



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000360277

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 3012718-41.2024.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que é peticionário ERICK RAFAEL DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deferiram parcialmente o pedido revisional para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena corporal na forma exposta. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente), NUEVO CAMPOS, SÉRGIO COELHO, RACHID VAZ DE ALMEIDA, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, SILMAR FERNANDES, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, NELSON FONSECA JÚNIOR E ANTONIO B. MORELLO.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

FRANCISCO BRUNO

Relator

Assinatura Eletrônica

Revisão Criminal nº 3012718-41.2024.8.26.0000 - Andradina

Peticionário: Erick Rafael dos Santos

Relator Des. Francisco Bruno

Voto nº 47.113

Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Pedido fundado em sentença condenatória contrária ao Tema 506 do Rito da Repercussão Geral do Eg. STF. Situação que, embora não prevista literalmente no art. 621 do CPP, deve permitir a superação da coisa julgada. Comprovação de que as droga apreendida na posse do réu se destinava a comercialização, não há que se falar em desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06. Presunção relativa gerada pela pequena quantidade de cannabis sativa, que foi elidida pelos elementos que indicaram o intuito de mercancia. Situação que afasta a aplicação do Tema 506 do Supremo Tribunal Federal, não havendo elementos nos autos que comprovem a situação de porte para uso pessoal. Condenação acertada. Dosimetria penal adequada. Regime aberto adequado à quantidade da pena, assim como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direito. Pedido parcialmente deferido.

O peticionário Erick Rafael dos Santos foi condenado, nos autos do Proc. 0002659-17.2017.8.26.0024, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de um ano, onze meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 388 dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 salário-mínimo e prestação de serviços à comunidade (fls. 146/151, dos autos originais).

O peticionário e o Ministério Público apelaram. Em julgamento realizado em 15 de março de 2018, a Colenda 13.^a Câmara de Direito Criminal desta E. Corte (Eminentes Desembargadores França Carvalho, Cardoso Perpétuo e Augusto de Siqueira), por votação unânime, deu provimento ao recurso ministerial

e parcial provimento ao defensivo para reduzir as penas do peticionário para um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, no piso, bem como afastar a substituição da pena corporal, mantida, no mais, a r. sentença (fls. 226/229, dos autos de origem).

Pretende, agora, sem novas provas, o reexame do processo. Pede, em suma, a absolvição com fundamento no Tema 506 do eg. Supremo Tribunal Federal, pois guardava consigo quantia inferior a 40 gramas de maconha. Diz que as decisões proferidas pelo C. STF sob o rito da Repercussão Geral, com a fixação de teses para aplicação geral em recursos repetitivos, apresentam caráter vinculante a todas as instâncias judiciais. Alega que no ven. Acórdão não houve modulação temporal dos efeitos, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da norma incriminadora reveste-se de efeitos *ex tunc*, devendo alcançar os casos julgados anteriormente à sua publicação. Diz que não há provas que superem a presunção de que a droga se destinava ao consumo pessoal do peticionário.

Pleiteia, assim, a absolvição do peticionário (fls. 1/6).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo não conhecimento do pedido revisional ou, se conhecido, pelo parcial deferimento para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 17/20).

É o relatório.

A revisão criminal tem hipótese de cabimento entre as mais restritas do ordenamento jurídico. A razão é clara: trata-se, é de frisar, de rever a coisa julgada, uma das mais sagradas garantias constitucionais democráticas. Em favor do réu, certo; porém, a democracia não visa apenas ao bem do indivíduo, mas de toda a sociedade. Não é fácil (talvez seja impossível) encontrar o equilíbrio ideal entre o interesse de um e de outra; porém, inegável deve-se buscá-lo, sem exageros de parte a parte.

Assim, já existindo decisão judicial transitada em julgado, evidentemente não vige mais o princípio *in dubio pro reo*. Afinal, não há mais acusado: existe alguém que já foi definitivamente condenado, e busca mostrar ter sido vítima de erro judiciário (friso: **erro judiciário**). É dizer: aqui, é do peticionário o ônus da prova; não do Estado.

Por essa razão, indefiro liminarmente os pedidos que não se enquadrem, de maneira literal, às previsões do art. 621 do Código de Processo Penal. A violação aos enunciados sumulares, a toda evidência, não está enquadrada no dispositivo em comento.

Contudo, as mudanças na legislação processual exigem uma nova abordagem e uma releitura deste entendimento quando se tratar de julgamento contrário às súmulas dos Tribunais Superiores (e demais precedentes explicitados adiante) e desacompanhado de fundamentação ou da demonstração de distinção entre o caso analisado e aquele relativo ao entendimento sumulado (*distinguishing*) ou, ainda, comprovando a superação da tese sumulada (*overruling*).

A valorização dos precedentes tem sido mais notável na seara cível, especialmente com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, mas, antes que se questione, não há motivo para fechar os olhos a estas inovações. Ora, se os precedentes se fazem valer de maneira imperiosa nas relações essencialmente patrimoniais, porque não aplicá-los aos processos criminais, onde o direito em debate – a liberdade – é dos mais sensíveis e indisponíveis? Não há motivo para tal rejeição, ainda mais porque a legislação é una e a distinção em matérias tem motivação puramente didática e de organização judiciária. Inclusive, atento ao *zeitgeist* jurídico, o legislador, na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, aponta como um dos objetivos do diploma “imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.

Dito isso, a doutrina tem alçado a jurisprudência dos Tribunais Superiores à verdadeira fonte do direito – classificação que já gerou intenso debate – equiparada às demais, **inclusive à lei**:

“Diante, principalmente, do prestígio que o direito moderno vem dispensando à força normativa das decisões judiciais, por meio das súmulas vinculantes e do encargo conferido aos tribunais de preencher *in concreto* os conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), cada vez mais utilizados pelo legislador, impossível é recusar à jurisprudência a qualidade de fonte do direito.

Com efeito, se a Constituição já admitia que o Supremo Tribunal Federal extraísse de seus julgados súmulas com força normativa capaz de vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (CF, art. 103-A) e, ainda, que o Código de Processo Civil de 1973 permitia tanto ao Supremo Tribunal Federal como ao Superior Tribunal de Justiça, diante de causas repetitivas, decidir um recurso paradigma com força de prejudicar todos os demais que versassem sobre o mesmo tema (CPC/1973, art. 543-C, § 7º), tornou-se evidente que nosso direito positivo reconhecia aos precedentes judiciais uma força criativa, que lhes atribuía, em boa proporção, o papel de 'importante fonte de direito', sem embargo de nossas tradições romanísticas ligadas à *civil law*.

Registre-se que, além desses casos de precedentes vinculantes ou obrigatórios, havia outros em que a jurisprudência atuava com força obstativa de recursos, permitindo fosse negado seguimento às impugnações manifestadas em contrariedade aos precedentes, sobretudo àqueles emanados dos Tribunais Superiores (CPC/1973, arts. 475, § 3º; 518, § 1º; 544, §§ 3º e 4º; e 557).

Havia, finalmente, os precedentes persuasivos, que, sem obrigar cogentemente os juízes a adotá-los em suas sentenças, atuavam, porém, como expressão de 'solução racional e socialmente adequada' prestigiada pela elevada autoridade do órgão de que promanavam.

O Novo Código de Processo Civil vai muito além e encaminha-se para uma aproximação maior com a *common law*, estendendo o dever de submissão ao precedente, principalmente àquele dos tribunais superiores, como regra geral, sem limitar-se às súmulas qualificadas como vinculantes (art. 926).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. – 59.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018)

Como se vê, a interpretação do papel da jurisprudência não é mera novidade entre jovens processualistas, mas tem a benção de professores tradicionais. Como se não fosse o bastante, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO pontua que “O ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tratado como um típico ordenamento jurídico de *civil law*, em que a jurisprudência não constitui fonte do direito, mas essa é uma afirmação que, dada a evolução experimentada nas últimas décadas, foi gradualmente se tomando insustentável”¹. E acrescenta que:

“A jurisprudência deixou portanto de exercer mera *influência* no espírito dos aplicadores da lei e passou a integrar o conjunto normativo a ser considerado

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel et al. *Teoria geral do novo processo civil* – 1.ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. Pag. 42

nos julgamentos. Em reforço a esse entendimento, o art. 489, § 1º, inc. VI, do novo Código de Processo Civil dispõe que 'não se considera fundamentada qualquer decisão judicial' que 'deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento' (infra, n. 37) e o art. 988 oferece a reclamação como meio destinado a garantir a observância de algumas das decisões vinculantes indicadas no art. 927 (infra, n. 171).” (DINAMARCO, Cândido Rangel et al. *Teoria geral do novo processo civil* – 1.ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. Pag. 43)

A nova disposição acerca dos precedentes em geral e, no particular, do E. STJ, orienta o entendimento dos Ministros de todas as Cortes. O saudoso Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, quando no STJ, sinalizou que aderiria à posição ao parafrasear o grande Ministro Moreira Alves²:

“contraria-se a lei federal não apenas negando sua vigência, mas também dando a ela interpretação menos exata, assim considerada a que for contrária a orientação do STJ. Se não for admitido que o STJ exerça o controle da interpretação que as instâncias ordinárias deram à lei federal, afastando as interpretações diferentes da sua (embora razoáveis), deixará o Superior Tribunal de Justiça de ser o intérprete institucional da lei e, consequentemente, o guardião da sua observância.” (Destaquei)

Assim, fica bem estabelecido que a interpretação contrária à Súmula do E. STF, – ou do E. STJ se o caso – equipara-se, para fins do art. 621, inciso I, primeira parte, do Código de Processo Penal, ao julgamento contrário à lei.

O E. STJ tem manifestado entendimento claudicante quanto à proteção dos enunciados de súmula, já tendo decidido que “A Reclamação dirigida ao STJ não se presta a proteger o jurisdicionado de decisões judiciais que não tenham seguido o posicionamento majoritário da jurisprudência desta Corte ou tese posta em enunciado de súmula deste Tribunal.” (AgRg nos EDcl na Rcl

² ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação rescisória: a súmula n. 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. In Superior Tribunal de Justiça - Doutrina - Edição Comemorativa - 20 anos, Brasília, 2009. <
<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional////index.php/dout20anos/article/view/3381/3779>> Data de acesso: 02/10/2019

35.887/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3.^a S., j. 13/06/2018)³.

Contudo, quando se trata de matéria criminal a Corte Superior concede ordem de ofício em *habeas corpus* – mesmo depois de não o conhecer – quando a decisão é contrária às súmulas.

É sob essas premissas – equiparação dos precedentes às fontes e, nestas, à lei para fins de cabimento da revisão criminal, e possibilidade de reversão da coisa julgada quando em franca divergência com entendimento sumulado – que se analisa o presente pedido.

Fixados os parâmetros, passa-se à análise do pedido revisional que, no entanto, deve ser indeferido.

A condenação do peticionário pelo delito de tráfico de drogas era mesmo de rigor.

A materialidade delitiva e a autoria restaram seguramente comprovadas.

O peticionário, silente na delegacia, em Juízo negou o crime, dizendo-se usuário de drogas. Disse que a droga apreendida era para o seu consumo pessoal, ressaltando ser usuário de entorpecente desde os 12 anos de idade.

Os policiais ouvidos em juízo prestaram depoimentos harmônicos e despidos de qualquer parcialidade. Afirmaram que estavam em patrulhamento quando visualizaram o peticionário, em frente à sua residência. Afirmaram que, ao notar a aproximação dos policiais, o revisionando empreendeu fuga, momento em que descartou uma porção de maconha. Durante a abordagem e posterior busca domiciliar, foram localizados os entorpecentes apreendidos, além de uma agenda com anotações de nomes e valores. Declararam, ainda, que o peticionário admitiu

³ Na linha do que se disse até aqui, parece-me entendimento divorciado da literalidade do art. 105, inciso I, alínea "f", da CF/88, a despeito da redação do art. 988 do CPC. SARLET et al observam que "(...) é pouco mais do que evidente que não são apenas os precedentes firmados em recursos extraordinário e especial repetitivos que podem obrigar os juízes e tribunais, mas os devidamente elaborados em qualquer recurso extraordinário e especial. O equívoco é tão perceptível que outorga maior valor à existência de múltiplos casos idênticos do que à 'repercussão geral'."

informalmente que as drogas apreendidas eram destinadas ao tráfico.

Ademais disso, conforme se verifica dos autos, além da droga, também foi apreendido um caderno de anotações com notas típicas de tráfico (fls. 26/28 e 116/118 dos autos principais).

A despeito da pequena quantidade de entorpecente apreendido, as circunstâncias que envolveram o delito evidenciam, extreme de dúvidas, a prática da mercancia ilícita pelo peticionário.

Como se vê, a condenação pelo delito de tráfico de drogas era mesmo de rigor não sendo aplicável o Tema nº 506 do STF.

Observe-se o que foi estabelecido no âmbito do STF: "1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo

para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário". (trecho da Ata de decisão de Julgamento T. Pleno STF - dia 26.06.2024, g.m.)

O precedente invocado pela Defesa é expresso ao delimitar que será presumidamente usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa*.

No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal cuidou de esclarecer que a presunção mencionada possui caráter relativo e poderá ser elidida quando existirem elementos que indiquem o intuito de mercancia.

Na espécie, não obstante a quantidade de droga apreendida, as circunstâncias da prisão em flagrante, aliada à apreensão de um caderno de anotações com notas típicas de contabilidade do tráfico, não deixam dúvidas de que não se destinava a consumo próprio.

O objetivo do Supremo Tribunal Federal, portanto, não foi descriminalizar a conduta daquele que, em qualquer caso, adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo quantidade até 40g de maconha, pois o exercício do comércio ilegal de drogas segue sendo crime e a sua prática, desde que efetivamente comprovada, permanece sendo formal e materialmente típica,

recaindo sobre ela as penas do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Dessa forma, incabível a desclassificação para o crime previsto no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 e a consequente absolvição pretendida.

Ademais, as alegações defensivas vieram desacompanhadas de qualquer elemento de prova não merecendo, pois, qualquer crédito. É cediço que em sede de revisão criminal, ocorre a inversão do ônus probatório, competindo à Defesa fazer a prova do sustentado. Com efeito, a dúvida, ainda que surgida - o que não é o caso dos autos, não se mostra hábil à desconstituição da coisa julgada.

No que concerne à dosimetria das penas aplicadas, também, não apresenta qualquer ilegalidade. A pena-base partiu do mínimo e, ausentes impactos na segunda fase, na derradeira etapa, foi reduzida em 2/3, estabilizando-se em um ano e oito meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no piso.

O regime deve ser o aberto. De início, o pleno do E. STF decidiu que "O chamado tráfico privilegiado, previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) não deve ser considerado crime de natureza hedionda." (HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016). Assim, afastada a hediondez, o tráfico dito privilegiado comporta livre fixação de regime, inclusive o mais brando.

O peticionário é primário, de modo que fica substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade e uma de multa no importe de 10 dias-multa mínimos, além da multa já aplicada.

Pelo exposto, meu voto **defere** parcialmente o pedido revisional para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena corporal na forma acima.

FRANCISCO BRUNO
Relator