



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000177614**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500028-93.2023.8.26.0063, da Comarca de Barra Bonita, em que é apelante VICTOR HENRIQUE DE ARAÚJO FERNANDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PROVIMENTO ao recurso para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo réu VICTOR HENRIQUE DE ARAÚJO FERNANDES, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, conforme tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP.V.U** , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), MENS DE MELLO E IVANA DAVID.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2025.

**FREITAS FILHO**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**APELAÇÃO CRIMINAL:** 1500028-93.2023.8.26.0063  
**Comarca:** BARRA BONITA  
**Apelante:** VICTOR HENRIQUE DE  
 ARAÚJO FERNANDES  
**Apelado:** MINISTÉRIO PÚBLICO  
**Voto:** 44478

DIREITO PENAL. APELAÇÃO  
 CRIMINAL. PORTE DE DROGAS  
 PARA CONSUMO PESSOAL.  
 ABSOLVIÇÃO.

**I. Caso em Exame**

O réu Victor Henrique de Araújo Fernandes foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade por infringir o artigo 28 da Lei nº 11.343/06. A defesa apelou, requerendo a absolvição com base na descriminalização do porte de maconha para uso pessoal.

**II. Questão em Discussão** 2. A questão em discussão consiste em verificar a aplicabilidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal no Tema 506, que declarou inconstitucional a tipificação penal do porte de cannabis sativa para consumo pessoal.

**III. Razões de Decidir** 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 635659, declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 quanto ao



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

porte de cannabis para uso pessoal, afastando efeitos penais da conduta. 4. No caso concreto, a quantidade de 51,87 gramas de maconha foi considerada para uso próprio, não havendo elementos que indiquem tráfico.

**IV. Dispositivo e Tese** 5. Recurso provido. Absolvição do réu por atipicidade da conduta, com remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para providências extrapenais. *Tese de julgamento*: 1. É atípica a conduta de adquirir, guardar, transportar ou trazer consigo *cannabis sativa* para consumo pessoal, salvo demonstração fundamentada do intuito de mercancia.

**Legislação Citada:**

Lei 11.343/06, art. 28; CPP, art. 386, inciso III.

**Jurisprudência Citada:**

STF, RE 635659, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26/6/2024, Tema 506 da Repercussão Geral;

TJSP, Apelação Criminal 1502023-45.2022.8.26.0559, rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 21/11/2024.

Vistos.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao relatório da r. sentença proferida em 14 de março de 2024 (fls. 209/215) pela 1ª Vara da comarca de Barra Bonita/SP, acrescenta-se que o réu VICTOR HENRIQUE DE ARAÚJO FERNANDES restou condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, por ter infringido o disposto no artigo 28, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

A defesa se insurgiu contra a r. sentença, apresentando recurso de apelação (fls. 250/260), no qual, requer, em síntese a absolvição ante a descriminalização do porte da maconha para uso pessoal.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, anuindo com o reconhecimento da atipicidade da conduta (fls. 265/266), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo provimento do recurso de apelação (fls. 275/279).

**É o relatório.**

Consta da inicial acusatória que, no dia 14 de dezembro de 2022, por volta das 11 horas e 30 minutos, na residência situada à Rua Francisco Mascaro, nº 135, na cidade e comarca de Barra Bonita/SP, VICTOR HENRIQUE DE ARAÚJO FERNANDES, vulgo VITAAUM, mantinha em depósito e guardava,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para fins de entrega ao consumo de terceiros, 01 (uma) porção de maconha, com peso líquido total aproximado de 51,87g (cinquenta e um gramas e oitenta e sete centigramas), droga esta que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Relata a denúncia que policiais civis, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido nos autos nº 1500840-72.2022.8.26.0063, do Juízo da 1ª Vara da referida comarca, dirigiram-se até o local e localizaram a porção de maconha acima mencionada em um recipiente plástico, na cozinha do imóvel de VICTOR.

No mérito, a absolvição é necessária, tendo em vista o atual entendimento jurisprudencial de que não comete crime a pessoa que faz uso de *cannabis sativa*.

A materialidade delitiva do crime restou claramente demonstrada através do Boletim de Ocorrência (fls. 01/02), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 07), do Laudo de Constatação (fls. 09), das fotografias de fls. 13/18, do Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 19/22) e pela prova oral colhida nos autos.

Também é inconteste a autoria do delito, uma vez que, em depoimentos harmônicos, coerentes e verossímeis, proferidos em ambas as fases da persecução penal, os policiais responsáveis pelas diligências ratificaram a versão acusatória,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não havendo por que duvidar-se da palavra destes agentes, os quais não teriam qualquer motivo para imputar falsamente o crime, com o simples intuito de estragar a vida do acusado de maneira gratuita.

Não obstante, o próprio réu, em ambas as oportunidades em que foi interrogado, admitiu a propriedade das drogas, indicando que se destinavam exclusivamente ao seu próprio consumo.

Eis que, a confissão é a prova por excelência. É a *probatio probatissima*. Em princípio, é tudo de que se necessita para se ter por demonstrada a autoria de um delito, desde que seja verossímil, certa, clara, persistente e coincidente com outros elementos.

O conjunto probatório, portanto, é seguro e harmônico, não havendo dúvidas acerca da materialidade e da autoria da conduta.

Verifica-se, portanto, que os elementos colhidos nos autos, apontaram que o tóxico apreendido se destinava efetivamente ao uso próprio e não para a comercialização espúria, tanto que a maconha estava armazenada de maneira precária, solta, permitindo a confecção de cigarros para consumo do réu.

Sendo assim, em referência ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP pelo Supremo



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal Federal, realizado em 26/6/2024, verifica-se a necessidade de modificação na situação do réu, haja vista a compatibilidade do caso concreto com as teses fixadas em sede de repercussão geral:

*“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.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*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.”*

É certo que o assim denominado “critério dos quarenta gramas” não é absoluto, cuidando-se, antes, de uma presunção relativa, que pode ser afastada na hipótese de restar demonstrado que o tóxico não seria destinado ao consumo próprio, sendo ilustrativa a situação na qual a apreensão de menos de 40 gramas de maconha, vier acompanhada do encontro de embalagens, balanças ou registros de venda, indicativos de sua destinação ao tráfico de entorpecentes.

No caso concreto, restou demonstrada que a quantidade de entorpecente apreendida em poder do réu era destinada a uso próprio e era pouco superior a 40 gramas (51,87 gramas de maconha), sendo, portanto, de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Nesse sentido, tem decidido este E.

Tribunal de Justiça:

*“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. CANNABIS SATIVA. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. TEMA 506 DA REPERCUSSÃO GERAL. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REMESSA AO JUIZADO*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*ESPECIAL CRIMINAL PARA AS PROVIDÊNCIAS EXTRAPENAIIS. RECURSO PROVIDO. I. CASO EM EXAME* *Apelação interposta contra a sentença que condenou a apelante por infração do artigo 28 da Lei 11.343/06, à sanção de advertência sobre os efeitos das drogas. A defesa pugna a absolvição com fundamento no julgamento do Tema 506 da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 635659). II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO* *A questão em discussão consiste em verificar a aplicabilidade do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 506, que declarou inconstitucional a tipificação penal do porte de cannabis sativa para consumo pessoal, para o caso em análise. III. RAZÕES DE DECIDIR* *No julgamento do RE 635659, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei 11.343/06, no que tange ao porte de cannabis sativa para uso pessoal, afastando quaisquer efeitos penais da conduta. Consoante o precedente vinculante, a posse de cannabis para consumo pessoal é presumidamente atípica, desde que a quantidade não exceda 40 gramas ou 6 plantas, salvo decisão fundamentada que demonstre o intuito de mercancia. No caso concreto, a apelante foi flagrada com 20 gramas de cannabis. Não se identificaram elementos objetivos que indiquem finalidade de tráfico, de modo que sua conduta se subsume integralmente aos critérios fixados pelo STF para reconhecimento da atipicidade penal. De rigor, portanto, o provimento do recurso defensivo para absolver a apelante, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, por atipicidade da conduta. Nos termos da tese fixada pelo STF, as sanções previstas no artigo 28, incisos I e III, da Lei 11.343/06 (advertência e medidas educativas) possuem natureza extrapenal e devem ser aplicadas em procedimento de competência dos Juizados Especiais Criminais. Desta feita, impõe-se a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para a adoção das providências cabíveis. IV. DISPOSITIVO E TESE* *Recurso provido. Absolvição da apelante por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Tese de julgamento: "É atípica a conduta de adquirir, guardar, transportar ou trazer consigo cannabis sativa para consumo pessoal, com quantidade inferior a 40 gramas, salvo demonstração fundamentada do intuito de mercancia, conforme decidido no Tema 506 da Repercussão Geral (RE 635659). As sanções previstas no*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*artigo 28, incisos I e III, da Lei 11.343/06 possuem natureza extrapenal e devem ser aplicadas em procedimento de competência dos Juizados Especiais Criminais." Dispositivos relevantes citados: Lei 11.343/06, art. 28; CPP, art. 386, inciso III. Jurisprudência relevante citada: STF, RE 635659, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26/6/2024, Tema 506 da Repercussão Geral; TJSP, Apelação Criminal 1502023-45.2022.8.26.0559, rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 21/11/2024; TJSP, Apelação Criminal 1501505-24.2022.8.26.0634, rel. Des. Marcelo Semer, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 09/12/2024" (TJSP. AP 1500098-95.2024.8.26.0574. 13ª Câmara Criminal. Rel. Luís Geraldo Lanfredi. Dje.28/01/2025).*

*"Apelação Penal. Tráfico de Drogas. Sentença condenatória. Apreensão de 27,24g de maconha. Réu Luan que admite ser usuário de entorpecente. Dívida razoável sobre o exercício da traficância. Princípio "in dubio pro reo". E. STF que aos 26/06/2024, firmou tese de que será presumido usuário quem, para uso 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. Descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal (RE 635.659 – Tema 506). Em razão do afastamento de qualquer efeito de natureza penal, fica o recorrente absolvido por atipicidade da conduta. Em análise à dosimetria da corrê Bruna, não se vislumbra fundamentação concreta para justificar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, na fração de 1/3. Majorante que fica aplicada em 1/6. Recurso do réu provido para absolvê-lo da imputação ao crime de tráfico, com fulcro no art. 386, III, CPP, e de ofício conceder habeas corpus para reduzir o montante da pena da corrê Bruna (01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, no mínimo legal)." (TJSP; Apelação Criminal 1502023-45.2022.8.26.0559; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Paulo de Faria - Vara Única; Data do Julgamento: 21/11/2024; Data de Registro: 21/11/2024).*

*"Revisão Criminal PORTE DE ENTORPECENTES PARA FINS DE USO (Art. 28, da Lei nº 11.343/2006). Pleito de*



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*absolvição por atipicidade da conduta. Acolhimento. Revogação parcial do art. 28 da Lei de Drogas. Fatos que se amoldam à tese fixada no Tema 506 do STF. Repercussão geral do RE 635659/SP reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, que concluiu que 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. Revisão deferida para absolver a requerente pela atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CPP e Tema 506 do STF". (TJSP; Revisão Criminal 2358567-77.2024.8.26.0000; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 2º Grupo de Direito Criminal; Foro de Vargem Grande do Sul - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/01/2025; Data de Registro: 09/01/2025).*

Cabe, por fim, observar que, consoante aludida decisão do Pretório Excelso, as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 devem ser aplicadas pelo juiz, em procedimento de natureza não penal, sem qualquer repercussão criminal para a conduta.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo réu VICTOR HENRIQUE DE ARAÚJO FERNANDES, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, conforme tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**  
**RELATOR**