



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000311714

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501119-02.2024.8.26.0544, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante FLAVIO SANTINO DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para elevar a pena-base em somente 1/6 e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, redimensionando-se a pena para cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com determinação nos termos do voto do E. Relator. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16192

Apelação Criminal nº 1501119-02.2024.8.26.0544

Comarca: 1ª Vara Criminal de Jundiaí

Juiz de Direito: doutor Mauricio Garibe

Apelante: Flavio Santino de Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Flávio foi condenado a onze anos e oito meses de reclusão por tráfico de drogas, com possibilidade de apelar em liberdade. Em 2.4.2024, em Jundiaí/SP, guardava 256 porções de maconha e 30 de haxixe para venda. A defesa pediu absolvição por insuficiência de provas, atipicidade de conduta, e outras medidas atenuantes.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em determinar se a condenação por tráfico de drogas deve ser mantida, considerando a alegação de coação moral irresistível e a possibilidade de redução da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais.

2. A alegação de coação moral irresistível não foi comprovada de forma suficiente.

3. A confissão do réu foi considerada válida e corroborada por outras provas.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso parcialmente provido para elevar a pena-base em somente 1/6 e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, resultando em cinco anos e dez meses de reclusão e 583 dias-multa.

2. *Tese de julgamento:* 1. A coação moral irresistível deve ser comprovada de forma incontestada para ser aceita como excludente de

culpabilidade. 2. A confissão espontânea pode ser considerada atenuante mesmo com retratação posterior. 3. A reincidência impede a aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

LEGISLAÇÃO CITADA: Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º, art. 42; Código Penal, arts. 59, 61, I, 64, I, 66, 157, 188, 387, § 2º, 44, 33, §§ 2º e 3º; Constituição Federal, art. 5º, XLIII, XLVI, art. 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º; Código de Processo Penal, art. 283.

JURISPRUDÊNCIA CITADA: STJ, REsp 1136233/CE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, j. 18.2.2016; STJ, HC 34.912/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, T5, j. 25.5.2004; STJ, HC 235407/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, T6, j. 9.9.2014; STJ, HC 233440/SE, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 18.6.2014; STF, HC 106152, Rel. Min. Rosa Weber, T1, j. 29.3.2016; STJ, HC 502098/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 30.5.2019; STJ, HC 479977/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 14.5.2019; STJ, HC 489860/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.4.2019; STJ, AgRg no AREsp 1449050/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 23.4.2019; STJ, HC 490375/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 11.4.2019; STJ, HC 505435/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 4.6.2019; STJ, HC 479453/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 14.5.2019; STJ, AgRg no HC n. 605.090/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, j. 21.9.2021; STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.5.2017; STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.5.2017; STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC 352983/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 4.5.2017; STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017; STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 22.6.2022; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 15.3.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, j. 19.2.2019; STJ, AgRg no HC 687003/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 7.6.2022; STJ, AgRg no HC 650717/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, T6, j. 19.4.2022; STJ, HC 401261/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 27.6.2017; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.3.2017; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, RTJ, 148:490.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 237/238

O apelante, **Flávio**, foi condenado à pena de onze (11) anos e oito (8) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de mil, cento e sessenta e sete (1.167) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, com possibilidade de apelar em liberdade (fls. 244), porque em 2.4.2024, por volta das 15 horas, na Rua Urbâno Rubo Copeli, altura do numeral 225, Anhangabaú, Jundiaí/SP, guardava, para fins de entrega ao consumo de terceiros, duzentas e cinquenta e seis (256) porções de maconha, e trinta (30) porções de “haxixe”, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Policiais civis dirigiram-se ao local dos fatos visando dar cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido para a residência do recorrente (autos nº 1501009-29.2024.8.26.0309). Ao chegarem ao imóvel, foram recepcionados pelo apelante, que, ao ser cientificado do mandado, informou que os entorpecentes estavam armazenados em um guarda-roupa. No local, os agentes localizaram duzentas e cinquenta e seis porções de “maconha” e trinta porções de “haxixe”, destinadas ao consumo de terceiros. A quantidade e a diversidade de drogas, a forma de seu acondicionamento (fracionadas em porções individualizadas e prontas para a comercialização) e as demais circunstâncias fáticas indicam que o recorrente guardava referidas substâncias para o comércio ilícito.

No apelo oferecido pela ilustre Defesa requereu-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** atipicidade de conduta, por ausência de dolo; **c)** absolvição com fundamento na excludente de inexigibilidade de conduta diversa, pois o recorrente agiu sob coação moral irresistível; **d)** pena-base no piso; **e)** incidência da atenuante da confissão espontânea; **f)** incidência da atenuante genérica, diante da coação; **g)** afastamento da reincidência; **h)** aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; **i)** regime inicial

aberto; e j) substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 251/263).

Contrarrazões da Acusação a fls. 270/274, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 17.2.2025 (fls. 265).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento do recurso para menor elevação da pena-base (fls. 283/286).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 234/235.

II – Fundamentação

O recurso comporta parcial provimento, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Maurício Garibe.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/5, boletim de ocorrência de fls. 7/9, auto de exibição e apreensão de fls. 23, laudo de constatação de fls. 24/26 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 83/85, haxixe e maconha foram apreendidas.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele confessou o delito. Foi coagido por um agiota a guardar o entorpecente em sua residência**, pois contraiu um empréstimo de R\$ 5.000,00 e não conseguiu arcar com o pagamento, vez que a dívida

alcançou o valor de R\$ 22.000,00. Assim, o agiota mandou guardar a droga em sua residência, abatendo R\$ 1.200,00 por mês de sua dívida. Não pode revelar o nome do agiota, pois o partido o "decreta", "tirando sua vida" (fls. 5).

A confissão (ela é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade, no ensinamento de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 249) não é adjetivada de válida ou não pelo local em que proferida, mas sim em confrontação com as demais provas e pelo teor de seu conteúdo (observa esse aspecto JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 446-447, para ele, ainda, a confissão extrajudicial é classificada como prova indireta, isto é, um indício, pela falta de ampla defesa e contraditório). A confissão na fase investigativa, se não desmentida por outros elementos de prova, apesar das opiniões em contrário, torna-se prova suficiente para sustentar a convicção judicial, afinal, o ato foi colhido por Autoridade Policial, na presença de outros servidores públicos, tem presunção de legitimidade, embora, de início, não se tenham as partes atuando. No caso, especificando, pode ser aceita, porque em consonância com os elementos probatórios.

Em Juízo, o apelante confessou que guardava a sacola em sua residência, mas não tinha conhecimento de seu conteúdo. Pediu dinheiro para um agiota, em razão de dívidas em sua casa. O agiota foi à sua casa e cobrou-lhe R\$ 22.000,00, mas lhe disse que não tinha como pagar esse valor. Ele passou a ameaçá-lo, dizendo que o levaria ao PCC e mandaria os capangas na sua casa. **Na última vez que o agiota foi à sua residência, ele propôs que guardar uma sacola para abater parte da dívida. Não queria pegar a sacola, mas ele insistiu. Não sabia o que havia na sacola.** O agiota chama-se Maurício e é conhecido como "alemão". Ele é branco e "narizudo".

Para que a excludente de culpabilidade incida, a coação moral deve ser irresistível, inevitável e insuperável, além de estar comprovada de forma inconteste. No caso, não há prova de que o recorrente tenha sido vítima de qualquer ameaça ou que sua ação criminosa fosse a única alternativa possível para se evitar o mal injusto e grave, até porque não forneceu informações suficientes para identificação e localização do suposto agiota. Ademais, o print de fls. 129 comprova somente uma cobrança, sem qualquer ameaça ou coação, além de sequer identificar o contato e o número da linha telefônica.

“1. Não há como acolher a tese de coação moral irresistível, porquanto não ficou suficientemente comprovado que os recorrentes teriam sido vítimas de promessa de mal grave e iminente, tampouco que teriam sofrido ameaças irresistíveis por parte de qualquer outra pessoa.” (STJ - **REsp 1136233/CE** - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz - J. 18.2.2016 - DJe 29.2.2016).

“A coação física ou moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo.” (STJ - **HC 34.912/SP** - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca - J. 25.5.2004 - DJ 28.6.2004).

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (artigo 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina,

lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão de que estava com o invólucro em sua casa pode ser aceita, mas a negativa de ciência de seu conteúdo não convence.

Frederico, policial civil, depôs que, **durante cumprimento de mandado de busca e apreensão, expedido em razão de denúncia anônima que indicava o nome de “Flavinho” e o local dos fatos, foram recebidos pelo recorrente. Ele foi cientificado da ordem judicial e indicou-lhes o guarda-roupas onde os entorpecentes estavam guardados. As drogas estavam dentro de uma sacola, onde também havia um telefone celular.** Ele foi preso em flagrante e as drogas apreendidas. Questionado, o apelante disse que a droga se destinava à distribuição no próprio bairro, conhecido pela equipe pela incidência do tráfico ilícito. Além disso, ele disse que contraiu uma dívida com um agiota, mas o valor ficou muito alto e precisou guardar o entorpecente para abater a dívida.

O policial, em depoimento coeso e seguro, incrimina o recorrente, pois confirmou o encontro dos entorpecentes na casa dele durante cumprimento de mandado de busca e apreensão. Inexiste razão para rechaçar a sua narrativa, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Não há motivos para desmerecer o depoimento. Ao contrário,

destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisesse prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queira mentir. Ele deseja, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (artigo 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que o integrante da Polícia Civil tenha desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

A delação anônima, em determinados casos, se não foi levada em consideração, causará verdadeira proliferação das ações criminosas, como no caso de tráfico, associação para esse crime, armazenamento de materiais para sua execução, porte de arma permitidas ou não. Alguém que tenha conhecimento disso e, eventualmente, seja revelado, não dirá mais nada, por temer represálias.

A jurisprudência tem assentado que não pode servir de parâmetro único da persecução penal, porém, serve para dar início às investigações e colheitas de elementos acerca da possível prática de infração penal, de sorte a

desencadear medidas cautelares, ou não, de maior peso (STJ - **HC 235407/SP** – T6 – Sexta Turma – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – J. em 9.9.2014 – DJe em 24.9.2014).

Em outra oportunidade: *"Esta Corte Superior de Justiça, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do inquérito n. 1957/PR, tem entendido que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigatórios preliminares em busca de indícios que corroborem as informações de fonte anônima, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal."* (STJ - **HC 233440/SE** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Jorge Mussi – J. 18.6.2014 – DJe 1.7.2014).

Ainda, no Supremo Tribunal Federal:

"2. Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. [...] 6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício." (STF - **HC 106152** - T1 - Primeira Turma - Ministra Rosa Weber – J. 29.3.2016 - DJe 24.5.2016).

É de se destacar que a circunstância de não ter o policial apresentado a qualificação da pessoa que delatou a ocorrência do tráfico no local dos fatos não compromete a credibilidade de seu depoimento nem exclui o delito. É garantido o anonimato ao denunciante e isso tem se mostrado de grande valia no combate ao tráfico de drogas.

Andressa, irmã do recorrente, disse que, no dia da prisão, buscou informações e **conversou com Roberto, que trabalha com seu irmão. Ele disse-lhe que, no dia em que foi à casa do apelante, viu um rapaz na porta discutindo com ele e entregando-lhe uma sacola.** Roberto contou que não ficou no local porque viu que a situação não estava muito agradável e saiu. **Dias antes da prisão, notou que seu irmão estava um pouco apreensivo, em razão de uma dívida alta. Foi a depoente quem passou o contato do agiota para o recorrente.** No dia da entrega da sacola, sua cunhada disse-lhe que saiu de casa e foi para a residência da mãe dela, em razão da discussão do apelante com esse rapaz, que o deixou muito nervoso. **O agiota, na verdade, trata-se de uma empresa, que entregou papéis no bairro. Não sabe o nome da empresa, pois muda constantemente de nome.**

Andressa diz que foi ela quem indicou o agiota para o irmão, mas sequer soube informar o nome ou contato telefônico da suposta empresa, sob a frágil justificativa de que muda de nome constantemente. Ademais, disse que a alegada empresa distribuía papéis pelo bairro, mas esse panfleto nem mesmo foi juntado aos autos.

Roberto, amigo do apelante, depôs que conserta celulares e o recorrente faz indicações de muitos clientes, pagando-lhe um valor por isso. **Certo dia, não conseguiu contato com ele e encontrou-se com Andressa na rua, que lhe contou sobre a prisão em razão de uma sacola. Lembrou-se que, no início de 2024, por volta de março, foi à casa do recorrente e deparou-se com um rapaz alto, branco, bem vestido e mal encarado conversando com ele. Viu que ele estava empurrando uma sacola para o apelante, enquanto este rejeitava-a. Por não gostar de confusão, foi embora. Não sabe o que havia na sacola e nada perguntou ao recorrente. Viu essa pessoa na casa dele cerca de três vezes.**

Roberto diz ter visto uma pessoa empurrando uma sacola para o recorrente e, ainda que esse fato tenha lhe chamado a atenção a ponto de ir embora da casa, nada perguntou ao apelante. Não bastasse, também não há prova segura que referida sacola seja a mesma encontrada pelos policiais.

Não se está aqui atribuindo validade absoluta às palavras do policial, apenas considerando a necessidade de provas seguras aptas a infirmá-las, sobretudo quando não se vislumbra qualquer indício de acusação falaciosa, com a intenção de prejudicar gratuitamente pessoa com quem não possuía, comprovadamente, qualquer animosidade.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Acrescente-se que o tráfico manifesta-se por diversas formas, importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006), de sorte que guardar entorpecentes para o consumo de terceiros configura o ilícito penal. E a destinação mercantil da droga ficou demonstrada pela considerável quantidade apreendida, sobretudo em imóvel situado em região conhecida pela incidência do tráfico ilícito.

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Relator Desembargador Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

Incabível a absolvição por atipicidade de conduta, pois comprovado que o recorrente tinha ciência do conteúdo da sacola, tanto que o policial esclareceu que ele foi cientificado do mandado de busca e apreensão, expedido em razão de denúncia anônima de que um indivíduo chamado “Flavinho” guardava entorpecentes na residência dele, e, de pronto, indicou aos agentes da lei onde a sacola com as drogas estava guardada.

A pena comporta reparo.

Na primeira fase, a pena-base pode ser elevada em somente 1/6, pela considerável quantidade entorpecentes apreendidos (duzentas e cinquenta e seis (256) porções de maconha, e trinta (30) porções de “haxixe”), nos termos do artigo 42, da Lei de Drogas, pois, embora não seja pequena, também não se revela exacerbada, comparando-se a casos similares, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

No caso de tráfico, de acordo com a Lei 11.343/2006, artigo 42, a **quantidade e natureza da droga apreendida** são preponderantes sobre as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado (*HC 502098/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 30.5.2019 – DJe em 4.6.2019). No mesmo sentido: *HC 479977/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 14.5.2019 – DJe em 23.5.2019 e *HC 489860/RJ* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 23.4.2019 – DJe em 30.4.2019.

Pode-se ter discricionariedade na fixação da pena-base mais elevada, desde que fundamentada e proporcional à conduta lesiva, com dados concretos para tanto, não há critério matemático. No Excelso Superior Tribunal de Justiça: "3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. No presente caso, conforme se observa, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base de 3 meses para o crime do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, pelos maus antecedentes (1 condenação transitada em julgado), mostrando-se proporcional, até porque ficou menor que a majoração usual estabelecida em 1/6" (*AgRg no AREsp 1449050/DF* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 23.4.2019 – DJe 10.5.2019)."3. A pena-base foi proporcional e razoavelmente elevada em 1/4, eis que valoradas negativamente dois vetores do art. 59 do Código Penal, quais sejam, pelos fatos de o paciente ter cometido o delito quando se encontrava em livramento condicional e de possuir maus antecedentes" (*HC 490375/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Jorge Mussi – J. 11.4.2019 – DJe 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Destarte, é razoável e proporcional a fração de acréscimo de 1/6 para cada circunstância judicial (*HC 505435/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 4.6.2019 – DJe 17.6.2019). Nesse sentido: *HC 479453/MS* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 14.5.2019 – DJe 23.5.2019.

Na **segunda fase**, imperativo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois, na fase policial, o recorrente confessou o delito e, embora em Juízo tenha negado ter ciência do conteúdo da sacola, admitiu que

guardava-a em sua residência, devendo incidir, desse modo, a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: “Este Superior Tribunal entende que, se a confissão do acusado foi usada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.” (STJ - *AgRg no HC n. 605.090/MS* - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz - J. em 21.9.2021 - DJe de 29.9.2021).

Assim, a pena permanece inalterada, diante da compensação entre a agravante da reincidência (processo nº 0000006-11.2017.8.26.0681, fls. 228/229 e 231/232) a atenuante da confissão espontânea.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (*HC 393331/AL* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: *HC 385130/SC* - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; *HC 338940/SC* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; *HC 352983/RJ* - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; *HC 392551/SP* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; *HC 392027/RJ* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o artigo 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a

readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (*Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP*, paradigmas do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

E não há se falar em afastamento da agravante da reincidência, porque a condenação considerada para esse fim não foi alcançada pelo lapso depurador previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Incabível, ainda, a incidência da atenuante genérica prevista no artigo 66, do Código Penal, pois a alegada coação não foi comprovada, tampouco que o recorrente tenha guardado a droga a mando de terceiro.

Na terceira fase, em razão da reincidência, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, até porque evidencia o envolvimento do recorrente com a criminalidade, lembrando-se que o dispositivo legal não faz distinção se a reincidência é específica ou não. E não se cogita de "bis in idem", mas, sim, de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Nesse sentido: "(...) *reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis*

in idem. Precedentes.” (STJ - **Habeas Corpus nº 427.620/SP** - T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 – DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) “*A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.*” (STJ - **AgRg no HC 468.578/MG** - T5 – Quinta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Já se decidiu: “4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem.” (**AgRg no HC 687003/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

"1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois expressamente previsto em tal norma que tal benefício somente pode ser aplicado a agente primário, de bons antecedentes. 2. Não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena." (*AgRg no HC 650717/SP* – T6 – Sexta Turma – Relatora Min^a Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

"- Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente bis in idem na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes." (*HC 401261/SP* – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 27.6.2017 – DJe 1.8.2017).

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988,

afirmou que **a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia**, dentre outras infrações penais, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (artigo 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**artigo 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº

2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Artigos 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (**Habeas Corpus nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (**Habeas Corpus nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (**Habeas Corpus nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (**Habeas Corpus nº 91360/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

Em que pese o montante da pena, o apelante é reincidente. Ele reitera na prática de delitos e possui tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: "(...) o artigo 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto)." (**RHC 134829/RJ** – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: "***Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no artigo 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.***" (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

O **delito também é concretamente grave**, pois a diligência decorreu de denúncia anônima de que o recorrente armazenava drogas em sua casa, tendo sido encontrada no local quantidade considerável de entorpecentes, suficiente para atingir de modo significativo a saúde pública, evidenciando maior reprovabilidade de sua conduta.

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (artigo 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Ora, é de pronta intelecção que a perpetração de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à convivência social, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

O tráfico, nos contornos dos autos, causa malefícios a várias pessoas, usuários e viciados, bem como causa aflição para amigos, colegas e familiares de todos eles.

O apelante optou em realizar crime de nefastas consequências, com vistas ao "lucro fácil", totalmente inconcebível, numa sociedade em que há milhões de desempregados, numa crise gritante, em que vários não escolheram esse caminho, por zelarem pelos princípios seculares da honestidade e não causar lesão a outrem.

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pela conduta criminosa perpetrada; previne-se que não a cometa, prevenção especial, e outras infrações penais, prevenção geral, e, por fim, retorne ao convívio social, após assimilar a terapêutica penal, de maneira harmônica.

Com a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos.

A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4)

anos (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

O apelante é reincidente (artigo 44, inciso II).

Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude que fez.

O artigo 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para elevar a pena-base em somente 1/6 e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, redimensionando-se a pena para cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso em liberdade (fls. 244). Por força do entendimento firmado, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser constitucional a regra inserta no Código de Processo Penal (art. 283), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, **expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado da condenação.**

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.