



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000320622

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0005033-26.2024.8.26.0520, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante DAVID RENATO DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 23017

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 0005033-26.2024.8.26.0520

COMARCA: São José dos Campos

VARA DE ORIGEM: DEECRIM UR9

JUIZ(a) PROLATOR(a) DA DECISÃO: *Luiz Guilherme Cursino de Moura Santos*

Agravante: David Renato dos Santos

Agravado: Ministério Público

Vistos.

Trata-se de agravo de execução penal, interposto por **David Renato dos Santos**, contra a decisão copiada às fls. 56/57, que reconheceu a falta grave cometida em 18/03/2024, determinou a regressão ao regime fechado, bem como declarou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos e a interrupção do lapso aquisitivo para progressão de regime.

Inconformada, sustenta a defesa técnica que *“tem-se ciência que o fato de o sentenciado alegar posse de droga para seu consumo não exime da falta de natureza grave”*; contudo *“houve julgamento em sede de repercussão geral sobre a inconstitucionalidade do delito”*. Alega que *“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer*

efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas". Afirma que "Partindo do pressuposto que houve o efetivo julgamento acerca da repercussão geral inconstitucionalidade do delito aqui apurado, entende-se que a conduta praticada pelo sentenciado deve ser considerada ATÍPICA". Requer "seja provido o presente agravo para ABSOLVER DAVID RENATO DOS SANTOS da prática de falta disciplinar de natureza grave, pela atipicidade da conduta, pautado no entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema de repercussão geral 506, e de forma subsidiária a desclassificação para falta de natureza média, em ambos os pedidos, que seja restabelecido o regime semiaberto" (sic, fls. 01/06).

Contraminutado o recurso (fls. 64/70), foi mantida a r. decisão (fl. 72) e o parecer da d. Procuradoria de Justiça é pelo improvimento (fls. 81/85).

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Consta dos autos do processo de execução nº 0004099-49.2016.8.26.0520 que o agravante cumpre pena de 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, pela prática de dois crimes de tráfico de drogas e um de porte ilegal de arma de fogo, com término de cumprimento previsto para 23/03/2029 (fls. 433/437).

Consta, ainda, que foi imputada ao agravante falta disciplinar grave, por infringência ao artigo 52 da Lei de Execução Penal.

Desta forma, foi instaurado o procedimento disciplinar nº 337/24, que foi desenvolvido e concluído sem nenhum vício ou

irregularidade, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo a administração penitenciária providenciado a regular oitiva do sentenciado e das testemunhas, na presença de advogado da Funap, restando a falta grave devidamente apurada (fls. 355/403).

De fato, segundo o Comunicado de Evento nº 0132/2024, relatado pelo Agente de Segurança Penitenciária Ronaldo Pinto, no dia 18/03/2024, por volta das 14, no Centro de Progressão Penitenciária “Dr. Edgard Magalhães Noronha” de Tremembé, durante o procedimento de retorno da saída temporária, o reeducando David Renato dos Santos *“confessou ter engolido vários invólucros contendo maconha, de livre e espontânea vontade, o mesmo pediu para tomar água para vomitar os entorpecentes, em ato contínuo o mesmo entregou a suposta droga, contendo 12 invólucros pesando 81 gramas”* (sic, fl. 356).

O Exame Químico-Toxicológico de fls. 369/376 constatou:

“Item Único (Acondicionado sob o lacre 0001342)

Descrição: Sendo 06 invólucros(s) constituído(s) por fita(s) adesiva(s) e plástico(s) encerrando porção de material sólido particulado, amostrados para contra perícia como item 1 e 06 invólucro(s) constituído (s) por fita(s) adesiva(s) e plástico(s) encerrando porção de fragmentos vegetais ressequidos, constituídos de folhas, folíolos, inflorescências, caules e frutos, amostrados para contra perícia como item 2

Massa Bruta e/ou Quantidade: 73.7 grama(s).

Massa Líquida: 30 grama(s).

Uma amostra de 2 grama(s) de cada item/entorpecente foi aqui retirada para análises. O material remanescente destas análises foi fechado sob o lacre

de número A231128159 e será encaminhada ao ICCP-São Jose dos Campos para a elaboração do respectivo Laudo Definitivo, complementar a este Laudo de Constatação

Resultado: A análise do material descrito, identificado em amostra como sendo item 1 fez o uso de teste colorimétrico e, foi DETECTADA presença da substância COCAÍNA, constante na lista F1 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores. A análise do material descrito, identificado em amostras como sendo item 2, fez o uso de teste colorimétrico e, foi DETECTADA presença da substância TETRAHIDROCANNABINOL (THC), constante na lista F2 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores

O restante do item (material, invólucro(s) e lacre(s)) foi devolvido à autoridade policial requisitante nos termos das exigências legais, sob o lacre número 0005525.

“Item Único (Acondicionado sob o lacre 0001342)

Descrição: Sendo 06 invólucros(s) constituído(s) por fita(s) adesiva(s) e plástico(s) encerrando porção de material sólido particulado, amostrados para contra perícia como item 1 e 06 invólucro(s) constituído (s) por fita(s) adesiva(s) e plástico(s) encerrando porção de fragmentos vegetais ressequidos, constituídos de folhas, folíolos, inflorescências, caules e frutos, amostrados para contra perícia como item 2

Massa Bruta e/ou Quantidade: 73.7 grama(s).

Massa Líquida: 30 grama(s).

Uma amostra de 2 grama(s) de cada item/entorpecente foi aqui retirada para análises. O material remanescente destas análises foi fechado sob o lacre

de número A231128159 e será encaminhada ao ICCP-São Jose dos Campos para a elaboração do respectivo Laudo Definitivo, complementar a este Laudo de Constatação

Resultado: A análise do material descrito, identificado em amostra como sendo item 1 fez o uso de teste colorimétrico e, foi DETECTADA presença da substância COCAÍNA, constante na lista F1 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores. A análise do material descrito, identificado em amostras como sendo item 2, fez o uso de teste colorimétrico e, foi DETECTADA presença da substância TETRAHIDROCANNABINOL (THC), constante na lista F2 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores

O restante do item (material, invólucro(s) e lacre(s)) foi devolvido à autoridade policial requisitante nos termos das exigências legais, sob o lacre número 0005525.

Por outro lado, os Agentes de Segurança Penitenciária Flavio Henrique Barberá e Ronaldo Pinto, quando ouvidos em depoimentos, apresentaram relatos convergentes com aquele oferecido no comunicado de evento (fls. 394 e 395).

O agravante, por sua vez, admitiu os fatos, dizendo que “ao retornar da saída temporária, passou pelo procedimento de revista, o qual foi flagrado em posse de maconha e cocaína. Afirma que não resistiu ao flagrante e vomitou 12 invólucros de drogas. Afirma que é usuário de entorpecentes e que as drogas eram para consumo próprio” (sic, fl. 393).

Não é muito assinalar que nada consta dos autos que permita a conclusão de que os servidores públicos ouvidos como testemunhas tivessem motivos para incriminar o agravante de maneira gratuita, merecendo os depoimentos total credibilidade, principalmente quando seus depoimentos são firmes e **consonantes com a confissão do agravante**, conforme, a propósito, pacífico entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais.

De outra parte, não há como acoroçar a alegação de atipicidade ou mesmo falar em insignificância da conduta perpetrada diante de eventual tipificação no artigo 28 da Lei de Drogas, pois a própria natureza do ambiente carcerário **exige rígido respeito às normas de disciplina e segurança**, e qualquer ato de desobediência que ponha em risco a estabilidade e salvaguarda da unidade prisional não pode ser considerado de ofensividade mínima ou de reduzido grau de reprovabilidade.

Não se olvide, ainda, que o porte ou posse de droga para consumo pessoal ou para tráfico ilícito configuram crime, ambos punidos com pena, nada obstante apenas o segundo ser apenado com privativa de liberdade.

Com efeito, embora o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 tenha, de fato, abrandado as reprimendas aplicadas aos flagrados guardando ou trazendo consigo drogas para consumo pessoal, não houve descriminalização de tal conduta.

Nesse sentido:

*“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PORTE
ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NATUREZA*

JURÍDICA. CRIME. APLICABILIDADE DO ART. 52 DA LEP. FALTA GRAVE. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A Lei de Execução Penal (n.º 7.210/84), em seu art. 52, caput, considera como falta grave o condenado que pratica fato previsto como crime doloso. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização. 3. Ademais, o entendimento desta Corte é no sentido de que o porte ilícito de entorpecentes, configura falta disciplinar de natureza grave. 4. Ordem denegada (STJ, HC 116531/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 26/5/2009).

De outra parte, verifica-se que as circunstâncias fáticas delineadas no caso não se adequam aos critérios fixados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Tema 506 do rito dos Recursos Repetitivos (*Leading case*: RE 635.659, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 26/06/2024, publicado no DJe de 28/06/2024), em cuja tese ficou consignado o seguinte:

*“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.” (sic).

Isso porque, não houve somente a apreensão de maconha, mas, também, de cocaína, conforme a confissão do agravante e consignado no laudo pericial de fls. 369/376. Além do mais, não restou comprovado que, em um ambiente carcerário, as drogas apreendidas seriam apenas para o consumo do próprio agravante.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, a posse de qualquer substância ilícita, na seara administrativa, constituiria infração disciplinar, já que proibida no âmbito dos estabelecimentos prisionais.

Desta forma, *“A conduta, que transborda a esfera pessoal do preso, pois alimenta o tráfico e as facções criminosas atuantes nas penitenciárias paulistas e corresponde a riscos à saúde e à segurança intramuros, não pode ser considerada insignificante, uma vez que é claramente contrária às exigências da ordem e disciplina internas dos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, condições essas indispensáveis ao regular cumprimento das penas no sistema de execução penal. Ante a necessidade da preservação da disciplina nos presídios e os graves riscos inerentes ao seu descontrole, evidentemente não cabe reconhecer a falta de periculosidade nos fatos narrados”*

(Agravado de Execução Penal nº 0000897-46.2025.8.26.0521, 2ª Câmara Criminal, Rel. Luiz Fernando Vaggione, j. 19/03/2025).

Neste sentido, já decidiu esta colenda 5ª Câmara Criminal:

“(...) Não se desconhece o teor da tese firmada no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, admitido como Representativo de Controvérsia em Repercussão Geral, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, sufragando hodierno entendimento no Tema nº 506 acerca da matéria aqui discutida. Entretanto, malgrado a quantidade da droga apreendida ter sido menor do que o parâmetro estipulado pela Corte Superior (inferior a 40 gramas), não há nos presentes autos informações que conduzam à indubitável conclusão de que o entorpecente seria consumido apenas pelo reeducando, dada a impossibilidade de qualquer fiscalização nesse sentido, visto que o estupefaciente comumente tem mercante destinação disseminada no interior da Unidade Prisional” (Agravado de Execução Penal nº 0021653-43.2024.8.26.0996, Relª. Claudia Fonseca Fanucchi, j. 21/03/2025).

“(...) Cumprido realçar que a tese fixada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema nº 506 da Repercussão Geral) tem aplicabilidade restrita à aquisição, guarda, depósito, transporte ou posse para consumo pessoal de maconha, de modo que não se entrevê pertinência com o sustentado pela d. Defensoria, pois, conforme se extrai do mencionado processo nº 1500544-85.2023.8.26.0622, Regis trazia

consigo maconha e crack (vide laudos de constatação e de exame químico toxicológico a fls. 12/3 e 85/94, respectivamente)” (Agravado de Execução Penal nº 0009618-51.2024.8.26.0026, Rel. Geraldo Wohlers, j. 18/12/2024).

“Não se desconhece o teor do julgado pelo E. STF no RE 635.659 (Tema 506 de repercussão geral), no sentido de que, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, 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. Contudo, ao contrário do que foi exposto pela d. Defesa, a posse de entorpecentes no âmbito do sistema prisional é tipificada como falta disciplinar de natureza grave, nada obstante o novel entendimento da Corte Suprema. Isso porque o fato se reveste de maior gravidade, tendo em conta a posse de substância proibida no interior da unidade prisional, demonstrando resistência à terapêutica penal e ausência de responsabilidade, não havendo que se falar em absolvição, sendo que sua conduta configura afronta aos deveres de obediência aos servidores e às normas do estabelecimento prisional, previstos no artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, incisos II e V, ambos da LEP, os quais garantem a ordem e a disciplina dentro da unidade prisional” (Agravado em Execução Penal nº 0005690-92.2024.8.26.0026, Rel. Damião Cogan, j. 24/11/2024).

Diante de tal quadro, plenamente configurada a prática de falta disciplinar de natureza grave, nos termos reconhecidos na r. decisão

agravada, sendo inviável a absolvição ou a desclassificação para falta média como pretendido na minuta recursal.

E estando a falta grave devidamente caracterizada, o agravante deve ser punido com seus efeitos, não se olvidando que a regressão de regime prisional é uma das consequências lógicas da decisão que reconhece a infração disciplinar grave, conforme disposto no artigo 118, inciso I, da Lei de Execução Penal (*Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave*). Não há falar, portanto, em “*restabelecimento do regime semiaberto*”, como pretendido pela defesa.

Anote-se, por fim, a ausência de inconformismo em relação à perda dos dias remidos e à interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime prisional.

Assim, há de ser mantida a r. decisão guerreada.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Relator
(assinado eletronicamente)