



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000414049

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2360014-03.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário GILCIMAR GOMES DA COSTA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, INDEFERIRAM o pedido revisional, vencidos os E. Des. Gilberto Cruz, com declaração, Teixeira de Freitas e Geraldo Wohlers, que deferiam o pedido para absolver Gilcimar Gomes da Costa Santos da imputação de ter infringido o artigo 28, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO, vencedor, GILBERTO CRUZ, vencido, PINHEIRO FRANCO (Presidente), MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA, TEIXEIRA DE FREITAS, DAMIÃO COGAN, GERALDO WOHLERS, ZORZI ROCHA, FARTO SALLES, CLAUDIA FONSECA FANUCCHI E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



Revisão Criminal nº 2360014-03.2024.8.26.0000

Comarca : São Paulo

Peticionário : Gilcimar Gomes da Costa Santos

Voto nº : 45.962

Ementa: DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Revisão criminal de condenação do peticionário pela prática do crime de posse de droga para consumo pessoal.
2. Peticionário surpreendido por policiais civis na posse de uma porção de maconha, com peso líquido de 31,73 gramas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em verificar se é aplicável ao caso o novo entendimento do Pretório Excelso firmado no julgamento do RE nº 635.659 (Tema 506), com absolvição do peticionário por atipicidade da conduta.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Novo entendimento jurisprudencial que não pode gerar efeitos, ainda quando vinculativo, em casos com trânsito em julgado anteriores, pena de grave ofensa à segurança jurídica que deve imperar. Precedentes dos Tribunais Superiores.

IV. DISPOSITIVO

5. Pedido revisional indeferido.

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 621, I; L. 11.343/2006, art. 28.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Jurisprudência relevante citada: STF, RE nº 635.659, Tema 506; STJ, AgInt no AREsp nº 1.026.149/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 03/12/2018; STF, HC nº 63.633-1/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 06/06/1986.

Trata-se de pedido de **REVISÃO CRIMINAL** apresentado por **GILCIMAR GOMES DA COSTA SANTOS** com lastro no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Sustenta o peticionário que foi condenado como incurso no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, pois trazia consigo quantidade inferior a 40 gramas de maconha. Diz que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP (Tema de Repercussão Geral 506), em caráter vinculante, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal e fixou o entendimento de que “não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*”. Alega que não houve modulação temporal dos efeitos, de modo que a declaração de inconstitucionalidade se reveste de efeitos *ex tunc*, devendo alcançar os casos julgados anteriormente à decisão. Requer, pois, sua absolvição por atipicidade da conduta (páginas 1/6).

Parecer da I. Procuradoria Geral de Justiça pelo deferimento do pedido (páginas 15/19).

É o relatório.

O peticionário postula, lastreado em julgado do C. Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da atipicidade de sua conduta, com sua consequente absolvição.

A hipótese, contudo, não autoriza a revisão da condenação com lastro em tal fundamento.

Trata-se de novo entendimento jurisprudencial, o que não pode gerar efeitos, ainda quando vinculativo, em casos com trânsito em julgado anteriores.

No caso, o trânsito em julgado é de 2020, sendo o novo posicionamento do Pretório Excelso, quanto à atipicidade, de junho de 2024.

Recentes entendimentos jurisprudenciais não autorizam a modificação do aresto na via da ação de revisão criminal. Não se trata de decisão contrária a texto de lei ou evidência dos autos. Muito ao contrário. O julgado estabeleceu a responsabilidade do peticionário nos limites da lei e do entendimento de sua aplicação. Não se está julgando apelo ordinário. E novo entendimento jurisprudencial não justifica alteração da coisa julgada, pena de grave ofensa à segurança jurídica que deve imperar.

Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. GUARDA DE SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO. ART. 281, § 7º, DO CP VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSO NÃO CONHECIDO. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. SÚMULA N. 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. (...).

2. (...).

3. 'Não cabe revisão criminal com amparo em questão jurisprudencial controvertida nos tribunais' (REsp n. 759.256/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª T., DJ 6/3/2006).

4. Agravo regimental não conhecido.” (STJ, AgInt no AREsp nº 1.026.149/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 03/12/2018 – negritei).

Idêntico entendimento já manifestou o **E. Supremo Tribunal Federal**, desde longa data:

“Ao julgar a revisão criminal, o acórdão impugnado examinou o pedido em sua inteireza, além de fazê-lo em harmonia com a orientação do Supremo Tribunal, segundo a qual não cabe a postulação apenas para ajustar o julgado revisando a uma vertente jurisprudencial mais favorável ao condenado.” (STF, HC nº 63.633-1/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 06/06/1986).

Daí porque, com absolutamente todas as vênias, e destacando mais uma vez a higidez do voto condutor do julgamento, proponho o **INDEFERIMENTO** da revisão criminal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PINHEIRO FRANCO
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Revisão Criminal nº 2360014-03.2024.8.26.0000
28ª Vara Criminal Central da Capital
Processo nº 1529556-07.2019.8.26.0228
Petitionário: Gilcimar Gomes da Costa Santos
Magistrada sentenciante: Dra. Fernanda Galizia Noriega

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO Nº 26238

DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. TEMA 506 DE REPERCUSSÃO GERAL. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE.

I. Caso em Exame.

1. Revisão criminal proposta em favor de condenado por posse de drogas para consumo pessoal, com base no artigo 28 da L.11.343/06.

II. Questão em Discussão.

2. Verificar a aplicabilidade do Tema 506 de Repercussão Geral do E. STF para afastar a tipicidade penal da conduta e absolver o réu.

III. Razões de Decidir.

3. A condenação foi baseada na posse de 31,73 gramas de *maconha* e o trânsito em julgado ocorreu em 31.08.2020. 4. É possível o reconhecimento excepcional da incidência do Tema 506 em sede revisional diante da extinção da sanção restritiva de direitos, com cessação da jurisdição executiva. 5. Segundo a tese pretoriana, a posse de *cannabis* para consumo pessoal não configura infração penal e deve ser tratada em procedimento de natureza não penal. 6. Trata-se de precedente obrigatório de caráter vinculante e impositivo que não se confunde com mera alteração de posicionamento jurisprudencial. 7. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal em sede de controle difuso de constitucionalidade implica *abolitio criminis* e, na ausência de modulação, tem feitos *ex tunc*. 8. A quantidade de droga apreendida (inferior a 40 gramas) e a ausência de indícios de mercancia enquadram o caso no item 1 do Tema 506, justificando a absolvição por atipicidade.

IV. Dispositivo e Teses.

9. Revisão criminal julgada procedente para absolver o réu com base no artigo 386, III, do CPP, sem prejuízo da aplicação de sanções de natureza não penal.

Teses de julgamento: 1. A posse de *cannabis* para consumo pessoal não configura infração penal, conforme Tema 506 do STF. 2. A absolvição por atipicidade é cabível mesmo após o trânsito em julgado, em razão da força vinculante do precedente. 3. Cessada a jurisdição executiva pela extinção da punibilidade após o cumprimento de sanção restritiva de direitos, a questão é passível de exame em sede revisional.

Legislação Citada: CPP, arts. 3º, 386, III, e 621; CPC, art. 927, III e IV; LEP, art. 66, I; L. 11.343/06, art. 28, I e III; L. 9.868/99, art. 27.

Jurisprudência Citada: STF – Tema 506, RE 635.659, Rcl 58363 ED-AgR e ADI 2.728-ED; STJ – AgInt no RE nos EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 2.159.814/MS.

Concessa venia da d. maioria, declaro voto vencido, uma vez que, no meu sentir e pelos fundamentos que seguem, de rigor a procedência do pleito revisional para absolver o peticionário com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, na esteira do Tema nº 506 de Repercussão Geral do E. STF.

Trata-se de revisão criminal proposta por **Gilcimar Gomes da Costa Santos**, condenado como incurso no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 à sanção de prestação de serviços à comunidade pelo período de 08 (oito) meses, conforme r. sentença de fls. 144/147 dos autos originários, que transitou em julgado aos 31.08.2020 (cf. fl. 148 da ação penal).

Aduz, em síntese, 1) o cabimento do pleito revisional com fulcro no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, buscando a 2) absolvição por atipicidade da conduta, nos termos do entendimento firmado pelo E. STF no julgamento do Tema nº 506 de Repercussão Geral, pois 2.1) a r. decisão pretoriana possui caráter vinculante (CPC, artigos 926 e 927, III) e não teve seus efeitos modulados, incidindo imediatamente, em caráter *erga omnes* e *ex tunc*; 2.2) a própria Suprema 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*”; 2.3) trazia consigo *maconha* em quantidade inferior a 40 (quarenta) gramas; e 2.4) a r. sentença reconheceu a condição de mero usuário à luz da fragilidade probatória em relação à suposta traficância (fls. 01/06).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência, “*absolvendo-se o requerente com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal*” (fls. 15/19).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Prima facie, conquanto o pedido não se abrigue, estritamente, no dispositivo processual invocado – qual seja, o inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal –, é de rigor o seu conhecimento em razão do caráter vinculante da r. decisão proferida pela E. Suprema Corte em relação ao Tema nº 506 de Repercussão Geral.

De fato, o mencionado Tema é resultado do julgamento do recurso extraordinário nº 635.659 pela sistemática da repercussão geral, formando, portanto, precedente qualificado vinculante e de observância obrigatória nos termos dos artigos 927, III e IV, do CPC¹; c.c. 3º, do CPP² e que não se confunde com mera alteração de posicionamento jurisprudencial³.

Mas não é só.

O reconhecimento da força vinculante dos julgamentos proferidos sob a sistemática da repercussão geral pelos Tribunais Superiores é a

¹ **Art. 927.** Os juízes e os tribunais observarão: (...) III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (...).

² **Art. 3º.** A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³ Sobre a questão, afirma, com propriedade, José Miguel Garcia Medina: “*Além das hipóteses mencionadas, há que se considerar, ainda, a de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, mesmo que tal julgamento se realize fora do regime de recursos repetitivos. A situação não é prevista no art. 927 do CPC/2015. O art. 1.030, I, a e II do CPC/2015 (na redação da Lei 13.256/2016), no entanto, dispõe sobre a negativa de seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido no regime de repercussão geral, e, também, sobre o juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado em regime de repercussão geral. Assim, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida também deve ser observada pelos juízes, a despeito de a hipótese não encontrar-se [sic] prevista no art. 927 do CPC/2015. O art. 988, § 5º, II (também na redação da Lei 13.256/2016), por sua vez, dispõe que cabe reclamação contra decisão que desrespeitar acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, circunstância que impõe que se reconheça a força vinculante de tal precedente*” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2017, RT, apud PAES DE BARROS, Nathália dos Santos. A observância de teses firmadas em repercussão geral pela administração pública. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. n. 17. Dezembro de 2021).

⁵ *Exempli gratia:* [...] Negativa de seguimento a recurso extraordinário com fundamento no Tema nº 339 da Repercussão Geral. Ausência de usurpação da competência do STF ou teratologia na aplicação do precedente de observância obrigatória. Agravo regimental não provido. 1. Não configura usurpação de competência do STF a decisão do tribunal de origem, em sede de agravo interno, de manter a negativa de seguimento a recurso extraordinário com base em entendimento firmado em regime de repercussão geral. 2. Não há teratologia na aplicação ao caso do Tema nº 339 da Repercussão Geral pela autoridade reclamada. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC) (STF – Rcl 58.363 ED-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 29.05.2023, DJe 28.06.2023 – g.n.).

amplo^{5/6}. Portanto, é inegável que a tese firmada no aludido Tema Repetitivo deve ser obrigatoriamente observada pelos juízes.

Além disso, não se pode perder de vista que, conforme dispositivo do v. acórdão do RE nº 635.659, “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” (g.n.).

Ora, a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal em sede de controle difuso de constitucionalidade – como *in casu* – implica *abolitio criminis*; não por outro motivo a consequência do julgamento foi, no caso concreto, a absolvição por atipicidade.

Tampouco houve modulação dos efeitos da decisão nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99⁷; assim, ausente declaração expressa do E. STF nesse sentido – como exige a lei – a decisão possui efeitos *ex tunc*,

⁵ *Exempli gratia*: [...] Negativa de seguimento a recurso extraordinário com fundamento no Tema nº 339 da Repercussão Geral. Ausência de usurpação da competência do STF ou teratologia na aplicação do **precedente de observância obrigatória**. Agravo regimental não provido. 1. Não configura usurpação de competência do STF a decisão do tribunal de origem, em sede de agravo interno, de manter a negativa de seguimento a recurso extraordinário com base em entendimento firmado em regime de repercussão geral. 2. Não há teratologia na aplicação ao caso do Tema nº 339 da Repercussão Geral pela autoridade reclamada. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC) (STF – Rcl 58.363 ED-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 29.05.2023, DJe 28.06.2023 – g.n.).

⁶ Também a propósito: “3.3. A insurgência que envolva discussão sobre o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória possui natureza infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral (Tema n. 248 do STF). 3.4. **Tratando-se de conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal sob regime de observância obrigatória**, impõe-se a negativa de seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I, a, do CPC” (STJ – AgInt no RE nos EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp nº 2.159.814/MS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Corte Especial, j. 22.10.2024, DJe 25.10.2024 – g.n.). No mesmo sentido: AR nº 5.941/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Seção, j. 11.09.2024, DJe 20.09.2024.

⁷ **Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

conforme já afirmou, de forma taxativa, a própria Suprema Corte⁸.

Logo, a existência de trânsito em julgado não configura óbice para o conhecimento do pleito revisional e, conforme detalhado abaixo, a reprimenda imposta ao peticionário foi extinta pelo cumprimento, excepcionando-se o entendimento sobre o não cabimento da revisão criminal.

Anote-se, pois relevante, que havendo execução em curso, o pleito deve ser dirigido ao Juízo das Execuções Criminais nos termos do artigo 66, I, da LEP e consoante já decidido pelo C. STJ e, na mesma linha, pelo E. STF⁹.

Postas tais premissas, no mérito, a revisão criminal deve ser julgada procedente.

Gilcimar Gomes da Costa Santos foi condenado como incurso no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 à sanção de prestação de serviços à comunidade pelo período de 08 (oito) meses porque no dia 11 de dezembro de 2019, por volta de 12h30, na rua Prates, nesta Capital, trazia consigo 01 (uma) porção de *maconha*, com massa líquida de 31,73 gramas, substância esta entorpecente causadora de dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Na ocasião foram apreendidos R\$ 120,00 (cento e vinte reais) em dinheiro.

⁸ *Verbi gratia*: Controle concentrado de constitucionalidade -- Procedência da pecha de inconstitucional -- Efeito -- Termo inicial -- Regra x exceção. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. Embargos declaratórios -- Omissão -- Fixação do termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade -- Retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência (ADI 2.728-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.10.2006, DJ 05.10.2007). Com igual posicionamento: "A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei" (AI 457.766-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.04.2007, 1ª Turma, DJ 11.05.2007).

⁹ Nesse sentido, e.g.: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA. REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA VEC. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Segundo entendimento pacífico desta Corte, não se admite o ajuizamento de revisão criminal fundada em mudança de entendimento jurisprudencial superveniente ao trânsito em julgado de decisão, sentença ou acórdão, devendo a irresignação ser encaminhada ao Juízo das Execuções Penais. 2. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no HC nº 703.269/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 29.03.2022, DJe 04.04.2022). E ainda: STF - RvC 5457 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j.15.09.2017, DJe 11.10.2017.

A r. sentença desclassificou a imputação do crime de tráfico de entorpecentes feita na denúncia e, considerando o fato de o peticionário ter respondido preso durante os 08 (oito) meses de duração do processo, julgou extinta a pena pelo cumprimento. O trânsito em julgado operou-se para ambas as partes aos 31.08.2020, após acusação e defesa renunciarem expressamente, em audiência, ao direito de recurso (fls. 144/147 e 148 dos autos nº 1529556-07.2019.8.26.0228).

Eis a controvérsia.

Cediço que o E. STF, em 26.06.2024, em julgamento de mérito do RE 635.659 (Tema 506 de Repercussão Geral), estabeleceu a seguinte tese:

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. (g.n.)

Considerando a quantidade apreendida (31,73 gramas, cf.

laudo químico-toxicológico de fls. 72/74 da ação penal de origem) e a ausência de prova suficiente da prática ou intuito de mercancia – consoante reconhecido pela r. sentença transitada em julgado¹⁰ –, conclui-se que o caso em análise se amolda ao item “1” do Tema, impondo-se, portanto, a absolvição por atipicidade, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com manutenção da apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (artigo 28, I, da Lei de Drogas) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (artigo 28, III).

Não é outro o entendimento da d. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer (fls. 15/19), *litteris*:

[...] Trata-se de pedido revisional em face da condenação do autor pela prática da infração tipificada no art. 28 da lei 11.343/06. Argumenta que deve ser absolvido, diante do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal pela atipicidade da conduta daquele que é pego com pouca quantidade de drogas, destinadas a consumo próprio.

De fato, a condenação foi pelo artigo 28 da lei de Drogas e a quantidade de droga apreendida tinha massa líquida de 31,73 gramas.

Em que pese o entendimento contrário desse Procurador, de fato há um novo entendimento oriundo dos Tribunais Superiores (...).

Assim, em resumo é de se reconhecer a ocorrência da despenalização da conduta daquele que é surpreendido com pouca quantidade de maconha para consumo próprio;

¹⁰ “Não há comprovação nos autos acerca da traficância. Somente um policial disse ter visto a troca de alguma coisa, mas não pode identificar se tratar de droga. O outro não viu nenhuma troca entre o réu e outras pessoas. Paire a dúvida acerca de se destinar a droga ao tráfico, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*. Como bem ressaltado pelo Ministério Público, as contradições nos depoimentos policiais não permitem a certeza acerca do tráfico de drogas, mister se fazendo a desclassificação para o delito do art. 28, não se falando, entretanto, em absolvição, pois a droga foi efetivamente encontrada em poder do réu e ele confessou que era sua, para seu uso próprio” – fls. 145/146 dos autos nº 1529556-07.2019.8.26.0228.

permanecendo a possibilidade de punição, em caráter não criminal, quanto às sanções de advertência e medida educativa de comparecimento a cursos e programas educativos, cuja competência, até a edição de resolução do Conselho Nacional de Justiça, será dos Juizados Especiais Criminais.

No processo de conhecimento o revisionando foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, a qual já foi extinta. Agora pede absolvição por atipicidade de conduta.

Razão lhe assiste.

Observa-se ser possível, ainda, conforme se extrai da decisão do STF, a sanção de advertência e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, o que não é o caso, e, mesmo assim, alterando sua natureza jurídica, que deixou de ser considerada como pena criminal.

Assim, deve-se reconhecer o caráter não penal da condenação e, por consequência, absolver o requerente com fundamento no artigo 386, III do Código de Processo Penal [...].

*Ex positis, pelo meu voto, **julgo procedente** a revisão criminal para absolver Gilcimar Gomes da Costa Santos da imputação do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 – “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) (...) em procedimento de natureza não penal” (Tema nº 506/STF) –, com fundamento*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator Sorteado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	6	Acórdãos Eletrônicos	GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO	2A9713A9
7	16	Declarações de Votos	GILBERTO FERREIRA DA CRUZ	2A983D0E

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2360014-03.2024.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.