



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000361207

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0006760-47.2024.8.26.0996/50000, da Comarca de Araçatuba, em que é embargante HIVIRGUI CLEY FERREIRA DA SILVA, é embargado 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **CONHECERAM E ACOLHERAM os Embargos de Declaração, para que a imputação de falta grave seja desclassificada para a falta média prevista no art. 45, inciso II, do Regimento Interno da SAP, por v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9923

16ª Câmara de Direito Criminal

Embargos de Declaração Criminal nº 0006760-47.2024.8.26.0996/50000

Embargante: HIVIRGUI CLEY FERREIRA DA SILVA

Embargado: Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. OMISSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALTA MÉDIA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso de embargos de declaração interposto pela defesa, contra o v. acórdão que manteve decisão de reconhecimento de falta grave, consistente na posse de cannabis sativa em quantidade inferior a 40g, no interior de presídio.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se a posse de cannabis sativa em quantidade inferior a 40g, para consumo pessoal, configura falta grave, nos termos do artigo 52 da LEP.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 635.659 (Tema 506), afastou os efeitos penais para a posse de cannabis sativa para consumo pessoal, em quantidade inferior a 40g.

3.2. A conduta do sentenciado não configura falta grave, mas sim falta média, conforme o art. 45, inciso II, do Regimento Interno da SAP.

IV. DISPOSITIVO

4. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos para desclassificar a falta grave para falta média.

Tese de julgamento: A posse de cannabis sativa para consumo pessoal, em quantidade inferior a 40g, não configura falta disciplinar grave, mas sim, falta disciplinar de natureza média, consistente na posse de material proibido (art. 45, inciso II, do Regimento Interno da SAP).

Legislação Citada: LEP, art. 52; Lei 11.343/2006, art. 28.

Jurisprudência Citada: STF, RE 635.659/SP, Tema 506. TJSP, Agravo de Execução Penal 0023337-55.2024.8.26.0041, Rel. Renata William Rached Catelli, j. 13/12/2024. TJSP, Agravo de Execução Penal 0010121-20.2024.8.26.0496, Rel. Nogueira Nascimento, j. 16/12/2024.

Trata-se de recurso de embargos de declaração opostos por **HIVIRGUI CLEY FERREIRA DA SILVA**, contra o v. Acórdão proferido por esta Colenda Câmara Criminal, nos autos do *Agravo em Execução Penal* n. 0006760-47.2024.8.26.0996, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a r. decisão que homologou procedimento administrativo disciplinar para reconhecimento de falta grave, consistente na posse de *cannabis sativa*, no interior do presídio, em quantidade inferior a 40g (fls. 117/124 dos autos do recurso de agravo).

O embargante aduz ter restado o v. acórdão omissivo com relação entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 635.659 (Tema 506), segundo o qual o porte de maconha para consumo pessoal, em quantidade inferior a 40g, não mais configura crime, de modo que também não poderia caracterizar a falta grave prevista no artigo 52 da LEP – (fls. 01/03).

É o relatório.

Os embargos declaratórios devem ser conhecidos e acolhidos. De fato, houve equívoco no v. acórdão relativamente à tipicidade do porte de *cannabis sativa* em quantidade inferior a 40g, para consumo pessoal.

Com efeito, a ação praticada pelo sentenciado não configura falta grave.

Nada se apurou a respeito de eventual posse de drogas para entrega a consumo de terceiros, o que em tese caracterizaria a conduta de tráfico de entorpecentes, prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/06. Diante dos elementos colhidos em sede administrativa, restou evidente apenas a posse de entorpecentes para consumo próprio, comportamento, a princípio, previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, salvo em caso de posse de *cannabis sativa* em quantidade inferior a 40g, que atualmente configura somente ilícito extrapenal, hipótese dos autos.

De fato, em 26 de junho de 2024 o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 635659/SP e, ao apreciar o Tema Repetitivo 506 de repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para 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. Na oportunidade foram fixadas as seguintes teses:

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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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”.

Afastado, portanto, pelo Supremo Tribunal Federal, o caráter ilícito criminal da posse de quantidade inferior a 40g da substância *cannabis sativa*, para consumo próprio, não há como subsumir a conduta praticada pelo sentenciado ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e, conseqüentemente, ao artigo 52 da LEP, que estabelece como faltosa a prática de crime doloso durante a execução da pena. Nesse sentido seguem as mais recentes decisões deste E. Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Falta grave. Insurgência defensiva. **Apreensão de pequena quantidade de maconha - 2,28g – em poder de detento no interior da cela. Ausência de elementos que indicassem a entrega ao consumo de terceiros. Conduta que, em tese, amolda-se àquela do artigo 28 da Lei 11.343/06. Fatos que deixaram de constituir infração penal nos termos do julgamento proferido pelo STF em sede de repercussão geral, Tema 506, o que impede que acarretem falta de natureza grave. Desclassificação da conduta para falta média. Recurso parcialmente provido.**

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0023337-55.2024.8.26.0041; Relator (a): Renata William Rached Catelli; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 13/12/2024; Data de Registro: 13/12/2024)

EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. PRÁTICA DE ILÍCITO EXTRAPENAL. ANOTAÇÃO DE FALTA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. FALTA MÉDIA. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE. PROVIMENTO AO RECURSO. 1. No caso em específico, o sentenciado foi surpreendido ao tentar ingressar na unidade prisional com 31g de maconha, sendo confessado por ele, que afirmou que as drogas seriam para o seu consumo. Inexistindo qualquer indicação de que o entorpecente seria para fins de tráfico, tanto que a ocorrência foi registrada como drogas para consumo pessoal (Tema 506 do STF). 3. Não há que se falar em cometimento de falta grave, consistente em prática de crime doloso, quando a conduta praticada é constitui ilícito extrapenal e está prevista como falta média, nos termos do art. 45, II, do RIPEPESP, sendo de rigor a sua desclassificação. 4. Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0010121-20.2024.8.26.0496; Relator (a): Nogueira Nascimento; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 16/12/2024; Data de Registro: 16/12/2024)

AGRAVO EM EXECUÇÃO – Falta grave. Recurso do Ministério Público. Afastamento da falta média para reconhecer a falta grave e regredir ao regime fechado. Impossibilidade. Conduta prevista no artigo 45, II da Lei de Execução Penal. Posse de droga para consumo próprio. Aplicação do Tema 506 do STF. DESPROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0014456-37.2024.8.26.0996; Relator (a): Rachid Vaz de Almeida; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Bauru/DEECRIM UR3 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ; Data do Julgamento: 12/12/2024; Data de Registro: 15/12/2024)

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA DISCIPLINAR. DESCLASSIFICAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Caso em exame Trata-se de habeas corpus impetrado por João Correia de Amorim, visando a anulação de falta disciplinar de natureza grave, atribuída ao paciente por suposta posse de substância entorpecente durante trabalho externo. O paciente alega que a imputação é falsa e que sofreu agressões por parte do diretor do estabelecimento prisional. II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em saber se a falta disciplinar atribuída ao paciente deve ser mantida ou desclassificada, considerando a natureza da substância apreendida e as circunstâncias do caso. III. Razões de decidir 4. A decisão que atribuiu a falta grave ao paciente foi fundamentada na posse de substância entorpecente, mas a caracterização da falta grave não se sustenta, uma vez que a quantidade apreendida se destina ao consumo pessoal. 5. A jurisprudência do STF, referente ao Tema 506, estabelece que a

posse de pequena quantidade de cannabis sativa para consumo pessoal não configura infração penal, mas sim ilícito administrativo. 6. Assim, a conduta do paciente deve ser desclassificada para falta de natureza média, conforme o Regimento Interno das Unidades Prisionais. IV. Dispositivo e tese 7. NÃO SE CONHECE do writ, mas CONCEDE-SE PARCIALMENTE A ORDEM de habeas corpus, de ofício, para desclassificar a falta praticada pelo paciente para de natureza média, cassando as determinações de perda de dias remidos e de reinício do lapso para progressão de regime. 8. Tese de julgamento: "1. A posse de pequena quantidade de cannabis sativa para consumo pessoal não configura falta disciplinar grave. 2. A falta deve ser desclassificada para natureza média." Legislação e Jurisprudência Relevantes Citadas: Legislação LEP, art. 52. Jurisprudência STF, HC 104.045/RJ. STF, Tema 506. STJ, HC 238.422/BA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.12.2012.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 0040465-17.2024.8.26.0000; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 02/12/2024; Data de Registro: 02/12/2024)

Agravo em execução. Falta grave. Porte de maconha para consumo pessoal. Atualmente, à luz do Tema 506 de Repercussão Geral assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a conduta específica de portar menos de 40 gramas de maconha para consumo próprio não é típica à luz da legislação brasileira referente às faltas disciplinares de natureza grave vigentes nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0003771-72.2024.8.26.0154; Relator (a): Sérgio Mazina Martins; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 25/11/2024; Data de Registro: 25/11/2024)

AGRAVO EM EXECUÇÃO – Sindicância – Falta Grave – Posse de substância entorpecente – Pleito defensivo de desconstituição da falta grave, vez que o reeducando portava quantidade inferior a 40 gramas de maconha, sustentando que a posse de maconha para consumo próprio não é considerada crime, de acordo com o decidido pelo STF ao julgar o RE 635.659 (Tema 506 de repercussão geral), devendo ser afastada a tipificação como falta grave – PARCIAL PROVIMENTO – Infração disciplinar devidamente comprovada – Contudo, de acordo com o decidido pelo STF, ao julgar o RE 635.659 (Tema 506), no sentido de que a posse de quantidade inferior a 40g de maconha, para consumo próprio, não é considerada crime, não mais se submete à conduta ao art. 52 da LEP – Conduta que, no entanto, se subsume à

infração disciplinar prevista no art. 45, inciso II, da Resolução SAP nº 144/2010, sendo devida a desclassificação da falta para de natureza média. Agravo parcialmente provido.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0015558-94.2024.8.26.0996; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ; Data do Julgamento: 12/11/2024; Data de Registro: 12/11/2024)

Por outro lado, não se pode olvidar que em sede de execução penal somente configuram faltas graves as ações tipificadas nos arts. 50 a 52 da LEP, e que nenhuma delas prevê expressamente a posse de substância entorpecente para consumo como ilícito administrativo disciplinar de natureza grave.

Ademais, não se pode admitir, por analogia em prejuízo do sentenciado, que a posse de menos de 40g de maconha para consumo se enquadre no descumprimento de deveres como “obediência ao servidor” ou “obediência às ordens recebidas”, resultado da combinação entre o artigo 50, VI e artigo 39, incisos II e V, ambos da LEP, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Por certo, a conduta do reeducando não é desejada ou mesmo esperada no decorrer da execução da pena privativa de liberdade, quando se aguarda que o sentenciado atue com disciplina. No entanto, o reconhecimento da falta grave sem que haja perfeita adequação típica constitui flagrante ilegalidade, tendo em vista as sérias e penosas consequências que resulta ao condenado, como a interrupção do lapso para progressão, perda dos dias remidos e avaliação negativa do requisito subjetivo para outros benefícios.

Desse modo, cabe ao julgador apreciar os fatos com atenção aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade. Partindo dessa premissa, observa-se que a posse de menos de 40g de maconha para consumo próprio, atualmente, comporta enquadramento apenas na hipótese prevista no art. 45, inciso II, do Regimento Interno da SAP, *in verbis*:

Art. 45 - Considera-se falta disciplinar de natureza média:

(...)

II- portar material cuja posse seja proibida;

(...)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante desse cenário, de rigor a reforma da r. decisão embargada, para desclassificar a conduta imputada ao sentenciado para falta média.

Ante o exposto, **CONHEÇO E ACOLHO os Embargos de Declaração, para que a imputação de falta grave seja desclassificada para a falta média prevista no art. 45, inciso II, do Regimento Interno da SAP.**

MARCOS ZILLI

Relator