



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000173112

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2013621-93.2024.8.26.0000, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é peticionário DIEGO LEONCIO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deferiram o pedido revisional, para mantida a condenação, reduzir a pena de Diego Leoncio dos Santos ao cumprimento de 01 ano, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, e pagamento de 188 dias-multa, na base mínima, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana, por igual período, sem prejuízo da sanção pecuniária acima cominada, dando-o como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, c.c o artigo 44 do Código Penal. Comunique-se o Juízo da Execução para os ajustes necessários. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 5 de março de 2024.

NOGUEIRA NASCIMENTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Revisão Criminal nº 2013621-93.2024.8.26.0000

Processo de origem nº 1500099-36.2018.8.26.0592

Comarca de Osvaldo Cruz

Peticionário: Diego Leoncio dos Santos

Interessado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto nº 2.114

Revisão criminal- Tráfico de 134,8g de cocaína- Quantidade de entorpecente não exorbitante, todavia plausível de acréscimo à pena-base na fração de 1/8, eis que repartida em 195 porções- Agravante genérica da reincidência afastada, eis que apoiada em anotação relativa à mera posse ilegal de substância entorpecente- Artigo 28 da Lei 11.343/06- Posicionamento jurisprudencial pacificado pelo STF- Viabilidade do redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas- Pena reduzida ao cumprimento de 01 ano, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, e pagamento de 188 dias-multa na base mínima, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana, por igual período- Pedido revisional conhecido e deferido.

Vistos.

1. Diego Leoncio dos Santos foi condenado pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Osvaldo Cruz à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa, na base mínima, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06 (fls. 498/517 dos autos principais).

Conforme se extrai dos autos, a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negou provimento ao recurso interposto pelo peticionário e manteve a sentença condenatória nos exatos termos em que foi lançada (fls. 736/768 dos autos principais).

No dia 16 de fevereiro de 2021 foi certificado o trânsito em julgado (fls. 946 dos autos principais).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agora, pela via revisional, pretende o peticionário desconstituir o julgado, alegando, em suma, que a sentença condenatória foi proferida de forma contrária aos autos. Pleiteia, assim, a redução da pena aplicada, afastando a reincidência e concedidos os benefícios do tráfico privilegiado. Alega que a condenação pelo crime de porte de droga para uso pessoal não pode gerar reincidência, por ser medida desproporcional, conforme entendimento do STJ. Além disso, a reincidência também foi utilizada para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo evidente o bis in idem. Requer, ademais, o reconhecimento do direito à indenização, a ser liquidada em momento oportuno, nos termos do art. 63, § 1º, do CPP. Por fim, pede seja, liminarmente, para que aguarde o julgamento desta revisão criminal em liberdade (fls. 01/08).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo não conhecimento da revisão criminal. Subsidiariamente, requer o indeferimento do pedido revisional (fls. 819/824).

É o relatório.

2. Diego Leoncio dos Santos se viu condenado em primeira e segunda instâncias ao cumprimento de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, c.c o artigo 61, I, do Código Penal.

Inconformado com a dosimetria da pena, argumenta que o acréscimo de 1/5 estabelecido na primeira fase, a título da quantidade de droga apreendida com o peticionário, se apresenta desproporcional, devendo ser extirpado, ou, quando muito, reduzido à fração de 1/8. Aponta também erro na valoração da reincidência, que tomou por base nota de fls. 362, que na verdade diz respeito a um processo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relativo a mera posse ilegal de substância entorpecente, com a finalidade de uso próprio, situação esta que hoje nem mais se cogita ser aplicável, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. Destacou, ainda, que afastada a reincidência, nenhum impedimento há para que se reconheça o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, inclusive possibilitando a imposição do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Embora a revisão criminal encontre seus limites nos critérios estabelecidos no artigo 621 do Código de Processo Penal, o que limita substancialmente o alcance de desconstituir a força da coisa julgada, por certo que tal instituto há sempre que merecer um olhar mais abrangente, eis que o erro judiciário acompanha a humanidade, seja hoje, seja no final dos tempos.

É por este motivo, que no mais das vezes é prudente o reexame da prova produzida no processo, ainda que seja a mesma, porém, sob um novo olhar, talvez menos míope, o que permite melhor proximidade do ideal de Justiça.

É este o caso tratado nestes autos:

O peticionário Diego teve sua pena-base elevada na fração de 1/5 sob o argumento de que se viu envolvido na conduta prevista no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06, quando ao lado do amigo e corréu, Caio César Rizzi Bacetto foi buscar uma partida de cocaína com a também corré, Franciele de Oliveira Couto, ocasião na qual acabou por ser detido em flagrante na posse de 195 invólucros contendo cocaína, com peso líquido 134,8g (fls. 29 dos autos principais). Em virtude da “elevada quantidade”, e por se tratar de cocaína, entendeu o Magistrado de primeiro grau, que se apresentava proporcional o aumento de 1/5, à pena-base, o que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

foi mantido, integralmente às fls. 79/80 do acórdão emanado da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Realmente há um descompasso na alegação de que era substancial a quantidade de entorpecente apreendida em poder de Diego e Caio, uma vez que o total das drogas localizadas na posse dos três acusados era, sim, cerca de 400g, porém, Diego se viu absolvido do crime de associação para fins de tráfico e, como tal, não pode ser responsabilizado pelo restante das porções de entorpecente que foram encontradas no interior da residência da acusada Franciele. Sendo assim, o que se tem contra Diego é que ele e Caio receberam, tão somente, 134,8g de cocaína, quantidade esta, que nos dias atuais, se apresenta razoavelmente modesta.

Em virtude de tal ponderação, corretamente realçada pela Defesa, é possível, sim, a redução da fração de aumento para a casa de 1/8, o que representa a pena de 05 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 563 dias-multa, na base mínima.

Na segunda etapa da dosimetria da pena foi mencionada a agravante genérica da reincidência, que segundo a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, teria por apoio a certidão de fls. 362 dos autos principais, como não foi discriminado o processo que serviu de base para tal afirmativa, é de se presumir que se trata do feito nº 0002430-43.2015.8.26.0407, que tramitou perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Osvaldo Cruz, cujo trânsito em julgado ocorreu em 18/10/2016.

Esta anotação, seguramente não autoriza mais o reconhecimento da agravante genérica da reincidência prevista no artigo 61, I, do Código Penal, diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que pacificou tal



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entendimento, aliás, aproveito nesta oportunidade o próprio precedente mencionado pela Defesa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA AO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISIUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. 3. Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência (...) 5. Cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo. 6. O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal. 7. Agravo regimental desprovido- RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 178.512/SP.

Possivelmente, dada a inexistência de apontamento específico quando da fundamentação da sentença de primeiro grau, discriminando o processo em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

questão, que se tratava de uma mera posse ilegal de substância entorpecente, com a finalidade de uso próprio, é que o acórdão que a confirmou passou ao largo deste importante diferencial. Reincidência, todavia, não há a ser considerada em desfavor do peticionário Diego Leoncio dos Santos.

Na terceira etapa e última, realmente se faz possível o reconhecimento da forma privilegiada do crime de tráfico, uma vez que a quantidade de entorpecente apreendida em poder de Diego era de apenas 150,48g, bem como que não se trata de réu reincidente e tampouco possuidor de maus antecedentes ou integrante de organização criminosa, tanto que nenhuma dessas circunstâncias desabonadoras foram mencionadas na sentença de primeiro grau ou no acórdão que confirmou seus fundamentos.

Dessa feita, é de ser aplicado o redutor máximo estabelecido no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, o que se traduz no cumprimento de 01 ano, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, e pagamento de 188 dias-multa na base mínima.

A opção pelo regime aberto decorre do montante da pena e permite, de igual modo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana, por igual período, sem prejuízo da sanção pecuniária acima cominada, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Finalmente, cumpre destacar a excelente qualidade do trabalho profissional desenvolvido pela advogada Dra Júlia Dias de Oliveira, que apresentou a rara virtude de ser ao mesmo tempo objetiva e completa, em todos os aspectos que importavam à apreciação deste pedido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Ante o exposto, defiro o pedido revisional, para mantida a condenação, reduzir a pena de Diego Leoncio dos Santos ao cumprimento de 01 ano, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, e pagamento de 188 dias-multa, na base mínima, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana, por igual período, sem prejuízo da sanção pecuniária acima cominada, dando-o como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, c.c o artigo 44 do Código Penal. Comunique-se o Juízo da Execução para os ajustes necessários.

JOSÉ ROBERTO NOGUEIRA NASCIMENTO
Relator

eco