



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RAZÕES DE REVISÃO CRIMINAL

Revisão Criminal nº 2148778-77.2020.8.26.0000

Autos do processo originário nº 0005930-53.2011.8.26.0506

Peticionando: Pedro Alessandro de Oliveira

Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto

*Egrégio Tribunal de Justiça,
Colendo Grupo de Câmaras,
Douta Procuradoria de Justiça.*

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, atuando em favor de **PEDRO ALESSANDRO DE OLIVEIRA**, qualificado nos autos do processo em epígrafe, e dando cumprimento à sua função constitucional de zelar pela ampla defesa dos necessitados (CF, arts. 5º, LXXIV, e 134), notadamente ao seu dever de “promover a revisão criminal” (art. 129, VII, da LC 80/94), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar as **RAZÕES DA REVISÃO CRIMINAL** ajuizada pelo condenado, nos termos do art. 621, inciso I, e 626, do Código de Processo Penal:

1. SÍNTESE DO PROCESSO

O peticionário foi denunciado e processado perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto como incurso no artigo 33, *caput*, e §1º, inciso III, c.c. o art. 34, ambos da Lei n.º 11.343/06, tudo na forma do art. 69 do CP.

Tudo porque, conforme consta na denúncia, no dia 02 de fevereiro de 2011, por volta das 09h00, na Rua Fabio Lellis Valeri, n.º 505, Jardim Paiva, na cidade e comarca de Ribeirão Preto, o revisionando, *supostamente*, depois de adquirir e receber de maneira escusa, bem como produzi-la, fabrica-la e prepara-la, guardava e tinha em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, 2.829,03kg de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme laudos de fl. 132.

9ª Defensoria Pública de Franca/SP

Av. Presidente Vargas, 299, Cidade Nova, Franca/SP – Tel.: (16) 3722-5783.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Consta ainda que, na mesma oportunidade, o peticionário supostamente possuía e guardava dois fracos vazios, um de éter e outro de acetona, já utilizados, uma balança de cozinhar, um liquidificador, uma peneira, um medidor/instrumento de precisão, 47.000 (quarenta e sete mil) *ependorfs* vazios, um rolo plástico de filme (PVC), instrumentos estes destinados à fabricação, preparação, produção e transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A denúncia foi recebida no dia 07 de abril de 2011 (fls. 116).

Durante a instrução, foram ouvidas duas testemunhas de acusação, três testemunhas de defesa e interrogado o réu (fls. 161/162).

Em sede de alegações finais, a acusação pugnou pela condenação do peticionando nos exatos termos da denúncia (fls. 161). A defesa, por sua vez, pleiteou absolvição com fundamento na falta de provas de autoria, a atipicidade do art. 34 da Lei de Drogas e a desclassificação do art. 33, *caput*, da LD para o delito previsto no art. 28 da mesma lei. Subsidiariamente, foi solicitada a aplicação da redução prevista no art.33, §4º, da Lei 11,343/06 (fls. 165/176).

Sobreveio a r. sentença penal (fls.185/198) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na inicial acusatória, condenando o peticionário como incurso nos artigos 33 e 34, *caput*, da LD c.c. o art. 69, *caput*, do CP, à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 2.041 dias-multa, no piso mínimo.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação (fls. 222/234), sustentando a reforma da r. sentença a fim de absolver o revisionando em relação ao delito previsto no art. 34 da LD, a desclassificação do art. 33, *caput*, para o art. 28, ambos da Lei 11.343/06 e, subsidiariamente, a aplicação do §4º, do art. 33 da mesma lei. O recurso foi contrarrazoado pelo *Parquet* (fls. 236/239).

A c. 6º Câmara de Direito Criminal, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença de piso em sua integralidade (fls. 252/269).

O trânsito em julgado ocorreu em 21/06/2013 (fl. 290).

Assim, considerando o quadro fático-jurídico referido, *mostrando inconformismo com a condenação*, **PEDRO** ajuizou o presente pedido revisional.

Isso posto, a defesa aguarda o regular *recebimento* e *processamento* da presente revisão criminal, a fim de que ela possa ser, ao final, julgada **PROCEDENTE**.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2. CABIMENTO DO PEDIDO REVISIONAL

A revisão criminal, prevista nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal, consiste em um instrumento processual que tem caráter de ação, pelo qual a defesa (unicamente ela) faz uso para rescindir condenação transitada em julgado na órbita penal e obter um novo pronunciamento judicial a propósito do caso penal, dentro de certos limites.

Daí a advertência, que cumpre não ignorar, de ADA PELLEGRINI:¹

[...] o fundamento da linha que advoga a utilização da revisão exclusivamente pro reo também é político: o drama do processo penal, que já é um castigo, os direitos da personalidade e da intimidade, o princípio do favor *revisionis* (desdobramento daquele do favor rei) – tudo leva a concluir que o réu absolvido não pode ser submetido a novo julgamento [...].

A jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente. Nesse sentido:

Não é o caso de não-conhecimento do pedido só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento. (TJMS, *Revisão Criminal 2005.017954-4*, Rel. Des. CARLOS STEPHANINI, DJ 31/03/2006)

Em se tratando de Revisão Criminal, somente é possível aferir-se sobre eventual contrariedade à evidência dos autos mediante o conhecimento da pretensão. (RJTAcrim. vol. 44/446)

Nessa linha, a ação se destina, precipuamente, a corrigir erros judiciários decorrentes da má aplicação do Direito à espécie (decisão contrária ao texto de Lei) ou da incorreta valoração das provas (decisão contrária à evidência dos autos, provas falsas ou descoberta de novas provas da inocência).

Pois bem.

¹ Cf. GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCA FERNANDES. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.p.238.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Defesa entende ser possível demonstrar que, *data venia* e respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, tanto a r. sentença quanto o r. acórdão violaram os textos legais aplicáveis ao caso concreto (CPP, art. 621, I, *primeira parte*); como contrariaram a evidência produzida nos autos (CPP, art. 621, I, *segunda parte*); sendo por meio dessa ação a única forma para alterar a situação jurídica do requerente, haja vista o trânsito em julgado da decisão penal condenatória proferida no referido processo-crime (CPP, art. 625, §1º).

Dessa forma, somente com o conhecimento do pedido será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos e/ou o erro técnico.

3. DA CONDENAÇÃO CONTRÁRIA AO CONJUNTO PROBATÓRIO - DA SUBSIDIARIEDADE DO ARTIGO 34 DA LEI DE DROGAS

A r. decisão combatida contrariou a evidência produzida nos autos, ao condenar o revisionando como incurso nos artigos 33 e 34, ambos da Lei 11.343/06, razão por que é de rigor a reforma por esta via revisional.

Nesse sentido, antes de mais, incumbe ressaltar que só pode ser admitido como prova aquilo que foi produzido sob o crivo do contraditório, permitindo a participação das partes para influir no ânimo do juízo. Disso decorre que os elementos colhidos na fase inquisitiva se destinam única e exclusivamente à formação da opinião do titular da ação penal, no caso, do Ministério Público.

Logo, por influxo do artigo 155 do Código de Processo Penal, os indícios obtidos durante o inquérito policial só têm o condão de lastrear uma condenação quando confirmados em juízo ou consistirem em provas antecipadas, não repetíveis ou cautelares.

Dito isso, passa-se à análise da **prova** colhida.

Adailton Pereira da Silva, policial civil, afirmou que iniciaram investigações, pois havia denúncias de que Pedro estava comercializando entorpecentes. A investigação durou 06 (seis) meses, em razão da dificuldade encontrada, tendo em vista que o revisionando utilizaria uma residência desconhecida para esconder as drogas. Posteriormente, após realizarem campanhas e seguimentos, descobriram que a casa ficava no Jd. Paiva, não se recordando o nome da rua. Solicitaram mandado de busca. Dividiram-se em duas equipes, para realizarem diligências em ambas as casas. Na casa



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do bairro Simione, foi encontrado o revisionando, bem como uma porção de crack e uma de cocaína. Localizaram, ainda, um molho de chave, tendo Pedro informado que não sabia o que era. Os policiais que estavam no Jd. Paiva relataram que encontraram grande quantidade de drogas na outra residência. Foram até o Jd. Paiva, onde foi constatada existência de grande quantidade de entorpecentes, bem como balança, liquidificador, 47.000 *ependorfs*, sendo que o molho de chaves abria as portas do Jd. Paiva. Encontraram ainda roupas, carteira, havia móveis, sendo que ele poderia ficar em ambos os endereços. O revisionando não quis se manifestar. Localizaram movimentações financeiras, contabilidade de entorpecentes e o laudo apontou que a letra era de Pedro. Indagado, disse que não foi localizado dinheiro. Relatou, ainda, que o chaveiro da polícia abriu a porta da casa, no local, entraram na cozinha e encontraram uma chave em cima da mesa, que abriu a porta do quarto, no qual localizaram os entorpecentes, sendo que **essa chave não estava no molho de chaves encontrado no Simione.** A carteira do revisionando estava em outro quarto, bem como os extratos bancários. Questionado, afirmou que as investigações em relação a Pedro tiveram início em razão de outras investigações realizadas, sobre as quais ele não poderia se manifestar.

Marcelo Medeiros, policial civil, informou que realizaram investigações por 06 (seis) meses, em razão de terem informações de que o revisionando realizava comércio de entorpecentes. Realizaram diversas campanhas e seguimentos, pois receberam informações de que havia outro local onde ele “bateria” droga, com muita dificuldade, descobriram endereço do Jd. Paiva. Solicitaram pedido de mandado de busca. Duas equipes foram montadas, uma foi para o Simione e outra para o Jd. Paiva. Localizaram o revisionando no primeiro endereço. Na casa do Jd. Paiva foram localizados entorpecentes. Encontrou duas pequenas porções de entorpecentes e um molho de chaves, mas Pedro não informou de onde era, testaram as chaves nas portas da casa do Simione e não funcionaram em lugar nenhum. Foram até o Jd. Paiva e as chaves abriram as portas. Questionado, afirmou que as investigações tiveram início em razão de uma denúncia anônima, não em razão de investigações ou prisões pretéritas. Não visualizou o revisionando entregando entorpecentes na rua para outras pessoas, relatando uma movimentação normal na casa do bairro Simione.

Hilda Sebastiana Abadia Dias, vizinha do revisionando, afirmou que não viu quando o ele foi preso, bem como não viu os policiais localizando drogas em sua



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

residência. Apontou, ainda, que nunca presenciou movimentações típicas do comércio de entorpecentes no local. Relatou que **Pedro reside com a mãe e faz uso de drogas**, pois é funcionária da Secretaria de Saúde e ele possui diversas passagens no posto, sendo que ele chegava passando muito mal, sendo considerado atendimento de emergência. Sabe que Pedro às vezes era violento dentro de casa, por causa do uso de entorpecentes, sendo que chegou a agredir a mãe a irmã, sendo necessária a ajuda de vizinhos. Questionada, afirmou que ele passava mal por causa das drogas e já chegou inconsciente no posto de saúde. Informou que era ministrado calmante e soro, porém, não sabe dizer exatamente as medicações, tendo em vista que ela trabalha na parte burocrática da Unidade e não no setor de enfermagem.

Izabela Cristina de Oliveira, irmã do revisionando, afirmou que estava em casa dormindo com o irmão, quando a polícia chegou. Não viu quando a polícia encontrou a droga, somente duas porções pequenas que eram para consumo de Pedro. Atestou que na casa de sua mãe não foram localizadas mais drogas, além das duas porções. Questionada, afirmou que há mais de 06 (seis) anos Pedro faz uso de entorpecentes, tentaram interná-lo, porém, não conseguiram. Não conhece nenhuma residência no Jd. Paiva que seria de propriedade de seu irmão.

José Mario Brunazzio, mora perto do revisionando. Afirmou que Pedro trabalhava com entregas, porém, não sabe se ele fazia isso todos os dias. Relatou que o revisionando é **viciado em drogas, porque dava muito trabalho** na rua, sendo que um dia até mesmo tentou desferir uma facada na irmã. Questionado, informou que não sabe se ele dormia todas as noites na casa da mãe.

O **revisionando Pedro Alessandro de Oliveira**, ao ser interrogado, afirmou que, no final de novembro, conheceu um homem de apelido Tisio e nome Renato, que morava duas residências acima de onde foram localizados os entorpecentes, sendo que comprou entorpecentes dele por algumas vezes, pois é usuário de drogas. Sempre ia na praça consumir entorpecentes. No final do ano, perto do natal, foi até a praça e comprou uma quantidade maior de drogas, no ano novo comprou mais e, assim, **adquiriu uma dívida com Renato**.

Relatou que foi preso em sua casa, enquanto os entorpecentes foram localizados em outra residência. A sua carteira estava na casa do Jd. Paiva, porque no dia anterior **foi até o local encher pacotes de droga para pagar a dívida que possuía com o traficante. A casa era de Renato** e ele deveria encher 20 (vinte) pacotes de



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

droga. Mora no Simione e é apenas usuário de entorpecentes. Localizaram 2g de drogas em sua casa, que seria destinada ao seu consumo.

Realmente possuía o molho de chaves da casa localizada no Jd. Paiva, porém, **essas chaves apenas abriam os portões e a porta da sala e da cozinha, não sabe se havia drogas nos quartos, porque não possuía a chave**. Apontou que Renato deixava na sala a quantidade exata de embalagens e de entorpecentes, para que ele apenas efetuasse o acondicionamento. A multa da Transerp estava em sua carteira. Indagado, afirmou que não ganhou nada para embalar as drogas, apenas iria pagar a dívida que adquiriu em razão da compra de entorpecentes.

Ora Excelências, a prova angariada não autorizava a condenação de PEDRO como incurso nos artigos 33 e 34, ambos da Lei de Drogas, conforme será a seguir demonstrado.

Conforme as provas amealhadas durante a instrução, o revisionando utilizava a residência na qual as drogas foram encontradas, apenas quando era determinado por Renato, o proprietário do local, para encher os *ependorfs* com cocaína, de modo a pagar a dívida que adquiriu em razão da compra de drogas, haja vista o vício que possui há mais de 06 (seis) anos.

Aqui é preciso destacar que é evidente que Pedro não era o proprietário do imóvel e muito menos dos objetos ali encontrados. Os policiais civis afirmaram que realizavam investigações há 06 (seis) meses e, nesse ponto, já ressaltamos a primeira divergência em seus depoimentos.

O policial civil Adailton afirmou que as investigações tiveram início em razão de outras diligências que a DISE realizava, sendo que não poderia fazer revelações sobre elas em juízo.

Por outro lado, o policial civil Marcelo alegou que as investigações começaram em razão de denúncias anônimas. Questionado se não seria em razão de outras investigações, atestou que não, tudo teve início em razão das denúncias.

Sendo assim, não se pode afirmar que os policiais possuíam informações de que o revisionando estivesse exercendo a traficância.

Nesse ponto, é preciso destacar, ainda, de modo a comprovar sem sombra de dúvidas a tese defensiva, que os agentes públicos afirmaram que as investigações já duravam 06 (seis) meses, quando descobriram a casa existente no Jd. Paiva, na qual



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

foram localizados os entorpecentes e os instrumentos destinados à preparação de drogas.

Afirmaram, ainda, que foram realizadas diversas campanhas e seguimentos nesse período. Por outro lado, alegaram que o revisionando permanecia em ambos os endereços, sendo que certas noites dormia no Jd. Paiva e em outras no Simione, como se realmente habitasse ambos os endereços.

Ora, Vossas Excelências, se Pedro realmente alternasse de endereço com a constância mencionada pelos policiais civis, dormindo em ambas, qual seria a dificuldade de localizar o endereço do Jd. Paiva? Seria necessário, de fato, 06 (seis) meses para descobrirem a outra residência?

Obviamente que a resposta só pode ser negativa. Não lógica e coerência em se afirmar que foi extremamente difícil descobrir a residência na qual as drogas estavam, ao mesmo tempo em que se alega que Pedro morava em ambos os endereços.

Não bastasse, os policiais afirmaram que o molho de chave encontrado na casa da mãe do revisionando abria as portas da casa do Jd. Paiva, porém, a chave que abria a porta do quarto, no qual estavam os entorpecentes, não estava no molho, mas sim em cima da mesa da cozinha no Jd. Paiva.

Nesse ponto, o revisionando esclareceu, de forma clara e harmônica, que Renata lhe conferiu apenas as chaves que abriam os portões e as portas da sala e da cozinha da residência do Jd. Paiva, sendo que não tinha acesso à chave das portas dos quartos.

Apontou, ainda, que Renato deixava a quantidade de drogas e *eppendofs* exata para que ele pudesse encher as embalagens, de modo que não tinha conhecimento sobre o que havia nos quartos. O verdadeiro traficante, sabendo que Pedro era usuário de drogas, por óbvio não permitiria que ele tivesse acesso a uma quantidade grande de entorpecentes.

Pedro esclareceu, ainda, que os extratos bancários e a multa de trânsito estavam em sua carteira, não dentro do quarto, tendo em vista que não entrava no local.

O revisionando, em juízo, confessou que, de fato, estava preparando as drogas para serem comercializadas, pois, foi a única forma que encontrou de pagar as dívidas que possuía com Renato, sendo de conhecimento geral que os traficantes, de fato, não toleram dívidas.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por todo o exposto, não há, portanto, **autonomia fática necessária a embasar a condenação simultânea nos tipos penais**, dessa forma, *concessa venia*, equivocadas a r. sentença e o acórdão, no que tange a condenação simultânea pelos delitos previstos nos arts. 34 e 34 da Lei de Drogas.

A sentença de piso condenou o sentenciado pelo art. 34 da LD, sob a seguinte fundamentação (fl. 192):

Além disso, confessou que usou o imóvel da rua Fábio Lellis Valeri para a preparação da droga, já que afirmou que ali "encheu alguns Eppendorfs", infringindo, dessa forma, também o artigo 34, da Lei 11.343/06.

À fl. 268 do acórdão constou que:

Da mesma forma, levando-se em conta que o tipo penal previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/06 não exige para a sua configuração que os instrumentos, os maquinários e os objetos, de uma forma geral, tenham a finalidade específica de preparar, produzir ou transformar drogas, não há dúvida de que o réu também deve ser responsabilizado por este crime.

Vejamos a redação dos artigos 33 e 34, ambos da Lei 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Assim, trata-se de tipos mistos alternativos, os quais descrevem crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois são consideradas várias formas de realização da figura típica.

Dessarte, a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto não configura concurso de crimes, por se cuidar de ato preparatório ou sequencial do dolo principal do agente.

Ora, como poderia o sentenciado preparar as drogas, enchendo os ependorfs sem tocá-los, bem como era necessária a utilização de um medidor/instrumento de precisão, para colocar a cocaína em cada *ependorf*.

Vicente Greco Filho, ao dissertar sobre o delito descrito no art. 34 da Lei de Drogas, afirma que *"a pena privativa de liberdade para o delito do artigo é menor, no mínimo e no máximo, que a pena do artigo anterior, de modo que, **se a conduta do agente também violar uma das proibições ali previstas, o delito a ser considerado será aquele e não este**".².*

Assim, mesmo que se entenda que a casa, bem como seus objetos pertenciam ao revisionando, o que sinceramente não se espera, não há que se falar em concurso de crimes, tendo em vista a natureza subsidiária do delito previsto no art. 34 da Lei nº11.343/06.

A propósito, registro lição de Fernando Capez sobre o tema:

Convém notar que a alternatividade nada mais representa do que a aplicação do princípio da consunção, com um nome diferente. Com efeito, no citado caso do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, se o agente importa cocaína, transporta essa droga e depois a vende, ninguém põe em dúvida tratar-se de um só delito de tráfico, ficando as figuras posteriores do transporte e da venda absorvidas pela importação (delito mais grave). Nesse caso, foram o **nexo de causalidade entre os comportamentos e a similitude dos**

² GRECO FILHO, V. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contextos fáticos que caracterizaram a absorção do transporte e venda pelo tráfico internacional (importação de droga). Isso nada mais é do que a incidência da teoria do *post factum* não punível, hipótese de consunção. Em contrapartida, se o agente importa morfina, transporta cocaína e vende ópio, haverá três crimes diferentes em concurso, tendo em vista que um nada tem a ver com o outro. Não se opera a consunção, dada a diversidade de contextos. Assim, a questão passa a ser puramente terminológica. Chama-se alternatividade à consunção a qual se opera dentro de um mesmo tipo legal entre condutas integrantes de normas mistas. A alternatividade é, portanto, a consunção que resolve conflito entre condutas previstas na mesma norma, e não um conflito entre normas.³ (g.n.)

No julgamento do HC 1.196.334/PR, a quinta turma do STJ entendeu que o delito descrito no art. 34 da Lei 11.343/06, que tipifica a posse de equipamentos para a produção de drogas, é absorvido pelo crime de tráfico de entorpecentes previsto no art. 33, da mesma Lei, quando ocorridos sob o mesmo contexto.

Sendo assim, quando verificado que a primeira conduta é mero ato preparatório ou sequencial para a consecução do tráfico (dolo principal do agente), não haverá o concurso de crimes, sendo aplicável o princípio da consunção.

Fixou-se, portanto, a natureza subsidiária do crime do art. 34 em detrimento daquele previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

In casu, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo os instrumentos localizados à preparação das drogas, daí que, **não se constata a autonomia fática necessária a embasar a condenação simultânea nos tipos penais dos arts. 33, caput, e 34, ambos da Lei nº 11.343/2006.**

O entendimento aqui defendido encontra ampla aceitação no Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Tráfico de drogas, petrechos destinados à traficância e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Arts. 33, caput, e 34 **Petrechos destinados ao tráfico que, no caso em concreto, não ensejam a condenação pelo**

³ CAPEZ, Fernando, **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 206/207.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tipo do art. 34. Princípio da Consunção. Maquinário que esgota sua conduta no próprio tráfico. **Absorção.** Precedentes do C. STJ. Tipicidade da conduta de portar municações. Crime de perigo abstrato. Majoração da pena-base do tráfico reduzida para 1/3. Não cabimento da redutora do §4º do art.33 da Lei Antidrogas, considerando a quantidade de drogas.Regime fechado mantido, pois bem fixado e fundamentado.Recurso parcialmente provido. (TJ-SP-APR: 0083942-1820168260050, Relator: REINALDO CINTRA, Data de Julgamento: 12/08/2020, 7ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/09/2020) (g.n.).

APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de entorpecentes (artigo 33, "caput" e artigo 34, ambos da Lei nº 11.343/06) Recurso da Defesa Absolvição INADMISSIBILIDADE Autoria e materialidade comprovadas. Depoimentos seguros de policiais Condenação mantida - **Absolvição do delito previsto no artigo 34, da Lei nº 11.340/06 Possibilidade - Aplicação do princípio da consunção.** Redução das penas do delito de tráfico POSSIBILIDADE Redução da pena-base e aplicação do redutor na fração de 1/6, diante da quantidade de entorpecente. Fixação de regime mais brando possibilidade. Recurso Ministerial condenação dos apelados nos termos da denúncia prova frágil quanto à autoria dos apelados Michel, Michele e Renata absolvição mantida. Recurso Ministerial improvido e recurso defensivo parcialmente provido. (TJSP - 0004579-35.2011.8.26.0283 –Apelação - Relator(a): Paulo Rossi - Comarca: Rio Claro - Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 16/01/2013 - Data de registro: 17/01/2013) (g.n.).

Apelação criminal Tráfico ilícito de entorpecente, porte de petrechos para o tráfico e associação para o tráfico - Sentença condenatória - Apelo das rés objetivando a absolvição e **a absorção do crime previsto no artigo 34 pelo do artigo 33 da Lei de Drogas** Quanto aos crimes de tráfico de entorpecentes (art. 33, caput) e associação para o tráfico (art. 35, caput), materialidade e autoria demonstradas Provimento condenatório, nesse aspecto, bem editado, com base em convincente acervo probatório Crimes dos artigos 33 e 35 da Lei Antidrogas são autônomos e, portanto, a prática



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concomitante de ambos caracteriza concurso material - **Crime previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/06 que, por ser subsidiário, considera-se absorvido pelo de tráfico ilícito de entorpecentes, em razão da aplicação do princípio da consunção.** Pleitos subsidiários de redução das penas, com a aplicação das atenuantes genéricas previstas no artigo 65, incisos I e II, "d", do Código Penal e do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06; de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de reconhecimento da detração penal Penas e regime prisional escorreitamente fixados (...) Recursos parcialmente providos. (TJSP - 0000975-46.2010.8.26.0301 - Apelação - Relator(a): Moreira da Silva - Comarca: Atibaia - Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 08/08/2013 - Data de registro: 16/08/2013) (g.n.).

No mesmo sentido, os Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE POSSE E GUARDA DE MAQUINÁRIO E DE ESTOCAGEM DE MATÉRIA-PRIMA DESTINADOS À MANUFATURA DE ENTORPECENTES (ARTS. 12, § 1º, I, e 13 DA LEI Nº 6.368/76, ATUALMENTE PREVISTOS NOS ARTS. 33, § 1º, I, e **34, DA LEI Nº 11.343/06.** **CONDUTAS TÍPICAS QUE CONSTITUEM MEIO NECESSÁRIO OU FASE NORMAL DE REPARAÇÃO OU EXECUÇÃO DE DELITO DE ALCANCE MAIS AMPLO (FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTE).** **PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO.** ORDEM CONCEDIDA. 1. O princípio da consunção em relação aos crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes pode ser aplicado, uma vez que ditas condutas constituem meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de delito de alcance mais amplo, no caso, a fabricação de entorpecente. 2. Conclui-se que o intuito do legislador foi i) punir, por exemplo, o agente que constrói um laboratório para refino de cocaína, independentemente da sua efetiva produção, ainda que a posse das máquinas e dos objetos em questão não seja, isoladamente, considerada ilícita (tais como, no caso em exame, de baldes e de um liquidificador); ou ii) sancionar aquele que mantém em



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

depósito matéria-prima destinada ao refino ou à produção de drogas, mesmo que a estocagem dessa, por sua natureza, não constitua, per se, crime (no caso concreto, de solução de baterias, livremente revendida com fim específico de regeneração de cargas elétricas em baterias, e de barrilha, utilizada no tratamento de água para piscinas e para outras finalidades lícitas). 3. No caso em exame, pelo que se vê da denúncia, tanto a posse da matéria-prima, como a dos maquinismos/objetos, visava a um fato único: a produção de entorpecente (merla) pelo paciente naquele local, para posterior comercialização da droga. 4. Está patente nos autos a existência de uma estrutura destinada ao tráfico de drogas, na modalidade de fabricação. 5. Ordem concedida. (STF - Habeas Corpus 100946/GO, Relator para acórdão Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 27/02/2012). (g.n.)

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MAQUINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. ARTS. 33, 34 E 35 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DECOTE DE CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA DE REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA MESMA LEI. PLEITOS INVIÁVEIS NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS NORMAS VIOLADAS. RECURSO ESPECIAL COM MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 2. PEDIDOS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DA PROVIDÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. **CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. POSSE DE INSTRUMENTOS. CRIME MEIO. 4. BALANÇA DE PRECISÃO E SERRA CIRCULAR. AUSÊNCIA DE TIPLICIDADE. OBJETOS PRÓPRIOS DO CRIME DE TRÁFICO.** 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (...) 3. Há nítida relação de subsidiariedade entre os tipos penais descritos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a "saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida", ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. **Portanto, a prática do art. 33,**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. No caso, referida análise prescinde do reexame de fatos, pois da leitura da peça acusatória, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicate de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, **não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de bis in idem.** 4. Salutar aferir, ademais, quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34 da Lei de Drogas, o qual visa coibir a produção de drogas. A meu ver, deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta - utilizada como medidor -, atrair a incidência do tipo penal em exame. Relevante, assim, analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifico que a apreensão de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como **posse de maquinário nos termos do que descreve o art. 34 da Lei de Drogas, pois referidos instrumentos integram a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime de posse de maquinário.** 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para excluir a condenação dos recorrentes Márcia Regina Millezi e Francisco Luís Alves de Lima pela prática do delito do art. 34 da Lei de Drogas. (STJ - REsp 1196334/PR - 2010/0097420-8 - Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Órgão Julgador: QUINTA TURMA - Data do Julgamento: 19/09/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 26/09/2013) (g.n.)

Logo, a condenação simultânea de **PEDRO ALESSANDRO DE OLIVEIRA** nos delitos previstos nos artigos 33 e 34 da LD, se afigurou injusta e contrária as provas, sendo necessária a absolvição do recorrente da acusação de prática do crime previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/06, pelo princípio da consunção.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. DA DOSIMETRIA

Importante observar que a fixação da pena violou o texto expresso da lei, incidindo na hipótese autorizadora da revisão prevista no art. 621, I, do CPP.

Nesse sentido, na primeira fase da dosimetria da pena, nada autorizava a exasperação da pena-base em 1/5 (um quinto) em razão da quantidade de drogas apreendidas e da natureza dos entorpecentes.

Há que se convir, acerca da natureza nociva das drogas, que a gravidade abstrata do delito e suas consequências sociais são meras conjeturas, desacompanhadas de outros elementos concretos presentes no art. 68 do CP não se prestam a justificar o aumento da pena-base.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA PENA-BASE FIXADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, AO ARGUMENTO DE EXCESSO NA AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E AUMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. VERIFICAÇÃO QUE DEVE SE LIMITAR À EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR O AUMENTO DA PENA. OBSERVÂNCIA DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS, SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA TANTO. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MENÇÃO, APENAS, À GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO, AO LUCRO FÁCIL E AO DANO À SAÚDE PÚBLICA. PENA-BASE QUE NÃO PODE SER AUMENTADA COM BASE EM REFERÊNCIAS ABSTRATAS E ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...] 3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da impossibilidade de mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa, pois a lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, de modo que o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido. 4. O magistrado singular considerou desfavoráveis, in casu, as circunstâncias judiciais da



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*culpabilidade, dos antecedentes, das circunstâncias e das consequências do crime, as quais foram corroboradas pelo Tribunal a quo, que levou em conta, ainda, os motivos do delito. 5. Evidenciado que as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis as circunstâncias da culpabilidade, dos motivos e das **consequências do crime, com fundamento, apenas, na gravidade abstrata do crime, na busca do lucro fácil e no dano à saúde pública causado pela infração penal, respectivamente, devem ser afastadas referidas circunstâncias judiciais. Precedentes.** 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, **para afastar do aumento da pena-base dos pacientes as circunstâncias judiciais da culpabilidade, das consequências e dos motivos do crime, resultando a pena definitiva em 7 anos e 4 dias de reclusão e 580 dias-multa.**(STJ – HC: 230621 MS 2012/0004164-2, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 04/11/2014). (grifos nossos).*

O legislador, ao possibilitar ao magistrado a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando “a **natureza** e a **quantidade** da **substância** ou do produto” apreendido, quis diferenciar o pequeno do grande traficante, porque a droga, em si, já é tratada pela própria Lei de Drogas, que visa sua repressão, independente do seu grau de lesividade.

É preciso destacar que foram apreendidas aproximadamente **2.829,03kg de cocaína** de droga no total, devendo-se destacar que quando o revisionando ficava responsável por embalar os entorpecentes, quantidade extremamente inferior lhe era conferida, sendo que nem mesmo sabia que existia tal quantidade nos quartos. Ademais, a quantidade mencionada **constitui quantidade inferior às observadas nas apreensões diárias, principalmente nas fronteiras.**

Assim, não tendo a conduta do recorrido extrapolado o tipo penal, não existe razão a justificar de maneira idônea o aumento da pena-base.

Neste sentido, citamos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. **PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DROGA NOCIVA, MAS APREENDIDA EM PEQUENA QUANTIDADE. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O PISO LEGAL.** PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO, ALEGANDO SER MERO USUÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.— O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.— A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.— Consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.— **Embora a nocividade da droga seja critério idôneo para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, o caso envolveu a apreensão de pequena quantidade de entorpecente, o que, por questão de proporcionalidade, enseja a redução da pena-base para o piso legal.** Precedentes.— A teor da jurisprudência desta Corte, em se tratando de tráfico de entorpecentes, o simples fato de o acusado admitir a propriedade da droga, alegando ser destinada a consumo próprio, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, d, do Código Penal. Precedentes.— Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir as penas para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HABEAS CORPUS Nº 398.722 - SC - 2017/0103632-3 - Ministro Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 28/11/2017. Publicado DJe: 04/12/2017). (grifos nossos).

“A legislação atual adotou como parâmetro extrema flexibilização da pena e não considerando o potencial lesivo da droga; afinal, qualquer droga é prejudicial à pessoa humana. Assim, deve ser mantida a pena base no mínimo”. (TJSP, Apelação nº 0008594-48.2013.8.26.0066, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro).

Aliás, por uma questão de política criminal, o recrudescimento punitivo certamente não é a melhor solução. O tráfico de drogas é um crime equiparado a hediondo, a legislação penal já é especialmente mais severa para aqueles que incorrem nesta prática criminosa e ainda assim há um aumento significativo, ano a ano, das prisões processuais e penais em razão desse delito.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Já devidamente argumentado acerca da impossibilidade de consideração desfavorável a partir das *circunstâncias do crime*, resta claro, portanto, que em nenhuma hipótese, levando-se em conta os demais moduladores do artigo 59 do Código Penal, a pena-base poderia ser exasperada acima do mínimo legal.

Afinal, os critérios do artigo 59 do Código Penal devem ser ponderados em conjunto, à luz do caso concreto, não sendo de forma alguma razoável que a simples constatação – de forma isolada – da natureza e quantidade de droga possa conduzir à exasperação das penas.

Assim, resta claro que uma considerável QUANTIDADE de droga e a NATUREZA são elementares do delito de tráfico de drogas, não podendo, portanto, serem utilizadas como circunstâncias para aumentar a pena-base, sob pena de incorrer em *bis in idem*, flagrante inobservância da técnica legal.

Ante o exposto, requer-se a reforma da sentença, com a consequente fixação da pena-base no mínimo legal.

Subsidiariamente, caso assim não se entenda, é de rigor reconhecer, ao menos, que o aumento em 1/5 (um quinto) foi extremamente desproporcional.

Nesse sentido, importante ressaltar que o aumento em relação ao número de circunstâncias desfavoráveis a serem consideradas na pena-base e o *quantum* a ser fixado é tema também já firmado pelos Tribunais Superiores, de modo que se considera cada circunstância como possível aumento de 1/8 sobre a pena-base, ou, no máximo, 1/6 sobre cada circunstância:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **PARÂMETRO DE AUMENTO DE 1/8**. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. PENA-BASE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MAIS FAVORÁVEIS. NON REFORMATIO IN PEJUS. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL OU AGRAVANTES. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA À REGRA NE BIS IN IDEM. AGRAVANTE. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 6. Há, portanto, três circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. **Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável**, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixá-la em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus. [...] 9. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. **Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais.** Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é um absoluto, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas. [...] (STJ, HC 318.814/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 08/11/2016) **(grifos nossos)**

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO AGENTE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. **EXASPERAÇÃO EM 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.** CONCURSO ENTRE AS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DO CRIME COMETIDO CONTRA CRIANÇA. REDUÇÃO EM 1/6 DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 3. **Com efeito, é certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.** [...] 4. **Embora não haja uma operação aritmética, na qual se atribua pesos absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, sendo reservado ao julgador o exercício da discricionariedade vinculada, razão pela qual a escolha do quantum de pena a ser aplicado será determinado principalmente pelas particularidades do caso concreto, a jurisprudência desta Corte tem entendido razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial.** [...] (STJ, HC 505.435/SP, Rel.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019) (**grifos nossos**)

Notória, portanto, a desproporção da pena aplicada, pois o aumento de 1/5 (um quinto) na pena-base não se justifica apenas pela quantidade de entorpecentes e a natureza dos mesmos, que, em realidade, trata-se de apenas uma circunstância: as drogas apreendidas.

Com efeito, representam uma única circunstância. Por consequência, o aumento admissível, seria de, no máximo, 1/6 (um sexto), conforme jurisprudência tranquila do STJ.

É evidente a necessidade de se respeitar o princípio da proporcionalidade, de modo a se evitar aumentos abusivos.

Por tais razões, a decisão definitiva violou texto exposto de lei, razão porque se requer a sua reforma a fim de reduzir a pena base ao mínimo legal ou, subsidiariamente, aumentá-la em, no máximo, 1/6 (um sexto).

5. PEDIDOS

Sendo assim, considerando as razões acima deduzidas, requer a Defesa o **conhecimento** e **procedência** da presente revisão criminal, a fim de desconstituir o decreto condenatório, para:

1. **absolver** o revisionando do delito previsto no art. 34, *caput*, da Lei nº 11.343/06 pelo princípio da consunção;

2. fixar a pena-base no patamar mínimo legal ou a redução do *quantum* aplicado, já que reconhecida apenas uma circunstância judicial desfavorável.

Franca, 7 de janeiro de 2022.

Hamilton Neto Funchal
9º Defensor Público de Franca



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Secretaria Judiciária
SJ 5.6 - Serv. de Proces. do 6º Grupo de Câmara de Dir. Criminal
Rua da Glória, 459 - 9º Andar - Liberdade - CEP: 01510-001 - São Paulo/SP

MANDADO DE INTIMAÇÃO

Revisão Criminal Nº 2148778-77.2020.8.26.0000

COMARCA: Ribeirão Preto

Nº ORIGEM: 0005930-53.2011.8.26.0506

VARA/OFÍCIO: 3ª Vara Criminal

PARTES: Peticionário: Pedro Alessandro de Oliveira

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FRANCISCO BRUNO, PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **MANDA** a um dos Oficiais de Justiça desta Secretaria que, em cumprimento deste, **INTIME** pessoalmente o Defensor(a) Público(a), Dr.(a) **Hamilton Neto Funchal**, na Rua Coronel Albino Bairão, nº 160, Belenzinho - São Paulo, ou quem as suas vezes fizer, do v. Acordão proferido nos referidos autos, para interposição de eventual recurso, de acordo com as peças xerocopiadas, que ficam fazendo parte integrante deste mandado.

CUMPRASE, observadas as formalidades legais.

RAFAEL ALVES DE BRITO, Escrevente Técnico Judiciário, expedi.

São Paulo, 23 de novembro de 2022.

Silonia Xavier da Rocha Pane
Supervisor(a) do Serviço de Processamento
da SJ 5.6 - Serv. de Proces. do 6º Grupo de Câmara de Dir. Criminal

RECEBIDO
Setor de Revisão Criminal - DEESP

25 NOV. 2022

Com diligência

Justiça gratuita

Diligência do Juízo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000913617

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2148778-77.2020.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é peticionário PEDRO ALESSANDRO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deferiram parcialmente a revisão criminal para absolver Pedro Alessandro de Oliveira do crime previsto no art. 34, da Lei 11.343/2006, com fundamento no art. 386, III, mantendo-se a condenação pelo crime de tráfico de drogas, reduzindo-se as penas a sete anos de reclusão e 641 dias-multa, no piso legal, mantido o mais. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente), XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI, ALEXANDRE ALMEIDA, RENATO GENZANI FILHO, SÉRGIO MAZINA MARTINS E VICO MAÑAS.

São Paulo, 7 de novembro de 2022.

JOÃO MORENGHI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Revisão Criminal nº 2148778-77.2020.8.26.0000

Comarca de Ribeirão Preto

Peticionário: Pedro Alessandro de Oliveira

Voto nº 50.670

Vistos.

1. Pedro Alessandro de Oliveira, ora peticionário, foi condenado, na 3ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, a dez anos e seis meses reclusão, em regime fechado, e 2.041 dias-multa, no piso legal, por infração ao art. 33, *caput*, e art. 34, ambos da Lei nº 11.343, de 2006.

A r. sentença condenatória foi objeto de apelação a este E. Tribunal de Justiça que, por sua col. 6ª Câmara Criminal, negou provimento.

Agora, pela presente revisão criminal, o peticionário busca a absolvição em relação ao delito de petrechos destinados ao tráfico, porque não se trata de tipo misto alternativo, que deve ser absorvido pelo delito de tráfico de drogas, eis que se trata de mero ato preparatório. Pede, ainda, a redução das penas (fls. 10-30).

O pedido recebeu parecer desfavorável da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 33-38).

É o relatório.

2. Consta da denúncia que:

1. Consta do incluso inquérito policial quem no dia 02 de fevereiro de 2011, por volta das 09h00min, na Rua Fabio Lellis

Valeri, número 505, nesta cidadã e comarca, o denunciado, depois de adquirir e receber de maneira escusa, bem como produzi-la, fabricá-la e prepara-la, guardava e tinha em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar 2.829,03 kg (dois quilogramas, oitocentos e vinte e nove gramas e três miligramas) de “Metil Benzoil Ecgonina” (cocaina, que é substância determinante de dependência física e psíquica (exame toxicológico a fls. 67/68), sendo certo que, para tanto, utilizou-se do referido imóvel, do qual tinha posse e vigilância.

2. Consta também que no mesmo dia, hora e local, o denunciado possuía e guardava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, um liquidificador, uma peneira, uma balança de cozinha, um medidor/instrumento de precisão, quarenta e sete mil cápsulas do tipo “epperdorf” vazias, além de um rolo de plástico de filme (PVC) (laudo pericial a fls. 70/71), maquinários, instrumentos e objetos estes destinados à fabricação, preparação, produção e transformação de drogas, bem como, dois frascos vazios, um de éter e outro de acetona, já utilizados para tal desiderato.

3. Verte-se dos autos que a polícia judiciária, a apurar a prática de tráfico de drogas pelo denunciado, procedeu à realização de diversas campanhas, nas intermediações de sua casa- situada à Rua Luis Quirino Ulian, número 235, bairro Simione, nesta cidade e comarca, local em que constaram movimentação típica de traficância. Lograram, do mesmo modo, aferir que o denunciado frequentemente se dirigia a outro endereço, local dos fatos, onde, com o desencadear das investigações, vislumbrou-se a ocorrência da produção da droga.

No primeiro, sito à Rua Luis Quirino Ulian (fls. 22/23), os policiais civis lograram encontrar, na cozinha do imóvel, mais especificamente no interior de uma gaveta, uma porção de cocaina e outra de crack (fl. 24); três extratos bancários e um comprovante de depósito com significativa movimentação financeira (fls. 20/21); bem como um molho de chaves (fls. 25), o qual, inclusive, lhes possibilitou o acesso ao imóvel da Rua Fabio Lellis Valleri, porquanto se mostrou hábil a abrir suas portas (fls. 26/27).

No interior de um quarto rosa deste imóvel fora encontra a expressiva quantidade de cocaina acima descrita, a qual se quedava em vasilhas plásticas secando, bem como um tijolo do mesmo entorpecente já sob a forma de “crack”. Foram encontradas, ainda, as quarenta e sete mil cápsulas do tipo “epperdorf” vazias, prontas para embalar, bem como os demais objetos, acima especificados, utilizados na fabricação, preparação, produção e transformação da droga (fls. 28/34).

Saliente-se ainda que, num outro quarto da mesma residência, fora encontrada a carteira do denunciado contendo seus documentos de identificação, um talonário de cheques e cartões bancários magnéticos. Além disso, no mesmo recinto foram localizados

cadernos contendo uma contabilidade de venda de drogas e uma multa da transerp, descortinando-se, desta maneira, a posse e vigilância tranquilas que mantinha sobre o local, sobretudo se tais fatos forem aliados ao encontro do molho de chaves desta residência no outro imóvel, também utilizado pelo denunciado.”

Tem-se que a decisão, no tocante ao tráfico, deve ser mantida, pois realmente a materialidade desse crime ficou comprovada pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 67/68, e a autoria é incontestável, bastando ver que o apelante confirmou a prática desse crime quando interrogado em juízo, negando que a droga era de sua propriedade, afirmou que utilizou o imóvel da rua Fábio Lellis Valeri para a preparação de drogas, afirmando que ali “encheu alguns Eppendorfs”, motivo pelo qual foram localizados sua carteira e documentos no local onde estavam armazenadas as drogas.

Aliás, nem mesmo a ilustrada defesa questionou esse aspecto da r. decisão.

Todavia, com relação ao crime previsto no artigo 34 da Lei de Tóxicos, posse de material destinado à preparação de drogas, a r. sentença deve ser revista, uma vez que esse delito deve ser absorvido pelo crime de tráfico, como tem sido decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, podendo ser citado, como paradigma, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS ATO INDIVIDUAL ADEQUAÇÃO.
O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. **CONSUNÇÃO ARTIGO 34 DA LEI Nº 11.343/2006 TRÁFICO DE DROGAS.** O tipo penal previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/2006 é subsidiário em relação ao 33, de modo que a posse ou guarda de instrumentos destinados à fabricação de drogas, uma vez praticadas no mesmo contexto fático do tráfico e com a finalidade de comercialização do entorpecente produzido, constituem atos preparatórios do crime-fim mais grave, razão pela

qual hão de ser por este absorvidas, observado o princípio da consunção (Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 11.02.2020)

Dispõe o art. 34, da Lei nº 11.343/06:

Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Cuida-se, inequivocamente, de delito de natureza subsidiária, absorvido pelo de tráfico, quando os artefatos apreendidos são utilizados, pelo mesmo agente, com o fim de preparar a droga para venda. Aplica-se, pois, o princípio da consunção, segundo o qual o crime-fim absorve o crime-meio.

Nesse sentido, pede-se vênua para transcrever abalizada doutrina a respeito do tema:

Cuida-se de delito subsidiário, ou seja, praticando o agente, no mesmo contexto fático, tráfico de drogas e de maquinários, deve responder apenas por aquele, ficando este absorvido (o que não impede o juiz de considerar essa circunstância na fixação da pena). Nesse sentido:" Embora se trate de condutas previstas em dispositivos legais distintos (arts. 12 - atual art. 33 - e 13 - atual art. 34), comete somente o delito de tráfico o agente que, no mesmo contexto fático, é surpreendido mantendo sob seu poder e guarda tóxico e na posse de maquinismo para manipular entorpecente ("Lei de Drogas Comentada", Luiz Flávio Gomes, Ed. RT, 2ª edição, p. 200).

O crime aqui descrito é formal, não se exigindo, pois, para sua consumação, a ulterior produção ou fabricação ou alteração da droga. Aliás, ocorrendo uma destas hipóteses, estaremos diante do crime descrito no caput do art. 33. É de notar-se, ainda, que neste caso, quando ambas as condutas são praticadas pelo mesmo autor, ficando claro, v.g., que ele adquiriu aparelho para a produção de droga, levando seu intento a cabo, se aplicará o princípio da consunção, segundo o qual, o crime-fim absorverá o crime-meio ("Nova Lei Antidrogas comentada", Isaac Sabbá Guimarães, Ed. Juruá, 2ª edição, pág. 102).

O crime do art. 34 é de natureza subsidiária; disso decorre que, salvo hipótese excepcional, ficará absorvido pelo crime de tráfico. ("Tóxicos - Nova Lei Antidrogas", Renato Marcão, Ed. Saraiva, 4ª edição, pág. 277).

E, no caso dos autos, conforme pode ser visto, os fatos ocorreram num mesmo contexto, pois as drogas e os objetos relacionados à sua preparação ou transformação foram encontrados no mesmo imóvel, sendo possível concluir a utilização dos apetrechos e produtos era para a preparação da droga, que posteriormente seria comercializada.

As penas impostas para o delito de tráfico devem ser mantidas tais como estabelecidas, uma vez que os acréscimos adotados na r. sentença foram bem justificados pela quantidade de entorpecentes e pelos maus antecedentes do peticionário, além de sua reincidência.

Na primeira fase, o acréscimo de 1/5 sobre as penas-base será mantido, porque bem justificado pela quantidade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei de Drogas), totalizando quase 3 kg de cocaína, bem como maus antecedentes.

Na segunda fase, foi bem aplicado o acréscimo em razão da circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), comprovada pela certidão do apenso, motivo pelo qual foi bem aplicada a fração de 1/6. Ficam, assim, as penas em sete anos de reclusão e 641 dias-multa, no piso legal.

Na terceira fase, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não pode ser reconhecida porque o apelante é reincidente e possui maus antecedentes.

Ressalte-se que o impedimento do benefício em razão da reincidência não implica *bis in idem* pois, nesta fase da dosimetria, ela impede a obtenção de uma vantagem, o que é diferente de agravar as penas.

Ausentes outras causas de aumento ou de diminuição, tornam-se as

