, a posse é para uso compartilhado (envolve mais de uma pessoa além daquela que está na posse da droga). Tanto que esse último delito se encontra topograficamente inserido no artigo que trata do crime de tráfico de drogas. Conforme anota **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, “o tipo penal inédito teve por finalidade abrandar a punição daquele que fornece substância entorpecente a um amigo, em qualquer lugar onde pretendam utilizar a droga em conjunto. Fazendo-o em caráter eventual e sem fim de lucro aplica-se a figura privilegiada” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, Forense, 10ª edição, pág. 390, grifei).

Subsiste, portanto, a higidez da norma prevista no artigo 33, par. 3º, da Lei nº 11.343/06, mesmo no caso de posse (ou porte) da cannabis sativa. O Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade da citada regra.

E, de fato, a regra (que, insista-se não traduz um cenário de porte de droga para uso próprio) não maltrata a Constituição Federal, tendo o legislador agido, ao contemplar esse tipo, dentro de sua esfera de discricionariedade.

Com efeito, em matéria de hermenêutica constitucional, vige o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, derivado do cânone da separação de poderes. Isto significa que o Poder Judiciário somente deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei quanto for evidente, de sorte que **“havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade”**. Dizendo de outra forma, **“todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão *acima de qualquer dúvida razoável*, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público”**; vale dizer, **“os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário”** (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 9ª edição, págs307/308). E mais: **“em havendo alguma interpretação possível que permita**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor” (LUÍS ROBERTO BARROSO, Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, 6ª edição, pág. 178).

7. Ante o exposto, **indefiro o pedido de revisão.**

LAERTE MARRONE

Relator