



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
SEÇÃO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

Expediente preparatório nº 00039118-85.2020.8.26.0000 (Apenso aos autos da ação penal nº 0000408-13.2017.8.26.0578 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos/SP)

JOHNNY FERREIRA LIMA, brasileiro, natural de Guarujá/SP, filho de Marcia Guerra Ferreira, portador do RG nº 45185407, nascido aos 04.01.1989, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, pela Defensora Pública que esta subscreve, propor, com fundamento nos artigos 621, inciso I e 626, ambos do Código de Processo Penal, ação de

REVISÃO CRIMINAL

em face do v. acórdão (fls. 403/418) transitado em julgado, que majorou a pena imposta pelo juízo de primeiro grau, condenando o peticionante à pena de 06 (seis) anos, 08 (oito) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 666 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput da Lei 11.343/06, consoante razões de fato e de direito a seguir expostas.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DA SÍNTESE DOS FATOS

JOHNNY FERREIRA LIMA, ora peticionário, foi denunciado, juntamente com André Luiz Maciel, como incurso nos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Segundo a denúncia, da data 01 de novembro de 2017, por volta das 22h, os denunciados teriam sido abordados por policiais militares que os viram andando em via pública. Narram que haveria uma porção de maconha no bolso de André e indagados, teriam admitido a existência de mais entorpecentes na bolsa que André carregava, na qual teriam sido localizadas 24 porções de maconha e três pinos de cocaína. Os denunciados narraram que as drogas eram para consumo pessoal e indicaram como teria sido a aquisição.

Defesa prévia apresentada às fls. 221. Recebimento da denúncia às fls. 224.

Memoriais do Ministério Público às fls. 263/271 pela total procedência. Memoriais da defesa às fls. 272/275.

A sentença de fls. 284/288 julgou procedente a ação penal, pois entendeu pela condenação de ambos à pena de 05 anos, 10 meses, bem como ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática do delito previsto nos artigos 33, da Lei 11.343/06.

Apelação do Ministério Público às fls. 304/308, pela aplicação do aumento de 1/3, em razão de reincidência específica. Contrarrazões fls. 328/32.

Apelação interposta pela defesa às fls. 351/357, pela desclassificação e substituição por pena restritiva de direitos e contrarrazões do Ministério Público às fls. 367/371.

No acórdão de fls. 403/418, foi negado provimento ao recurso interposto pela defesa, aumentando-se a condenação, nos termos pleiteados pelo Ministério Público.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O acórdão transitou em julgado em 22.10.2019 (certidão às fls. 425).

Ocorre que o v. acórdão em relação ao qual se pretende a formulação de duplo juízo – rescindendo e rescisório – foi proferido em contrariedade ao texto expresso da lei penal.

DO DIREITO

DA NULIDADE PELA INSUFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA

Compulsando os autos, verifica-se que não houve concreta defesa, o que gerou ofensa ao princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), ocasionando, por conseguinte, nulidade absoluta do processo.

Em que pese o advogado dativo tenha pedido sua absolvição, **não o fundamentou**, além de alegação fática pontual quanto ao uso, **bem como não apresentou nenhuma tese subsidiária em caso de veras complexo**.

Ao contrário, apenas alegou em um parágrafo que o acusado não praticou a conduta, visto que é usuário e portava “*quantia ínfima localizada de R\$9,00 (nove reais) nada foi demonstrado que possuía relação com as drogas localizadas, além de que o depoimento dos policiais também não foi determinante a imputar tal crime, sendo que não aclararam de que no momento da abordagem estariam os acusados em atitude suspeita que pudesse considerar aptos a venda dos entorpecentes*”! (*sic*). Nada mais foi alegado em prol da defesa (fls. 274/275).

Não bastasse, após a prolação da r. sentença condenatória, o advogado dativo, intimado a apresentar razões de apelação, após recurso do Ministério Público, apenas repetiu o já alegado nos Memoriais e requereu, em sua apelação, a substituição por pena restritiva de direitos, sem sequer abordar a dosimetria da pena, para sua aplicação.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dessa forma, caracterizado o constrangimento ilegal, vez que **o réu foi condenado sem que tenha lhe sido proporcionada defesa técnica efetiva**, deve-se declarar o processo nulo desde o referido ato processual (alegações finais da defesa), a fim de que seja o ato refeito nos termos da ordem constitucional e supra legal.

É certo que, nos termos da Súmula nº 523 do STF: *“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”*

Ocorre que, no caso em comento, o prejuízo é inconteste.

A **garantia do devido processo legal** (CF, art. 5, LIV) condiciona, especialmente em matéria de direito penal e processual penal, o exercício material do poder punitivo, no sentido de não se poder tirar das pessoas (de todas) bens da vida sem a estrita observância dos direitos fundamentais de que é titular o cidadão-condenado.

O processo penal encontra-se circundado por limites e garantias que, somente quando assegurados, justificam a sua utilização como instrumento de efetiva aplicação do conteúdo formal da norma penal.

Parece claro, *a nosso aviso*, que houve grave prejuízo à defesa e ao próprio Estado de Direito (art. 563 do CPP e Súmula n. 523/STF). E, agindo desta forma, **maculou-se todo processo-crime de NULIDADE ABSOLUTA**, a partir da sentença penal, especialmente pela flagrante afronta à cláusula do **devido processo legal** (CF, art. 5, LIV).

DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006

Entendendo Vossas Excelências que a droga, realmente, estava na posse imediata do acionado, à míngua de outros elementos sérios de que destinada



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

à venda e que esta conduta não se afasta pelo princípio da insignificância, resta **desclassificar a conduta** para simples posse de droga a deleite pessoal.

De acordo com a denúncia, haveria uma porção de maconha no bolso de André e indagados, teriam admitido a existência de mais entorpecentes na bolsa que André carregava, na qual teriam sido localizadas 24 porções de maconha e três pinos de cocaína.

Ocorre que os elementos de prova coligidos não apontaram, com a certeza necessária para a condenação, a prática do crime de tráfico de entorpecentes por parte do peticionário.

Em Juízo e na fase inquisitorial, o peticionário a prática de tráfico. Admite que era o proprietário da droga, mas alega que se destinava a uso próprio. No dia dos fatos, adquiriu o entorpecente em outro ponto da cidade, na companhia de seu companheiro.

ANDRÉ afirmou que convive com JOHNNY e disse que ambos são usuários de drogas, mas que JOHNNY usa apenas maconha e ele próprio usa maconha e cocaína. Narrou que no dia dos fatos foram de carona até o Itajubi, onde pagaram R\$180,00 pelas vinte e cinco porções de maconha e três pinos de cocaína. Narrou que usaram os restantes R\$20,00 para ir de ônibus até as imediações da escola COC, onde desceram para ir a uma casa na Vila Margarida, onde JOHNNY faria um cabelo.

JOHNNY afirmou que convive com ANDRÉ e disse que ambos são usuários de drogas, mas que usa apenas maconha e ANDRÉ usa maconha e cocaína. Narrou que tem uma irmã com câncer, da qual cuida em casa porque não conseguiu internação. Afirmou que sua irmã está em fase terminal e que só consegue cuidar dela usando maconha. Confirmou que já foi condenado por tráfico, mas disse que na verdade naquela oportunidade também se tratava de porte para consumo próprio.

A prova acusatória coligida durante a instrução consubstanciou-se única e exclusivamente na oitiva dos policiais responsáveis pela prisão do peticionário os quais, **embora tenham relatado a apreensão dos entorpecentes em poder das partes, não presenciaram qualquer conduta compatível com o**



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

crime de tráfico de drogas. Não presenciaram a venda das drogas, não encontraram dinheiro ou anotações compatíveis com a venda de entorpecentes em poder do peticionário. Os policiais narram, genericamente, que teriam recebido denúncias, mas também confirmam que conheciam os acusados, deixando em dúvida sua imparcialidade no caso

Conforme se verifica, o depoimento dos policiais foi absolutamente genérico e superficial, de modo que jamais poderia ter se prestado a embasar decisão condenatória em desfavor do peticionário.

Nenhum outro elemento veio aos autos. Inadmissível, desta feita, dispensar total credibilidade ao depoimento dos policiais em detrimento das declarações prestadas pelo peticionário. Some-se a isto o fato de que nenhuma testemunha presencial alheia aos quadros policiais confirmou a participação no crime de tráfico.

Com efeito, **não há qualquer outro elemento, que não as palavras dos policiais, a confirmar que o peticionário poderia praticar o tráfico no local.** Ora, os fatos ocorreram, em tese, em via pública, com movimentação razoável de pessoas. Entretanto, ninguém estranho ao quadro policial foi chamado para esclarecer se, de fato, o peticionário estava traficando no local. **Ainda, cientes de que havia notícia dando conta de que no local havia o tráfico de drogas, não tiveram a cautela de registrar qualquer ato de traficância por parte do peticionário.**

“É sumamente suspeita a atitude de policiais que, devendo agir o mais estritamente que lhes seja possível dentro da lei, não procurem cercar o flagrante de cautelas outras que lhes assegurem credibilidade. De comum, em tais casos, são ouvidos apenas o condutor e seu companheiro de diligência. E, invariavelmente, dão crédito a denúncias anônimas contra viciados e traficantes de tóxicos. Nunca procuram ouvir outras pessoas circunstantes, estranhas aos quadros da polícia, nem



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

procuram testemunhar as declarações do próprio acusado.”
(TJSP – AC – Rel. Andrade Vilhena – RT 429/370)

Não se pode, sob o risco de se cometer severa injustiça, condenar cidadão que nega com segurança a prática do crime baseando-se unicamente em depoimentos policiais. Vale trazer à baila, neste ponto, lição do i. Professor e Desembargador deste Tribunal, Guilherme de Souza Nucci:

*“Por outro lado, é de bom senso e cautela que o magistrado dê valor relativo ao depoimento, pois a autoridade policial, naturalmente, vincula-se ao que produziu investigando o delito, podendo não ter a isenção dispensável para narrar os fatos, sem uma forte dose de interpretação. **Outros policiais também podem ser arrolados como testemunhas, o que, via de regra, ocorre com aqueles que efetuaram a prisão em flagrante. Nesse caso, podem narrar importantes fatos, embora não deva o juiz olvidar que eles podem estar emocionalmente vinculados à prisão que realizaram, pretendendo validá-la e consolidar o efeito de suas atividades. Cabe, pois, especial atenção para a avaliação da prova e sua força como meio de prova totalmente isento”** (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 2ª edição. São Paulo, RT, 2003, p.)*

Neste sentido, ainda, o entendimento jurisprudencial:

“A principal função da Polícia, na repressão criminal, não é testemunhar fatos, mas antes oferecer elementos de convicção que sustentem a acusação pública. Entender o contrário e partir da presunção de autenticidade dos depoimentos policiais, sem outras provas concludentes, é desnaturar o princípio do contraditório e inverter o princípio da inocência presumida. Pois que ao réu,



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

obviamente, não se há de exigir que prove sua inocência.” (TJSP – AP – Rel. Andrade Vilhena – RT 429/385).

Aliás, em se tratando de delitos de drogas, este E. Tribunal de Justiça, em recente julgado, já se pronunciou no sentido de que a palavra policial não é suficiente para a prolação de um édito condenatório:

“Assim, o que se verifica, é que a condenação foi amparada exclusivamente nas declarações policiais, o que se revela insuficiente. É que seus testemunhos têm qualificação e natureza diversas de qualquer outro. São relatos de agentes policiais, ou seja, a longa manus do próprio aparelho repressor, de modo que as teorizações jurídicas processuais de âmbito criminal não podem ignorar a realidade fática. O policial é o agente operacional da repressão e não depõe com a imparcialidade das demais testemunhas, ainda que de modo inconsciente. Sua visão sobre os fatos, o seu entendimento sobre as circunstâncias que apurou, são do próprio sistema repressor, dos quais o garantismo constitucional do devido processo legal objetiva proteger.”(TJ/SP – Ap. 0020153-57.2006.8.26.0224 – 7ª Câmara Criminal – Rel. Francisco Menin – j. 03/02/11)

No mesmo sentido:

Ora, como só nas palavras dos milicianos sustenta-se a acusação da infração penal em testilha, sem a reafirmação de suas falas pelo réu ou por depoente alheio à Administração Pública, não se pode, nem mesmo ao longe, divisar a imparcialidade testemunhal necessária que se destina, também, à preservação da garantia de ampla defesa do acusado. Não há como se negar que quem investiga,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

isto é, quem persegue a prova da existência do fato criminal e de sua autoria, ou alguém que detém a verdadeira paternidade da causa criminal, não pode, a um só tempo, servir de testemunha exclusiva do fato delituoso, no passado só por ele investigado. Não se perca de vista que, é da própria condição humana relatar a situação pretérita segundo suas próprias conveniências, até para não se evidenciar como um usurpador do direito individual alheio, dando ensejo quiçá ao crime de abuso de autoridade.” (TJSP – AP Nº 0025430-52.2010.8.26.0050. Des. Rel. Sidney de Oliveira Jr. DJ: 12/05/2011)

Ademais, nota-se que, no decorrer do processo, nenhuma das provas colhidas apontou seguramente a atividade de mercancia de substâncias entorpecentes por parte do peticionário.

Isto porque, os depoimentos prestados pelo policial não traz elementos suficientes que comprovem, sem qualquer possibilidade de dúvida, a conduta delitiva de traficância. Relembre-se que é de responsabilidade da acusação cercar o flagrante de elementos de convicção que possam seguramente apontar o envolvimento da pessoa acusada com a conduta criminosa. Este não é definitivamente o caso. **Os acusados negam veemente a traficância em todos os momentos em que foram ouvidos, solicitando, inclusive, a propositura da presente revisão criminal.**

Este é todo o conjunto probatório, sendo patente sua fragilidade, visto que não reúne elementos de certeza que autorizem a prolação de um decreto condenatório. E a dúvida, resultado da insuficiência de provas, deve ser sempre interpretada em benefício do apelante, princípio basilar da seara penal, como aponta a jurisprudência:



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Sentença absolutória. Para a condenação do réu a prova há de ser plena e convincente ao passo que para a absolvição basta a dúvida, consagrando-se o princípio do in dubio pro reo, contido no artigo 386, VI, do CPP.” (JTACrim 72/26 – Rel. Álvaro Cury).

Destarte, forçoso reconhecer que a prova coligida aos autos não reuniu elementos de certeza que autorizassem a prolação de um decreto condenatório em desfavor do recorrente e a dúvida, como se sabe, deve ser resolvida em favor do peticionário.

Nesse sentido:

“Uma condenação criminal, com todos os seus gravames e conseqüências, só pode ser decretada com apoio seguro em prova cabal e estreme de dúvidas. Presunções e meros indícios não ostentam tal qualidade de segurança e certeza, pelo que não podem servir de fundamento para a condenação de alguém. Na dúvida, impõe-se a absolvição, como regra absoluta em matéria penal” (TJ/SP – Ap. 993.06.107812-0 – 2ª Câmara de Direito Criminal – Relator Des. Antonio Luiz Pires Neto. DJe 05/04/2011)

Vale de nota, ainda, que o simples fato de a droga estar embalada nem de longe pode indicar fim de tráfico, pois de tal forma é encontrada no mercado ilícito pelos usuários.

Imperioso reconhecer, portanto, não estar provado, na espécie, o dolo de mercancia, sem o que resta impossível a condenação pelo delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Logo, a **desclassificação é a trilha mais justa a ser percorrida, por óbvio, se entendida a prova como suficiente a identificar que possuía o volume de entorpecente a ele atribuído.**



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Neste sentido, este **E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** já decidiu pela desclassificação da conduta prevista no art. 33 para aquela do art. 28, ambos da Lei 11.343/06, quando, apesar da droga ser apreendida com o agente, **as circunstâncias concretas do caso não indicam qualquer ato de traficância**. É o que se extrai do trecho do voto da I. Desembargadora Rachid Vaz de Almeida proferido na Apelação nº. 0037942-40.2008.8.26.0114: “A prova coligida nas duas fases da persecução não se mostrou idônea para demonstrar a prática da mercancia de drogas no local e tampouco que a substância apreendida tinha essa destinação. **Não houve confissão formal ou informal nesse sentido, apreensão de quantia em dinheiro, denúncia anônima, campana ou qualquer outro meio de prova para caracterizar o comércio ilícito.** A acusada declarou-se usuária de drogas, o mesmo fazendo o corréu, e, **por outro lado, a quantidade de droga apreendida, a despeito da forma de acondicionamento, não afasta peremptoriamente a possibilidade da destinação para o consumo próprio.** A dúvida, intransponível na espécie, deve ser interpretada a favor da acusada, beneficiando também o corréu, já que o fundamento é predominantemente objetivo: **ausência de prova em relação ao tráfico; ainda que com uma pequena carga de subjetivismo relacionada a culpabilidade** Deve ser considerada, ainda, a ausência de antecedentes (artigo 28, § 2o, da Lei 11.343/06) para justificar a desclassificação. **Assim, diante da verossimilhança da versão da acusada, da quantidade não muito expressiva de droga e das demais circunstâncias supramencionadas, desclassifico a conduta da ré para a prevista no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006, estendendo a decisão ao corréu MARCELO**”. (Apelação Criminal nº. 003794240.2008.8.26.0114. 10ª Câmara de Direito Criminal. J. em 25 de outubro de 2012).

As **condições em que se desenvolveu a ação**, de outra parte, corroboram o fim específico de uso pessoal – art. 28, Lei nº 11.343/2006, o que afasta a caracterização do delito previsto no art. 33, do mesmo Diploma Legal.

Dessarte, todas as circunstâncias do caso permitem concluir pela não configuração do dolo genérico inserto na figura típica do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ante a verificação incontestada do fim específico de consumo próprio, que consubstancia o tipo previsto pelo artigo 28, da legislação em comento.



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Saliente-se que, conforme laudo de fls. 190/199, as porções atribuídos ao requerente e o corrêu somaram a quantia de 0,93g de cocaína e 26,74g de maconha, representando quantidade ínfima para o tráfico, especialmente considerando a divisão entre duas pessoas.

Não se olvide que a própria Lei de Drogas definiu, em seu art. 28, §2º, parâmetros de diferenciação: *“Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”*.

Veja-se que o baixo montante em pecúnia, bem como a ínfima quantidade de droga apreendida deixam evidente a modalidade de posse para uso pessoal. Este é, inclusive, o entendimento deste E. Tribunal:

TRÁFICO. Recurso que espera o reconhecimento da atipicidade pela falta de perigo comum. Impossibilidade. Infração de perigo abstrato. Fragilidade de provas acerca da mercancia observada. Condições pessoais, situação da apreensão e quantidade de drogas que sugeriam que se destinavam a consumo pessoal. **Ínfima quantidade (0.6g de cocaína). Apelo provido para desclassificar a conduta do apelante para a do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 e reconhecer a prescrição da pretensão punitiva superveniente.**

(Relator(a): Otávio de Almeida Toledo; Comarca: Olímpia; Órgão julgador: 5ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 20/03/2015; Data de registro: 23/03/2015)

Impõe-se, portanto, o reconhecimento de que a conduta praticada pelo peticionário amolda-se à descrição típica constante do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, sendo mister operar-se a desclassificação, seguida da aplicação da pena de advertência sobre os efeitos das drogas (inciso I).



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DO AGRAVAMENTO DA PENA EM 1/3 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA

Partindo-se da aplicação do artigo imputado ao requerente, houve claro descompasso ao critério trifásico de dosimetria da pena, delineado, aqui, no art. 59 do Código Penal.

Na segunda fase da dosimetria, por sua vez, o E. Tribunal de Justiça agravou a pena em 1/3, fundamentando o aumento no fato de ser reincidente específico.

A despeito do quanto exposto no *decisum*, todavia, um agravamento da pena em tal proporção e em função, exclusivamente, de **uma única** condenação anterior, ainda que pelo mesmo crime, não se mostra adequado.

Esse é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES DE UM DOS ACUSADOS. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. POSSIBILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DE UM DOS ACUSADOS QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PENA REDUZIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) – Hipótese em que o aumento de 1/3, utilizado para agravar a pena do paciente WESLEY na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas no fato de ser o acusado reincidente específico, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6. Precedentes. (HC 375.914/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 24/10/2017)
(grifos inseridos)

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. ENTENDIMENTO QUE SE AMOLDA À ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 365.963/SP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. Conforme o entendimento firmado por esta Corte, o aumento da pena em razão da agravante da reincidência em patamar superior a 1/6 demanda fundamentação concreta e específica para justificar o aumento em fração mais elevada. Precedentes. 4. Esta Corte tem entendido que a reincidência, seja específica ou não, por não possuir maior desvalor no confronto com a atenuante da confissão espontânea, não pode ensejar maior aumento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria. Precedente. 5. **Na hipótese dos autos, o entendimento consignado pelo Tribunal de origem está em confronto com o entendimento desta Corte, uma vez que, após constatada a reincidência, elevou a pena na fração de 1/3, tão somente por se tratar de reincidência específica, impondo-se a redução do aumento para o patamar de 1/6.** (HC 468.641, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 19/10/2018) (grifos inseridos)*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES.



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O RECONHECIMENTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/6 CABÍVEL. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 4. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão das agravantes genéricas, o incremento da pena em fração superior a 1/6 deve ser devidamente fundamentado. 5. In casu, o Colegiado a quo justificou a aplicação da agravante na fração de 1/4 diante do fato de o paciente ser reincidente específico. Ocorre que a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que, **ostentando o paciente apenas uma condenação anterior para fins de reincidência, mostra-se desproporcional o aumento em patamar superior a 1/6, com amparo apenas no fato de se tratar de reincidente específico.** (HC 497.194/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019) (grifos inseridos)*

Consoante o entendimento do STJ, portanto, não se mostra adequado, nem mesmo proporcional, aumentar a pena em 1/3 apenas por se tratar de reincidência específica. De rigor, portanto, que o aumento da pena, em função da reincidência, seja reduzido para 1/6.

Importante notar, ainda, que a exasperação da pena na fração de 1/6 é também uma prática deste Tribunal de Justiça, haja vista o julgado destacado a seguir:

APELAÇÃO. Roubo simples. Recurso ministerial que visa a exasperação da pena base e o aumento da fração utilizada na segunda fase da dosimetria em razão do reconhecimento da incidência da agravante da reincidência, alegando ser ela específica. (...) 2. Dosimetria da pena que merece reparos. (...) Réu



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

reincidente. Existência de um único registro na folha de antecedentes. Exasperação da pena em 1/6. (TJSP, Apelação Criminal nº 1524540-63.2019.8.26.0037, Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 08/10/2021, DJe 18/10/2021) (grifos inseridos)

De todo modo, caso, todavia, esse não seja o entendimento de Vossas Excelências, requer-se, subsidiariamente, o ajuste do aumento da pena pela reincidência para 1/5, no lugar de 1/3, posto ser esta também uma posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante o julgamento do REsp 1.738.852/RJ.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, cabe reconhecer que os elementos colhidos indicam merecer o peticionário, preliminarmente, a declaração de nulidade do julgado, por se encontrar indefeso, ou, ainda, no mérito, a desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas, concluindo-se, pois, que a decisão condenatória contrariou a evidência dos autos, o que dá ensejo à **PROCEDÊNCIA** do presente pedido.

Caso não seja esse o entendimento adotado, postula-se, subsidiariamente, pela **adequação da dosimetria da pena**, nos termos expostos.

São Paulo, 30 de junho de 2022.

GABRIELE ESTÁBILE BEZERRA
15ª DEFENSORIA PÚBLICA DE ITAQUERA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000674455

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0039118-85.2020.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é peticionário JOHNNY FERREIRA LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **por v.u., rejeitaram as preliminares e julgaram parcialmente procedente a ação revisional para desclassificar a imputação feita na denúncia para o tipo do artigo 28, “caput” da Lei 11.343/06; sujeitar o Peticionário à pena de seis (06) meses de prestação de serviços à comunidade; e declarar extinta essa sanção, em razão do integral cumprimento, tudo com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, ficando os efeitos desta decisão estendidos ao corréu André Luiz Maciel, ante o que dispõe o artigo 580, do Código de Processo Penal. Oficie-se com urgência para os devidos fins**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, ALBERTO ANDERSON FILHO, LUIZ FERNANDO VAGGIONE E MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 24 de agosto de 2022.

FRANCISCO ORLANDO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Revisão Criminal nº 0039118-85.2020.8.26.0000.

Peticionário: Johnny Ferreira Lima.

1ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos.

Voto nº 47.438 - Relator.

Johnny Ferreira Lima foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos a cumprir pena de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e a pagar quinhentos e oitenta e três (583) dias/multa, por infração ao artigo 33, 'caput', da Lei 11.343/06.

Irresignados, réu e Ministério Público apelaram, e a Egrégia 9ª Câmara de Direito Criminal desta Corte, Rel. o Des. Roberto Grassi Neto, negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao ministerial, aumentando a pena a seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão e seiscentos e sessenta e seis (666) dias/multa, por votação unânime.

A condenação transitou em julgado.

Agora ele ingressa com Revisão Criminal por intermédio da Defensoria Pública arguindo preliminar de nulidade da sentença em razão de insuficiência da defesa técnica, pois o advogado se limitou a apresentar pedido de absolvição não fundamentado e se eximindo de teses subsidiárias. No mais, sustenta que a condenação contrariou a evidência dos autos, pois desconsiderou a ausência de prova de que estivesse se dedicando à traficância e que a droga se destinava ao consumo pessoal, pretendendo a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

desclassificação da imputação para o tipo do artigo 28, da Lei Antidrogas, ou a redução da fração de aumento pela reincidência.

A Procuradoria Geral de Justiça arguiu preliminar de não conhecimento da ação revisional. No mérito, opinou pela improcedência.

É o relatório.

As preliminares são inconsistentes e devem ser afastadas.

A Revisão Criminal deve ser vista como a última possibilidade que o condenado tem para melhorar sua situação processual, carcerária ou social, ou de reparar eventual lesão a direito seu. Nesse passo, não conhecer do pedido acarretaria afronta às garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Poder Judiciário e, em última análise, ao postulado da dignidade da pessoa humana.

O Direito não é estanque, pois obra do intelecto humano e fruto/reflexo do contexto social. Trata-se de uma Ciência que está em constante mudança, acompanhando as evoluções da sociedade, compatibilizando-se com cada nova realidade surgida, o que acarreta, por via de consequência, a mudança de interpretação de algumas questões controvertidas, modificações essas que também podem vir a ser aplicadas pela via da Revisão.

E para saber se a condenação foi mesmo contrária à evidência dos autos é indispensável reanalisar o conjunto probatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E não é correto, data venia, que a defesa técnica tenha sido insuficiente. Nas alegações finais foi enfrentado o mérito da imputação, não se tratando de peça genérica, mas sucinta, com questionamento acerca dos depoimentos prestados pelas testemunhas e das circunstâncias da apreensão do entorpecente. Houve, inclusive, pedido de desclassificação da acusação para posse de droga para consumo pessoal, pleito que agora é renovado.

Ademais, não se apontou prejuízo concreto que a questionada manifestação da defesa técnica tenha acarretado para o Revisando, e nos termos do enunciado da Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal: *“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”*.

Superadas as questões preliminares, passo à análise do mérito.

A denúncia afirmou que no dia 01 de novembro de 2017, por volta das 22:00 horas, na Rua Doze de Outubro, nº 392, Vila Margarida, cidade de Ourinhos, o Revisando, nome social 'Leire', juntamente com André Luíz Maciel, traziam consigo, com fins de tráfico, **3 porções de 'cocaína', com peso líquido de 0,95g (noventa e cinco decigramas) e 25 porções de 'maconha', com peso líquido de 26,74g (vinte e seis gramas e setenta e quatro decigramas)**, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram os réus caminhando na via pública, suspeitaram do comportamento deles e resolveram abordá-los. Na busca pessoal encontraram em poder de André uma porção de 'maconha'. Indagados a respeito da existência de mais entorpecente, ambos disseram que na mochila portada por André havia mais droga, o que foi confirmado. Indagados sobre a destinação das drogas, disseram que se destinavam ao consumo pessoal de ambos.

Não se questiona a autoria e a materialidade da imputação. Alega-se que não ficou demonstrado o propósito mercantil a animar a conduta do Peticionário.

Preso em flagrante delito, ele negou a traficância. Admitiu que a propriedade das drogas, mas alegou que se destinavam ao consumo dele e de André, e que ambos pagaram R\$200,00 pelas substâncias. Na mochila havia também papel de seda (fls. 06).

Em juízo manteve o relato, afirmando que utiliza 'maconha' e seu companheiro André 'maconha' e 'cocaína'. Possui uma irmã com câncer terminal e só consegue cuidar dela utilizando 'maconha' (mídia audiovisual).

André afirmou em sede policial e em juízo que comprou as drogas para consumo pessoal com seu companheiro 'Leire'. Compraram várias porções porque 'Leire' tinha uma irmã com câncer e não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

podiam sair a todo momento. Havia folha de seda junto aos entorpecentes (fls. 05 e mídia audiovisual).

Os policiais militares responsáveis pela prisão, Carlos Alexandre Cornélio e Murilo Colombo Nantes, afirmaram na fase policial, e confirmaram em juízo, que estavam em diligência no local e avistaram os réus, já conhecidos dos meios policiais, e resolveram abordá-los. Submetidos à busca pessoal, em poder de André encontraram a quantia de R\$ 9,00 e uma porção de “maconha”. Em poder do Revisonando nada de ilícito foi encontrado. Na mochila de André havia outros entorpecentes. Ambos afirmaram que as drogas eram para consumo pessoal. Já receberam denúncias de que ambos vendem entorpecentes (fls. 03/04 e mídia audiovisual)

Tendo em conta esse conjunto probatório, e evidentemente preservada a convicção dos dignos magistrados que atuaram até aqui, não vislumbro nos autos certeza de que o Revisonando estivesse comercializando droga. A condenação foi imposta com base unicamente nas suspeitas dos policiais.

Suspeitas, porque os policiais não desenvolviam alguma atividade investigatória que visasse o Revisonando; não o viram *vender, fornecer ou oferecer* droga a quem quer que fosse.

Embora tenham afirmado que “o *réu é conhecido nos meios policiais por tráfico*” e que “*receberam denúncias o indicando como traficante*”, os policiais não abordaram alguma pessoa que eventualmente se encontrasse nas imediações para se certificarem se de fato



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

havia comprado droga no local, não fizeram alusão à apreensão de material comumente utilizado no tráfico, como balança de precisão, papel ou plástico para o embalo, caderno com anotações etc., etc., e a irrisória quantia de R\$9,00 que um dos réus levava não é indicativa de que fosse proveniente do comércio clandestino.

Não se trata de desmerecer os depoimentos prestados pelos policiais, mas de constatar que eles nada afirmaram de concreto que vinculasse o réu à traficância. E a quantidade de droga apreendida – *menos de vinte e oito gramas* – não é tão significativa, mormente quando se leva em conta que os réus disseram que seria consumida em conjunto.

Por vezes a quantidade de droga apreendida é tão significativa que só por si indica que o agente se dedica ao tráfico. No caso em exame, no entanto, foi apreendida pequena quantidade, que bem poderia se destinar ao consumo pessoal.

O § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas estabelece os fatores que devem levar o juiz a concluir se a droga se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico:

“Para determinar se a droga destinava-se ao consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, em como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Com exceção dos antecedentes, que não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recomendam o Revisionando, todas as demais circunstâncias lhe são favoráveis, de modo que o fato melhor se amolda à figura do art. 28, da Lei Antidrogas. Como o Revisionando é reincidente, deve ficar sujeito à pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de seis (6) meses, sanção que deve ser declarada extinta em razão do tempo de prisão.

Ante o exposto, o meu voto **rejeita as preliminares** e julga **parcialmente procedente** a ação revisional para desclassificar a imputação feita na denúncia para o tipo do artigo 28, “caput” da Lei 11.343/06; sujeitar o Peticionário à pena de seis (06) meses de prestação de serviços à comunidade; e declarar extinta essa sanção, em razão do integral cumprimento, tudo com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, ficando os efeitos desta decisão estendidos ao corréu André Luiz Maciel, ante o que dispõe o artigo 580, do Código de Processo Penal. **Oficie-se com urgência para os devidos fins**

FRANCISCO ORLANDO

Relator