



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000364961**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2047509-19.2025.8.26.0000, da Comarca de Cardoso, em que é peticionário WILSON SOARES DOS SANTOS JUNIOR.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deferiram o pedido revisional para afastar os maus antecedentes do peticionário Wilson Soares Santos Junior e reduzir as penas dele a seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa, no piso mínimo, mantida, no mais, a douta decisão revidenda, comunicando-se ao Juízo da execução. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, ROBERTO SOLIMENE, ALBERTO ANDERSON FILHO, ANA ZOMER, LAERTE MARRONE E FLAVIO FENOGLIO.

São Paulo, 13 de abril de 2025.

**MÁRIO DEVIENNE FERRAZ**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Revisão Criminal nº 2047509-19.2025.8.26.0000.**

**Comarca de Cardoso.**

**Peticionário: Wilson Soares Santos Junior.**

**Voto nº 50.074.**

**EMENTA:** DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO. I. **Caso em Exame** 1. Wilson Soares Santos Junior busca desclassificação para porte de entorpecente para consumo pessoal e mitigação das penas. O acórdão revidendo o condenou por tráfico de drogas, com pena de reclusão e multa. II. **Questão em Discussão** 2. A questão em discussão consiste em avaliar se a decisão contrariou a prova dos autos ou se houve ilegalidade na dosimetria das penas. III. **Razões de Decidir** 3. A materialidade delitiva e autoria foram comprovadas por depoimentos e laudos toxicológicos. A versão do peticionário foi considerada inverossímil. 4. A jurisprudência indica que condenação por porte de entorpecente para consumo não configura maus antecedentes. IV. **Dispositivo e Tese** 5. Pedido revisional deferido para afastar maus antecedentes e reduzir penas para seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa. Mantida a decisão quanto ao regime prisional fechado. Tese de julgamento: 1. A condenação por porte de entorpecente para consumo não configura maus antecedentes. 2. A revisão criminal não pode ser utilizada como segunda apelação. **Legislação Citada:** Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º; Código Penal, art. 61, I. **Jurisprudência Citada:** STF, HC nº 74.608-0, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.02.97; AgRg no AREsp nº 1.828.934/SE, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 26.10.2021, DJe 03.11.2021; STF, HC nº 114.164, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavaschi, j. 03.11.2015; STJ, AgRg no AREsp nº 1846669/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 01.06.2021, DJe 07.06.2021; STJ, AgRg no AREsp 2359506/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 26.08.2024, DJe 30.08.2024; Ministro André Mendonça, voto proferido nos autos de Revisão Criminal nº 5.500/Mato Grosso, STF, Sessão Virtual de 13 a 20.09.2024, redator Min. Flávio Dino; REsp nº 1672654, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.08.2018, DJe 30.08.2018; AgRg no HC nº 382880, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.11.2019, DJe 19.11.2019; AgRg no HC 539720/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.02.2020, DJe 02.03.2020; HC nº 120.994/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.04.2014, DJe 16.05.2014; AgRg no RHC nº 141044, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 19.11.2018, DJe 26.11.2018; HC nº 430.716, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.06.2018, DJe 29.06.2018; AgRg no REsp nº 1985637, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 14.11.2022, DJe 17.11.2022; AgRg no AREsp n. 2.030.440/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 02.08.2022, DJe 08.08.2022.

1. Perante o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Cardoso, os réus Jessica Aparecida Fernandes e Wilson Soares Santos Júnior foram denunciados como incurso nos artigos 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006, porque na Rua Roger Lucas Silva de Souza, altura do nº 1.173, naquela cidade, agindo em concurso e com unidade de desígnios, traziam consigo, para entrega a consumo ou fornecimento a terceiros, três microtubos plásticos com cocaína, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, com peso de 2,16g, sem autorização e em desacordo com determinação legal (fls. 40/43 do processo-crime).

Ao término da instrução, a ação penal foi julgada parcialmente procedente e os réus condenados por infração ao disposto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, Jessica à pena de advertência sobre os efeitos das drogas e Wilson ao cumprimento de dois meses de prestação de serviços à comunidade (fls. 276/280 do processo-crime).

Inconformado, o Ministério Público apelou e a colenda Terceira Câmara de Direito Criminal desta egrégia Corte, por votação unânime, deu provimento ao recurso para condenar “*JESSICA APARECIDA FERNANDES, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por 02 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo e, prestação pecuniária de 01 (um) salário-mínimo, a serem regulamentas pelo Juízo das Execuções Criminais; e, 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; e, WILSON SOARES SANTOS JÚNIOR, ambos qualificados nos autos, às penas de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias reclusão, em regime fechado e, 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, c.c. art. 61, I do Código Penal; multas no valor*

*diário mínimo, mantendo, no mais, a r. sentença apelada por seus próprios fundamentos” (fls. 323/334 do processo-crime).*

Agora, pela via revisional, o peticionário Wilson Soares Santos Junior busca a desclassificação para o delito de porte de entorpecente para consumo pessoal, subsidiariamente pretendendo a mitigação das penas e do regime prisional, bem como a gratuidade de justiça.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento ou, caso conhecido, pelo indeferimento do pedido revisional.

É a síntese do necessário.

**2.** Conhece-se do pedido e nesse exame cabe desde logo observar que o venerando acórdão examinou de forma minuciosa os elementos de convicção reunidos nos autos e acertadamente concluiu pela responsabilidade penal do peticionário pelo crime previsto no artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006.

De fato, a materialidade delitiva está provada pelos autos de exibição e apreensão, autos de constatação provisória e pelo laudo de exame químico toxicológico, atestando se tratar de cocaína o material analisado, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica (fls. 6, 12/14 e 15/17 do processo-crime).

A autoria atribuída ao peticionário e à corré

Jéssica também se revelou induvidosa, em função do que se apurou nos autos e foi minuciosamente analisado na sentença e em grau de apelação.

Sempre que interrogado, o peticionário Wilson negou a autoria do crime pelo qual foi condenado, sustentando no inquérito policial que *“Mantém um relacionamento amoroso com Jessica Aparecida Fernandes por aproximadamente dois meses. Que, em eventuais finais de semana ficam juntos na praça do bairro de sua residência. Que, na data dos fatos estavam sentados na praça conversando, momento em que os policiais militares Garcia e Tavares se aproximaram e realizaram a abordagem no declarante, sendo que realizaram vistoria pessoal e nada de ilícito foi encontrado em seu poder. Que, os policiais indagaram Jessica se esta estaria portando drogas, sendo que a mesma retirou do bolso três tubos de cocaína e aproximadamente R\$ 250,00 em notas diversas. Após isso, os policiais conduziram Jessica até o plantão policial da cidade de Votuporanga para lavrarem o boletim de ocorrência e o declarante permaneceu no mesmo local. Que, naquela data o declarante não sabia que Jessica estava portando drogas, todavia, tem o conhecimento de que ela é usuária de drogas, mais precisamente cocaína. Que, depois desse ocorrido nunca mais viu Jessica na posse de entorpecentes. Informa que as informações dadas por Jessica e pelos policiais não procede, tendo em vista que o declarante não comercializa drogas, tampouco na praça localizada perto de sua residência; que nunca escondeu drogas naquele local, porém, faz uso de maconha e ocasionalmente de cocaína, não querendo informar a origem das drogas”*. Em Juízo, como consta de seu interrogatório, transcrito na sentença, *“negou os fatos, dizendo que Jessica trabalhava como diarista no Foz do Marinho e comprou drogas como numerário recebido naquela sexta feira. Até o momento, não sabia que Jessica estava com o entorpecente. Disse que estava morando com Jéssica há um mês, sendo certo que ela era usuária de drogas, não sabendo de seu paradeiro. Afirmou que é usuário e que a droga se destinava ao*

consumo de ambos” (fls. 9 e 277/278 do processo-crime e registro digital).

Todavia, a pueril versão exculpatória do peticionário se revelou inverossímil e ficou isolada nos autos, tendo sido desmentida pelo restante do conjunto probatório.

A corré Jessica afirmou no auto de prisão em flagrante que *“Encontra-se residindo na cidade de Cardoso há cerca de seis meses. Antes, morava em Araraquara. Não possui antecedentes criminais, sequer faz parte de alguma organização criminosa. Não faz uso de nenhum tipo de drogas, sequer álcool. Há dois meses está paquerando o WILSON JUNIOR, que é conhecido por JUNINHO DA MARLENE. Por diversas vezes a declarante esteve com WILSON em uma pracinha que fica há cerca de dez metros da residência que estão dividindo o mesmo teto nesse período em que estão namorando. Em todas as vezes ele leva drogas para serem comercializadas naquela praça, sendo que parte fica dentro de seu bolso e o restante ele esconde em pontos estratégicos da praça que a declarante não tem conhecimento. Apesar de visualizar tal prática por parte do namorado, nunca participou da venda de drogas, tampouco recebimento de dinheiro provindo do tráfico que ele pratica. Ele não trabalha e a declarante é quem paga o aluguel e demais contas da casa. Na data de hoje, durante a noite, novamente foram para aquela praça, no entanto, a declarante não viu WILSON levando drogas, mesmo porque ele não a deixa ver porque não compactua com tal conduta. Estavam sentados, quando inesperadamente ele se aproximou e pediu insistentemente para que a declarante escondesse uns pequenos pinos com pó branco dentro e uma quantia em dinheiro. Segundo ele, era porque estava assustado com policiais militares. Assim que colocou os objetos no bolso, foram abordados. Ao ser questionada, a declarante retirou rapidamente do bolso e entregou aos policiais aquilo que WILSON a mandou guardar, desconhecendo o que de fato seria. Não confirmou aos policiais que poderia ser droga do namorado porque ficou*

*temerosa de sofrer retaliações por parte dele. Quando estava sendo conduzida, acabou confidenciando todo o ocorrido. Quer deixar claro que nunca vendeu drogas a mando de WILSON, tampouco sabe sobre suas atividades ilegais. Acredita que ele deixa as drogas em outros locais que não na sua casa".* Em Juízo, por ter deixado de comunicar a sua mudança de endereço, não foi interrogada e acabou tendo sua revelia decretada (fls. 8 e 242 do processo-crime e registro digital).

Nos aspectos relevantes, o policial militar Ricardo esclareceu em Juízo, como consta de seu depoimento, transcrito na sentença, *"que recebeu uma denúncia via 190 dando conta de que o réu estava traficando em uma praça e que a droga ficava com a amásia dele de nome Jéssica. No local, Jéssica foi abordada e esvaziou os bolsos, havendo a localização de 3 pinos, além de R\$ 250,00 em espécie. Jéssica foi conduzida até a Central de Flagrantes e, no trajeto, disse que a droga não lhe pertencia e sim ao seu companheiro Wilson e se destinava ao comércio. Wilson é conhecido dos meios policiais pela prática de tráfico de drogas, mas no dia nada de ilícito com ele foi encontrado. Jéssica não é conhecida dos meios policiais"* (fls. 10 e 278 do processo-crime e registro digital).

Por seu turno, o policial militar Raul relatou em Juízo *"que recebeu uma denúncia dando conta de que uma mulher estaria fazendo tráfico na praça. No local, havia cinco ou seis indivíduos. Jessica, de imediato, retirou 3 pinos de eppendorf aparentando ser cocaína. Contudo, a denúncia dizia que a droga seria de Wilson e que Jessica apenas segurava a droga para este. Wilson disse que a droga não lhe pertencia. Jessica disse que a droga era do réu e que ela segurava o entorpecente para a polícia não suspeitar, o que foi confirmado na fase policial. Relatou que o réu é conhecido dos meios policiais por tráfico de drogas. A denúncia indicava que Wilson estava traficando, sendo que a droga permaneceria com Jessica. Não presenciou a prática de atos de venda. Wilson não foi conduzido à*

*Delegacia, pois com ele nada foi localizado”* como consta de seu depoimento, transcrito na sentença (fls. 11, 278/279 do processo-crime e registro digital).

No caso vertente, inexistente motivo para se repudiar a firme e segura palavra dos policiais inquiridos, pois nada de concreto se demonstrou que pudesse tisonar de parcialidade o depoimento deles, prestado sob o compromisso legal, não sendo crível fossem levianamente imputar um crime de tal gravidade a inocentes, sem motivo plausível para tanto, ainda mais desnecessariamente se valendo de certa quantidade de entorpecentes, pois nenhum proveito isso lhe traria.

A propósito, cabe lembrar prevalecer a presunção de que os agentes públicos agem no cumprimento do dever e nos limites da legalidade, merecendo prestígio a palavra deles quando, como no caso, noticiam em Juízo suas atividades no combate e repressão à criminalidade, nenhuma prova se tendo feito da alegada arbitrariedade e injusta incriminação por parte dos policiais responsáveis pela diligência, de modo que essa prova, que ainda encontrou apoio na narrativa da *corrê* na fase inquisitiva, era suficiente para justificar o acolhimento da acusação.

O colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu que *“o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular*



*na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.” (HC nº 74.608-0, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18.02.97, D.O.U. de 11.04.97, p. 12.189).*

Como já assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça sobre esse tema, “*Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes” (AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021).*” (AgRg no AREsp nº 1.828.934/SE, 5ª Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26.10.2021, DJe de 03.11.2021).

Demais disso, as circunstâncias da prisão, decorrente de bem-sucedida diligência policial que se iniciou a partir de denúncias indicando que o peticionário estaria traficando naquela localidade, tendo os policiais para lá se dirigido e abordado ele e a corré Jessica, sendo com esta apreendidas as drogas e determinada quantia em dinheiro em espécie, que ela escondia por ordem do peticionário, como afirmou em narrativa insuspeita, aliadas à forma de acondicionamento dos entorpecentes, em porções para pronta entrega ao consumo de terceiros, não deixaram dúvida alguma quanto a se destinarem os estupefacientes ao insidioso comércio.

Importa ressaltar que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza permanente, que se consuma com a simples posse da droga pelo agente para fim de

entrega a terceiro sendo, portanto, desnecessário que seja ele flagrado vendendo o tóxico. A propósito, sobre o tema este Tribunal já decidiu que *“Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio artigo 37 da Lei Antitóxicos dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.”* (RT 584/347. Nesse mesmo sentido: RT 714/357, RJTJSP 63/316, 70/371 e 97/512).

No mais, ainda que o peticionário seja também usuários de entorpecentes, nada impedia pudesse ele exercer o comércio ilícito de tóxicos, fato nada incomum no meio criminoso, até como forma de sustentar o vício.

De mais a mais, a despeito da reiterada negativa de autoria do peticionário, emergiu indubitosa a prática do crime de tráfico de drogas por parte dele, pois como bem observado no acórdão revidendo, *“Em que pese JESSICA ter sido ouvida apenas na fase inquisitiva, o relato dado por ela, corrobora com a delação anônima recebida, no sentido de que a droga seria de WILSON e que ela guardava para evitar suspeitas. Ainda, importa frisar que foi também encontrado com JESSICA R\$ 250,00 em dinheiro, que alegou ser de WILSON, relativo a venda de droga. Já WILSON, afirmou que referido valor seria recebimentos de diárias de JESSICA. Por certo, se tal valor fosse proveniente de trabalho lícito, JESSICA teria relatado em seu depoimento a origem lícita, afinal sem sentido correr o risco de perder valor considerável, diante de sua modesta situação econômica, que teria alcançado na labuta, com seu suor. Ele não foi realmente sincero. No caso, com a devida vênia, não há motivos para se duvidar das palavras dos policiais militares. Frise-se, por oportuno, que para*

*configuração do crime de tráfico de drogas, não se faz necessário que o infrator seja surpreendido no ato de mercancia, visto tratar-se de crime de perigo abstrato. A propósito: "... Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização ..." (RT 714/357). "... Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido ..." (RT 729/542). Assim, diante da coerência e credibilidade dos testemunhos dos policiais militares e da própria JESSICA, somadas ao contexto fático (delações apontando o envolvimento de ambos com o tráfico de drogas), claro está que se dedicavam à traficância, não havendo que se falar em desclassificação. Diante desse quadro, com a devida vênia a r. sentença apelada vejo que a responsabilidade criminal dos Apelados pelos pelo crime de tráfico de drogas, tratado nestes autos, restou suficientemente comprovada, não havendo razão para se manter o édito desclassificatório" (fls. 329/330 do processo-crime).*

Aliás, tanto o colendo Pretório Excelso, como o egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmaram jurisprudência no sentido de que a revisão criminal não pode ser adotada como se fosse uma segunda apelação. O eventual acolhimento da ação revisional se reveste de excepcionalidade e se vincula às hipóteses em que a contrariedade à evidência dos autos ou ao texto expresso de lei se revela clara, patente e indubitosa, dispensando a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas no processo (**STF, HC nº 114.164, 2ª Turma, Relator Ministro Teori Zavaschi, julgado em 03.11.2015: STJ, AgRg no AREsp nº 1846669/SP, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 01.06.2021, DJe de 07.06.2021**), mormente quando não se traz prova nova que justifique a alteração do decidido, mesmo porque, "a

*revisão criminal não pode ser utilizada como se apelação (ou recurso especial) fosse, para rediscutir, minuciosamente e à luz dos mesmos elementos probatórios, as circunstâncias que já foram valoradas no processo originário.” (STJ, AgRg no AREsp 2359506/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado e 26.08.2024, DJe de 30.08.2024).*

Como deixou anotado o eminente Ministro André Mendonça seu percuente voto proferido nos autos de Revisão Criminal nº 5.500/Mato Grosso, julgada improcedente, por maioria, pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual de 13 a 20.09.2024, redator para o acórdão o ilustre Ministro Flávio Dino, “(...) **9. Há que se enaltecer a natureza efetivamente excepcional da revisão criminal, a qual não se presta, e não pode se prestar, à rediscussão de inconformismos da parte, à reabertura de debates já travados na ação penal. Não serve para uma nova avaliação do decreto condenatório, e não é, nos dizeres do saudoso Ministro Teori Zavascki, “instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória” (RvC 5.437/RO, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 18.03.2015). 10. Em sede de revisão criminal “não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor” (HC 114164, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 03.11.2015). 11. Como bem observado pelo e. Ministro Roberto Barroso no julgamento da RvC 5475, “se não estabelecermos limites razoáveis para a revisão criminal, em um sistema com a quantidade de recursos que temos; se depois do trânsito em julgado, nós ainda abrirmos a oportunidade para recomeçar tudo de novo, sem interpretar, da forma própria, os requisitos do art. 621 do Código do Processo Penal, tornaremos o sistema processual penal brasileiro um túnel sem fim, e ele quase o é, sem a revisão criminal” (RvC 5475, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, DJe 15.4.2020).(...).”**

Portanto, a condenação do peticionário se fez com base em prova suficiente a respaldá-la, de modo que não se pode afirmar que ela teria sido proferida contra a evidência dos autos, revelando-se impossível a pretendida absolvição ou a desclassificação para o delito de porte de drogas para consumo pessoal.

Quanto à dosimetria, a pena-base de Wilson foi fixada em um sexto acima do menor patamar legal para a espécie, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo, considerando “*seus maus antecedentes (Processo Crime nº 1500049-39.2021.8.26.0128 - fls. 265/266)*” (fls. 332/333 do processo-crime).

Porém, a condenação do peticionário por porte ilegal de entorpecente para consumo pessoal não é apta à caracterização de mau antecedente criminal.

Nesse aspecto, a jurisprudência já firmada no colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade, a condenação anterior pelo delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não configura maus antecedentes e nem gera reincidência, como se extrai dos seguintes julgados: “*RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio,*

*previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. 5. Recurso improvido." (REsp nº 1672654, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21.08.2018, DJe de 30.08.2018) e "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO AGRAVADA QUE REDUZIU A PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, AFASTOU A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E APLICOU O REDUTOR EM SUA*

*FRAÇÃO MÁXIMA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO, MAS DESPROPORCIONAL NA HIPÓTESE DOS AUTOS. ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGAS. ANTECEDENTES, REINCIDÊNCIA E AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO COM BASE EM DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES POR USO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO. AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES, DA REINCIDÊNCIA E DO FUNDAMENTO UTILIZADO PARA NÃO APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO” (AgRg no HC nº 382880, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 07.11.2019, DJe de 19.11.2019). No mesmo sentido: AgRg no HC 539720/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18.02.2020, DJe de 02.03.2020).*

Sendo assim, a pena-base para o réu Wilson agora deve retroagir ao menor patamar legal para a espécie, ou seja, a cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso mínimo.

Na segunda etapa do cálculo, foi aplicado o acréscimo de um terço em decorrência da dupla reincidência do peticionário, sendo uma delas específica (*autos nº 0000117-67.2017.8.26.0560 e autos nº 0001926-30.2017.8.26.0128, fls. 261/264 do processo-crime*). Contudo, embora bem reconhecida no acórdão revidendo a agravante da dupla reincidência, cabe alterar a fração de aumento aplicada para um quinto, usual na espécie e suficiente para a justa reprovação da conduta, de modo que as penas atingem agora o patamar definitivo de seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa, no piso mínimo.



Cuidando-se de peticionário reincidente, era de fato inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, por expressa disposição legal, e pela mesma razão e em face do montante da sanção carcerária imposta, não era possível a imposição de sanções alternativas e o regime prisional inicial fechado era o único cabível na espécie, tal como fixado no acórdão revidendo.

Nesse ponto, cabe salientar ser possível a consideração da reincidência do peticionário na fixação das penas, para fundamentar a negativa de aplicação do redutor previsto na Lei Antitóxicos e para estabelecer o regime prisional mais gravoso, não resultando “*bis in idem*” ou ofensa ao princípio da proporcionalidade, posto cuidarem de efeitos distintos, que decorrem do reconhecimento da agravante em tela e expressamente previstos na legislação penal.

Sobre a matéria, já decidiu o Pretório Excelso que “*a utilização da reincidência para aumentar a pena-base e, também, para impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso não configura bis in idem.*” (**HC nº 120.994/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 29.04.2014, DJe de 16.05.2014**) e “*Não configura bis in idem a valoração da reincidência tanto na 2ª fase da dosimetria da pena como para afastar a incidência da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos (3ª fase).*” (**AgRg no RHC nº 141044, 1ª Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 19.11.2018, DJe de 26.11.2018**).

No mesmo sentido o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça: “*A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código*



*Penal. Assim, inexistente bis in idem quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da pena e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.” (HC nº 430.716, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.06.2018, DJe de 29.06.2018) e “De acordo com a jurisprudência desta Corte, ‘A utilização da agravante da reincidência para majorar a pena e afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não caracteriza bis in idem’ (AgRg no AREsp n. 1.637.754/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 25/5/2020).” (AgRg no REsp nº 1985637, 5ª Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 14.11.2022, DJe de 17.11.2022).*

Por fim, quanto à almejada gratuidade da justiça, alinho-me ao que tem sido decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, porquanto possível que ocorra alteração na situação econômica do peticionário entre a data da condenação e a da execução do julgado condenatório, como se colhe do julgado assim ementado: “(...). Quanto ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, ‘de acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução (...)’ (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2016).”. 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp n. 2.030.440/PR, 5ª Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022), de modo que esse pleito deverá ser dirigido ao juízo da execução penal.

Portanto, apenas para o fim exposto é de rigor o deferimento parcial do pedido revisional.

3. Destarte, pelo meu voto, **defere-se o pedido revisional para afastar os maus antecedentes do peticionário Wilson Soares Santos Junior e reduzir as penas dele a seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa, no piso mínimo, mantida, no mais, a douta decisão revidenda, comunicando-se ao Juízo da execução.**

**MÁRIO DEVIENNE FERRAZ**

**- Relator -**