



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000375417

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2061657-35.2025.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é peticionário RODRIGO SANTOS DE OLIVEIRA VIEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **julgaram improcedente a Revisão Criminal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), IVANA DAVID, KLAUS MAROUELLI ARROYO, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, FERNANDO SIMÃO, FREITAS FILHO, JUSCELINO BATISTA E LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Revisão Criminal nº 2061657-35.2025.8.26.0000

Peticionário: Rodrigo Santos de Oliveira Vieira

Origem: 2ª Vara Criminal de Itapetininga

Voto nº 39079

DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. I. Caso em Exame 1. O peticionário foi condenado a 6 anos de reclusão e 600 dias-multa por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. A revisão criminal busca anular provas de busca pessoal sem fundada suspeita, absolvição por falta de provas ou desclassificação para uso próprio, além de redução da fração pela reincidência. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a nulidade das provas decorrentes da busca pessoal sem fundada suspeita e (ii) a possibilidade de desclassificação do delito para uso próprio. III. Razões de Decidir 3. A busca pessoal foi justificada por fundada suspeita, conforme depoimentos dos policiais e entendimento do STF. 4. A materialidade e autoria do crime foram comprovadas por laudo toxicológico e depoimentos, não havendo provas suficientes para desclassificação para uso próprio. IV. Dispositivo e Tese 5. Pedido revisional julgado improcedente. Tese de julgamento: 1. A busca pessoal é válida quando há fundada suspeita. 2. A condenação por tráfico de drogas é mantida quando há provas suficientes de traficância. Legislação Citada: Código de Processo Penal, art. 621, I; Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, e art. 28; Código de Processo Penal, art. 156, art. 155, art. 202, art. 206, art. 207. Jurisprudência Citada: STF, Agravo Regimental no Habeas Corpus, tráfico de drogas, abordagem e busca pessoal; STJ, Recurso Especial, art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, dolo específico.

Ingressa o peticionário com a presente revisão criminal contra decisão que transitou em julgado, amparada no artigo 621 do Código de Processo Penal, narrando que foi condenado às penas de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

A procuração que comprova que o i. Advogado recebeu poderes de representação do peticionário para ajuizamento da presente ação revisional encontra-se acostado em folhas 19.

A r. sentença¹ proferida em 1º de novembro de 2018 foi mantida pelo v. acórdão da egrégia 9ª Câmara de Direito Criminal², quando do julgamento do recurso de Apelação nº 0000646-53.2017.8.26.0571, que sob a Relatoria do i. Desembargador Carlos Eduardo Andrade Sampaio, negou provimento ao recurso do peticionário.

Afirma o peticionário, em apertada síntese, a nulidade das provas decorrentes da busca pessoal sem fundada suspeita. No mérito busca absolvição por falta de provas e, alternativamente, a desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e a fixação da fração de 1/6 na segunda fase da dosimetria penal.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou³ pelo indeferimento da revisional.

É o relatório

A presente ação tem por objetivo desconstituir a coisa julgada e reanalisar a questão, de modo que por ser a coisa julgada um dogma emanado da segurança jurídica, apenas pode ser rescindida em situações excepcionais, quando de fato a decisão apresenta contrariedade à prova dos autos, sob pena de se vulnerar por demais a segurança trazida pela coisa julgada.

É esta a lição que se extrai da doutrina de RENATO BRASILEIRO DE LIMA: *“A expressão “evidência” deve ser compreendida como a verdade manifesta. Portanto, só se pode falar em sentença contrária à evidência dos autos quando esta não se apoia em nenhuma prova produzida no curso do processo, nem tampouco, subsidiariamente, em elementos informativos produzidos no curso da fase investigativa. Essa contrariedade pode se referir tanto à autoria do fato delituoso, quanto ao crime em*

¹ Folhas 266.

² Folhas 315.

³ Folhas 549.

si, ou, ainda, a circunstâncias que determinem a exclusão do crime, isenção ou diminuição da pena. Portanto, a mera fragilidade ou precariedade do conjunto probatório que levou à prolação de sentença condenatória não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. De fato, quando o artigo 621, I do Código de Processo Penal se refere à decisão contrária a evidência dos autos, exige a demonstração de que a condenação não tenha se fundado em uma única prova sequer. A expressão contra a evidência dos autos não autoriza, portanto, o ajuizamento de revisão criminal para se pleitear absolvição por insuficiência ou precariedade da prova”⁴.

No mesmo sentido ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *“Para ser admissível a revisão criminal, torna-se indispensável que a decisão condenatória ofenda frontalmente as provas constantes dos autos”*⁵

Inviável também a revisão criminal para trazer aos autos pontos já discutidos como preceitua FAUZI HASSAN CHOUKR: *“A mera discussão jurídica de temas já aventados na ação original não enseja o reconhecimento do fundamento deste artigo”*⁶.

Acerca do tema trata o Superior Tribunal de Justiça:

“1. Na esteira da jurisprudência do STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal. 2. O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas. 3. O Tribunal a quo, reexaminando o conjunto fático-probatório, acolheu o pedido revisional com fulcro na suposta insuficiência da prova da autoria, o que fere o sistema processual penal”⁷.

O peticionário foi denunciado porque trazia consigo, para fins de comercialização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, porções de drogas.

A busca pessoal é autorizada quando

⁴ Manual de Processo Penal – 3ª edição – Salvador – Editora Juspodivm – 2015 – pág. 1795.

⁵ Código de Processo Penal Comentado – 11ª edição – São Paulo – Editora RT – 2012 – pág. 1071.

⁶ Código de Processo Penal – 6ª edição – São Paulo – Editora Saraiva – 2014 – pág. 1158.

⁷ STJ – AgRg no REsp 1295387 / MS – Rel. Min. Jorge Mussi – Quinta Turma – DJe 18/11/2014.

houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos que constituam corpo de delito.

Segundo o depoimento dos policiais, eles estavam em patrulhamento por local conhecido como ponto de tráfico de drogas quando avistaram o peticionário em atitude de mercancia, entregando algo para um rapaz que confirmou ter adquirido droga dele, motivando, assim, a abordagem policial. Logo, configurada a fundada suspeita que justificou a referida abordagem.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABORDAGEM, BUSCA PESSOAL E PRISÃO EM FLAGRANTE. FUNDADAS SUSPEITAS CONFIRMADAS. REVOLVIMENTO O FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA INADEQUADAS. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, a instância ordinária ressaltou que a busca pessoal e a prisão em flagrante do paciente foi precedida de fundadas suspeitas, pois ele "portava objeto não identificado nas mãos e, após visualizar a viatura, efetuou mudança na direção" (fl. 260), sendo apreendida uma pochete contendo 52 porções de cocaína, 54 de maconha, 6 comprimidos de ecstasy e 119 pedras de crack.

2. Para se acolher a tese da defesa e concluir pela nulidade apontada, desconstituindo os fundamentos adotados na origem, seria necessário o reexame de todo o conjunto probatório, providência vedada em habeas corpus, procedimento de cognição sumária e rito célere.

3. Agravo regimental desprovido”⁸.

Portanto, afasta-se a alegada nulidade.

No que tange a materialidade delitiva, o auto de apreensão⁹ e o laudo toxicológico¹⁰ positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que a substância é entorpecente (cocaína).

⁸ STF – AgRg no HC 776530/SP – Rel.Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – DJe 14/02/2023.

⁹ Folhas 32.

¹⁰ Folhas 101.

Quanto à autoria o réu negou a traficância, esclarecendo que, saiu da casa para adquirir cerveja, quando viu um rapaz ser abordado e foi revistado. Explicou que estava com uma porção de cocaína, tendo sido acusado de ter vendido para o rapaz. Estava na posse de quase R\$900,00, proveniente do trabalho como pedreiro e era destinado para pagar a pensão alimentícia. Já foi processado por tráfico e faz uso de cocaína.

A negativa do acusado não convence, eis que ele foi visto em atitude de mercancia com um rapaz que confirmou ter adquirido a droga dele, além de ter sido encontrado com ele uma quantia, em dinheiro, sem qualquer comprovação de origem.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹¹, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ¹² reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição*

¹¹ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

¹² *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO¹³, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”.*

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”* ¹⁴.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

¹³ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹⁴ Ob. Cit. – p. 455.

O usuário Fábio, ouvido na fase policial¹⁵, confirmou ter adquirido a porção de cocaína do réu e ter pago por ela a quantia de R\$20,00.

Destaca-se que a vedação de se lastrear condenação em elemento do inquérito é relativa, vez que tal possibilidade existe desde que tais elementos tenham sido corroborados na fase judicial.

Mostra-se válida a condenação imposta com auxílio de dados obtidos na fase inquisitorial se tais estão em consonância com o apurado em juízo. O desprezo ao que se produziu na fase investigativa não é possível por força do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotado em nosso ordenamento. Portanto, ainda que tenha a princípio menor valor o elemento produzido no caderno inquisitivo, por força do disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, não pode tal ser afastado de pronto.

No caso dos autos a prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, confirma e corrobora a prova produzida tão somente no inquérito policial. Assim a prova deve ser vista como um todo, não se considerando o lugar onde foi produzida, mas o valor probante, estando garantido os direitos constitucionais do réu, conforme acima exposto.

Nesse sentido caminha a jurisprudência.

“Ainda que o Tribunal impetrado tenha feito menção a um ou outro depoimento colhido na fase do inquérito policial e eventualmente não reproduzido em juízo, tal circunstância não é suficiente para desconstituir o acórdão condenatório proferido em desfavor do paciente, uma vez que essas declarações extrajudiciais foram corroboradas pelas testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório e pelas demais provas colhidas judicialmente”¹⁶.

“Não há falar em condenação baseada unicamente em elementos colhidos na fase inquisitorial, quando o juiz utiliza depoimentos das vítimas e das testemunhas, produzidos sob o crivo do contraditório, além de laudo pericial, para motivar sua

¹⁵ Folhas 06.

¹⁶ STJ – HC 128.466 / PR – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – DJe 19/03/2013.

convicção”¹⁷.

Ao encontro deste raciocínio afirma GUILHERME DE SOUZA NUCCI que *“o julgador jamais pôde basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos unicamente do inquérito policial. Não era mecanismo tolerado nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Porém, o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigativa, desde que confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivesse em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório”¹⁸.*

E a narrativa apresentada por ela é corroborada pelos policiais, em juízo, os quais patrulhavam em local conhecido como ponto de venda de drogas quando avistaram o peticionário em contato com a testemunha Fábio, tendo eles trocarem algo. O acusado ao perceber a aproximação da viatura, saiu andando rapidamente. Porém, ambos foram abordados. Com a testemunha foi encontrado 01 microtubo de cocaína que ela teria acabado de comprá-lo do réu pelo valor de R\$20,00. Com o acusado foi encontrada 01 porção de cocaína e mais uma nota de R\$20,00. A carteira do réu abrigava a quantia de R\$885,00, além de um aparelho celular.

Desta forma, não há motivos para se duvidar dos depoimentos policiais, sendo de rigor a manutenção da condenação.

Destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há por que excluir-

¹⁷ STJ – HC 289541 / SP – Rel. Min. Rogerio Shietti Cruz – Sexta Turma – Dje 10/03/2015.

¹⁸ Código de Processo Penal Comentado – Editora RT – São Paulo – 2012 – pág. 359.

se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES¹⁹.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA²⁰ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA²¹ que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas*

¹⁹ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

²⁰ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

²¹ *La logica delle prove in materia criminale* – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”²².

No mesmo sentido há posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente

²² STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”²³.

A quantidade, incomum com a figura do usuário, pois foi apreendida 0,46g de cocaína²⁴; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; local conhecido como ponto de venda de drogas; a apreensão de dinheiro; o réu estar em atitude de mercancia, já que fora visto entregando algo para um rapaz, que confirmou ter adquirido a droga do acusado, dão a necessária certeza de que o entorpecente se destina ao tráfico ilícito.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, *quaestio* a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

VICENTE GREGO FILHO²⁵, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁶, *“de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”*.

²³ STF – HC 87.662/PE – rel. Min. Carlos Ayres Britto – J. 05/09/2006.

²⁴ Folhas 101.

²⁵ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

²⁶ *Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo* – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo
E. Supremo Tribunal Federal:

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”²⁷.

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁸

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que a droga se destinava ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico

²⁷ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²⁸ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

era de rigor.

Discute-se a possibilidade de desclassificação para porte de drogas para uso próprio.

O peticionário avistado por policiais em local conhecido pela venda de drogas em atitude de mercancia, fato, aliás, confirmado pelo usuário que disse ter adquirido a porção de droga dele e a apreensão de quantia, em dinheiro, sem comprovação lícita indicando a venda de outras porções de entorpecentes, dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Deste modo, há provas suficientes para a traficância que se mantém.

Da dosimetria penal

Na primeira fase a pena base foi aplicada no piso, ou seja, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em que pese a natureza da droga apreendida (cocaína), que justificaria um acréscimo na base, mas por inércia ministerial acerca disso, mantenho a pena no mínimo legal.

Na segunda fase a pena foi aumentada em 1/5 pela reincidência, em que pese a reincidência ser específica, merecendo maior aumento, o que não ocorreu, por inércia ministerial a respeito, chegando à pena do crime de tráfico de drogas em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Assim, o fato de o apelante, punido por um crime, voltar a delinquir, já é bastante grave, fato que justifica a agravante de reincidência.

Porém, tornar a cometer a mesma infração que já cometera anteriormente mostra maior recalcitrância, autorizando a aplicação de maior fração de aumento pela reincidência.

Neste sentido FRANCESCO CARNELUTTI²⁹ que ao comentar a reincidência afirma que *“atribui a lei particular importância quando se comete o novo delito depois da condenação pelo delito anterior; em tal caso o novo delito demonstra insensibilidade do réu à condenação e, eventualmente, também o castigo”*.

Continua CARNELUTTI³⁰, comentando as disposições do Código Penal Italiano, que *“a reincidência se agrava: a) se o novo delito é da mesma índole que o delito anterior: art. 99, n. 1, Cód. Penal; art. 101, Cód. Penal; a chamada reincidência específica”*.

Consigne-se que, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES³¹, *“na reincidência específica, estabelece-se a ligação entre dois ou mais crimes praticados pelo agente, não só quando violado, em todos eles, o mesmo dispositivo legal, mas também quando outros fatores de homogeneização possam ser encontrados mostrando que 'os crimes são da mesma natureza”*.

É a orientação do Supremo Tribunal Federal de que o aumento pela reincidência específica seja maior que aquele determinado pela reincidência genérica.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DELITO DE ESTELIONATO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NO CASO, ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DE 1/6. ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE INGRESSAR-SE, NESTA SEDE, NOS CRITÉRIOS EMPREGADOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA, SALVO FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - O habeas corpus, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo. II - Ausência de limitação legal quanto ao aumento da pena acima da fração mínima. III - A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. IV - Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. V - Ordem denegada”³².

A jurisprudência do C. Superior

²⁹ *O Delito* – Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda. – 2002 – p. 91.

³⁰ Ob.cit. – p. 91.

³¹ *Tratado de Direito Penal* – 1ª ed. – Campinas: Millenium – 2000 – v. III – p. 126.

³² STF – HC nº 101918/MS – rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 11/05/2010.

Tribunal de Justiça possui entendimento pelo maior aumento em razão da reincidência específica.

“A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, e acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o julgado é claro em reconhecer a reincidência específica do paciente, fato que justifica o incremento da pena em 1/3 (um terço)”³³.

Logo, tratando-se de reincidência específica, mesmo única, impõe-se tratamento diferenciado. Como o entendimento pacífico que uma única reincidência exaspera a pena de 1/6, por ser específica impõe-se o aumento de 1/3.

Portanto, mantém-se o aumento de 1/5 aplicado na sentença por ser mais favorável ao acusado.

Ressalta-se que jurisprudência superior, posterior à decisão, não pode ser utilizada em sede de revisão criminal.

O redutor não foi reconhecido pela reincidência específica do réu.

Dessa forma, não há nada nos autos que justifiquem a revisão da pena imposta ao peticionário, devendo a presente revisão criminal ser julgada improcedente.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido revisional.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

³³ STJ – HC nº 257.571/SP – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma – DJe 18/02/2014.