



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000317226

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502234-85.2024.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante JONATHAN RAFAEL SOUZA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso defensivo. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1502234-85.2024.8.26.0535

Apelante: Jonathan Rafael Souza da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos

MMª. Juíza de Direito: Caroline Quadros da Silveira Pereira

Voto n. 12.715

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) DEFESA E ACUSAÇÃO QUE NÃO SE INSURGIRAM QUANTO À CONDENAÇÃO, HAVENDO APENAS RECURSO DEFENSIVO NO TOCANTE À FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (3) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (4) INDÍCIOS. (5) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (6) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (7) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. (8) REINCIDÊNCIA. (9) INEXISTÊNCIA DE "BIS IN IDEM". (10) REINCIDÊNCIA X CONFISSÃO. (11) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. (12) REGIME FECHADO. (13) DESCABIMENTO DA DETRAÇÃO PENAL. (14) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. A defesa e a acusação não se insurgiram contra a condenação do réu pela prática do crime de narcotráfico, permanecendo hígidos os fundamentos, de fato e de direito, que levaram o Juízo de Origem a concluir pela condenação do réu. Precedentes do STJ (STJ – AgRg no HC 808.145/PB – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 19/08/2024 – DJe de 23/08/2024; AgRg no HC 842.971/SC – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 15/04/2024 – DJe de 18/04/2024 e AgRg no HC 839.845/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 15/08/2023 – DJe de 22/08/2023).

2. A materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas. Substâncias entorpecentes encontradas em poder do réu.

3. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023; HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/07; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 22/10/2024 – DJe de 25/10/2024; AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 17/6/2024 – DJe de 20/6/2024; AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/8/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

4. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. CEZAR PELUSO – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. LUIZ FUX – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

5. Tráfico de drogas e uso de substância entorpecente. O fato do réu não ter sido preso em atos de traficância (ou melhor, de venda de droga), por si só, pouco importa, afinal, o crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal ("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"), a Lei Especial não exigindo que o agente esteja em atos de mercancia, até porque tipifica como crime a prática das condutas acima mencionadas ainda que "gratuitamente". Precedentes do STF (HC 182.279 AgR/DF – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 23/11/2020 – DJe de 04/12/2020; HC 147.182/DF – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 26/10/2020 – DJe de 05/11/2020) e do STJ (AgRg no AREsp 2.160.831/RJ – Rel. Min.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/2/2023; AgRg no AREsp 1.803.460/ES – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/9/2022 – DJe de 19/9/2022; AgRg no REsp 1.992.544/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/8/2022 – DJe de 22/8/2022). No duro, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §3º, da Lei de Regência. Doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

6. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

7. Dosimetria. Pena-base do recorrente fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes. Não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação da pena-base em razão do decurso do tempo. Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Entendimento do STF (RE 593.818-ED/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Tribunal Pleno – j. em 25/04/2023 – DJe de 05/05/2023; HC 211.324-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023; RE 1.402.758-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 23/11/2022; HC 209.193-AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022) e do STJ (AgRg no HC 750.611/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/02/2023; AgRg no HC 668.427/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022). Inteligência da doutrina de A. Silva Franco, J. Belloque e Victor Eduardo Rios Gonçalves.

8. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

9. Havendo condenações diversas, mediante sentenças transitadas em julgado, inexistente violação ao princípio do "non bis in idem", se uma ou mais delas são tomadas para os fins de reconhecimento de maus antecedentes criminais, na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, "caput", do Código Penal) e outra ou outras diferentes são tomadas para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I, do Código Penal). Inteligência, ademais, da Súmula 241, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a Doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Guilherme de Souza Nucci, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Precedentes do STF (HC 215.998-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023; HC 202.516-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021; RHC 92.611/RJ – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013; RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013; RHC 110.727/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012 e HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

10. A circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, em estrita observância ao disposto no art. 67, do Código Penal. Precedentes de ambas as Turmas do STF (HC 174.158/SP – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 11/05/2020 – DJe de 22/06/2020; HC 105.543/MS – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 26/05/2014 – DJe de 27/05/2014; RHC 118.107/MG – Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – Segunda Turma – j. em 29/05/2014 – DJe de 30/05/2014; RHC 120.677/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 01/04/2014 – DJe 02/04/2014 e RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe de 17.04.2013). E, ainda, conforme recentes decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da SUPREMA CORTE: RHC 211.798/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. 22/02/2023 – DJe de 24/02/2023; HC 222.186/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. 11/11/2022 – DJe de 14/11/2022; HC 220.776/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – j. em 07/10/2022 – DJe de 11/10/2022; HC 212.965/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. 03/09/2022 – DJe de 05/09/2022 e RHC 214.581/PR – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. 01/08/2022 – DJe de 03/08/2022). Inteligência, ademais, da doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Victor Eduardo Rios Gonçalves.

11. Impossibilidade de reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Réu que possui maus antecedentes e é reincidente específico. Entendimento do STF (RHC 239.873 AgR/SP – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 02/09/2024 – DJe de 19/09/2024; HC 184280 AgR/MS – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 11/06/2024 – DJe de 18/06/2024).

12. Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código. Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes. Precedentes do STF (HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022; RHC 213.544 AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022; HC 216.154 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022; RHC 210.394 AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022) e do STJ (AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022; AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).

13. Eventual abatimento do período em que permaneceu o réu preso cautelarmente será operado pelo Juízo das Execuções, a quem compete, pelo art. 66, III, "c", da Lei n. 7.210/84, proferir decisão sobre detração penal. Precedentes do STJ (EDcl no AgRg no AREsp 1.825.602/SP – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023; AgRg no REsp 1.994.397/MG – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 14/11/2022 – DJe de 17/11/2022; AgRg no REsp 2.017.961/PE – Rel. Min. Ministro Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022). Doutrina de Renato Brasileiro de Lima.

14. Desprovisionamento do recurso defensivo.

VOTO

Jonathan Rafael Souza da Silva foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06 e, ao final, viu-se condenado, nos termos em que denunciado, reconhecidas as circunstâncias, atenuante da confissão espontânea e agravante da reincidência, à pena de 05 (cinco anos), 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, regime fechado e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no piso (fls. 113/123).

Recorreu a defesa do réu, pleiteando, tão somente, a fixação de regime prisional menos gravoso, com fundamento legal no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal (fls. 150/155).

O **Ministério Público** apresentou contrarrazões, pugnando

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 159/162).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo não conhecimento do apelo, pois intempestivo, e, caso seja conhecido, pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 171/177).

É o relatório.

Nego provimento ao recurso defensivo.

O réu **Jonathan Rafael Souza da Silva** foi denunciado como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, nos termos seguintes:

"Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 25 de agosto de 2024, por volta das 06h50, na Rua Campo Erê, nº 94, Vila Rio de Janeiro, nesta cidade e comarca de Guarulhos JONATHAN RAFAEL SOUZA DA SILVA, qualificado a fls. 14, trazia consigo, para fins de tráfico, 102 eppendorffs contendo 36.3g de cocaína e 24 porções contendo 27.9g de Cannabis Sativa L, droga vulgarmente conhecida por "maconha", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão a fls. 30/31 e laudo de constatação provisória a fls. 34/39. Segundo apurado, na data dos fatos, imbuído de manifesto propósito de realizar o comércio ilícito de drogas, o denunciado JONATHAN separou dezenas de porções já individualizadas contendo "maconha" e mais de uma centena contendo cocaína, acondicionando-as em duas sacolas plásticas de supermercado e, então, dirigiu-se ao lugar dos fatos.

Em dado momento, dele se aproximou Victor Gabriel Gonçalves Saturnino, com o fim de adquirir substância entorpecente para o próprio consumo.

Ocorre que, neste momento, durante patrulhamento ostensivo e preventivo no local, os Policiais Militares avistaram o denunciado JONATHAN e Victor Gabriel, tendo ambos imediatamente corrido para lados opostos, tão logo perceberam a presença da viatura. Tal comportamento justificou a abordagem policial.

Após revista pessoal, com Victor Gabriel foram encontradas, dentro de uma bolsa, três pequenas porções contendo maconha, além de um dechavador.

Já com o denunciado JONATHAN, os policiais apreenderam duas sacolas plásticas do tipo de supermercado, em uma delas contendo as porções de maconha e, na outra, as porções de cocaína. Com o denunciado ainda foi apreendida a quantia em espécie de R\$ 25,00 em notas trocadas.

Questionado, Victor Gabriel esclareceu ser apenas usuário de drogas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

O denunciado JONATHAN, por sua vez, informalmente admitiu aos policiais estar no local exercendo o comércio ilícito de drogas.

O denunciado JONATHAN foi preso e conduzido até a Delegacia de Polícia e, após ser interrogado pela Autoridade Policial, preferiu exercer o direito constitucional ao silêncio (fls. 05).

A natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a forma de acondicionamento da droga, pronta para a entrega ao consumo de terceiros, a apreensão de dinheiro em espécie em notas trocadas, as próprias circunstâncias do flagrante, ocorrido após tentativa de fuga, além de a confissão informal do denunciado aos agentes públicos são fatores que indicam com segurança que as drogas apreendidas destinavam-se à mercancia ilícita.

Ante o exposto, denuncio JONATHAN RAFAEL SOUZA DA SILVA como incurso no artigo 33 caput da Lei 11.343/06 e requeiro que, após a notificação de que trata o artigo 55 da Lei de Drogas, seja a denúncia recebida, instaurando-se o devido processo penal, observado o rito previsto na Lei 11.343/06, citando-se e interrogando-se o denunciado, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas e prosseguindo-se até final sentença condenatória. [...]" (fls. 70/72).

Pois bem.

Tendo em vista que tanto a defesa quanto a acusação não se insurgiram contra a condenação do réu pela prática do crime de narcotráfico (apenas a defesa no tocante à fixação do regime prisional), permanecem hígidos os fundamentos, de fato e de direito, que levaram o Juízo de Origem a concluir pela condenação do réu **Jonathan Rafael**. Isso porque, nada obstante o amplo efeito devolutivo do recurso de apelação (cognição vertical), o Tribunal de Justiça não está obrigado a se manifestar sobre toda e qualquer matéria vertida na sentença condenatória (plano horizontal), em respeito ao postulado do "*tantum devolutum quantum appellatum*". Por todos, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

devido processo legal." (HC n. 225.960/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 5/6/2014, DJe de 12/6/2014).

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 808.145/PB – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 19/08/2024 – DJe de 23/08/2024);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 21 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR DIFERENCIADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. QUANTUM DE AUMENTO APLICADO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A despeito do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação, a Corte de segunda instância não está obrigada a se manifestar sobre toda e qualquer matéria vertida na sentença condenatória. Em verdade, o Tribunal de apelação está compelido pela sistemática recursal a se pronunciar sobre as matérias deduzidas nas razões ou nas contrarrazões do apelo. Portanto, a Corte de apelação não está obrigada a se pronunciar sobre matéria não suscitada nas razões de apelação; mas, apenas, levantadas por ocasião da oposição de embargos de declaração. Precedentes.

[...]

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 842.971/SC – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 15/04/2024 – DJe de 18/04/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. BUSCA DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL LOCAL. ANÁLISE DA QUESTÃO, DE FORMA ORIGINÁRIA, POR ESTA CORTE, QUE IMPLICARIA INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO QUE ENCONTRA LIMITE NO POSTULADO DO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. AÇÃO MANDAMENTAL CABÍVEL. MATÉRIA DE DIREITO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO QUE DEVE SER SANADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EX OFFICIO PARA DETERMINAR A REAPRECIAÇÃO DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL DO WRIT ORIGINÁRIO, AFASTADO O ENTENDIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA CORTE DE ORIGEM E INADEQUAÇÃO DA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VIA ELEITA.

1. A tese de ilegalidade no ingresso domiciliar não foi objeto de prévio debate no âmbito da Corte de origem e, conforme se extrai do voto condutor do acórdão lá proferido, nem sequer foi impugnada nas razões de apelação. Não havendo prévia manifestação do Tribunal local, afigura-se incabível a análise da matéria de forma originária, por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Até mesmo matéria de ordem pública pressupõe seu prévio exame, na origem, para que possa ser analisada por esta Corte. Precedentes.

3. Embora o recurso de apelação seja dotado de efeito devolutivo amplo no que concerne à profundidade (cognição vertical), no plano horizontal, o órgão julgador, em regra, fica adstrito às matérias expressamente impugnadas no apelo, em respeito ao postulado do tantum devolutum quantum appellatum. A "apelação não impõe, ao Tribunal, a revisão de todo o processo-crime - premissa que não se altera mesmo diante da possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício. Essa iniciativa - exclusiva do Magistrado, e que visa a sanar ilegalidades em causas nas quais foi inaugurada a sua competência -, não se presta à obtenção de pronunciamento judicial sobre questões que nem passaram pelo juízo de admissibilidade. Doutrina". (AgRg no HC n. 697.357/ES, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022).

[...]

5. Agravo regimental desprovido. Concedido habeas corpus ex officio para determinar que o Tribunal local reaprecie o HC n.º 2139487-48.2023.8.26.0000, julgando o mérito como entender de direito."

(STJ – AgRg no HC 839.845/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 15/08/2023 – DJe de 22/08/2023).

Prossigo.

A materialidade criminosa narcotraficante está consubstanciada no auto de exibição e apreensão, que prova que o réu trazia consigo substâncias entorpecentes (fls. 30/31), substâncias entorpecentes essas que, nos termos do laudo de constatação e do laudo pericial, relativo ao exame pericial de natureza químico-toxicológica, eram as mesmas referidas na denúncia, isto é, "maconha" e "cocaína" (fls. 34/39 e 74/76).

A autoria criminosa, por sua vez, é certa e deve ser imputada ao réu **Jonathan Rafael** que, interrogado judicialmente, confessou a prática do crime (fls. 111/112 – mídia digital). E, ver-se-á, a sua confissão judicial

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

encontrou amparo no restante do conjunto probatório, permitindo, pois, a sua condenação.

Deveras, o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos dos policiais militares **Kleiton Camargo** e **Paulo Devaldo**, testemunhas arroladas pela acusação, todos colhidos perante o contraditório, mostraram-se alinhados e coerentes entre si, bem como com as demais provas existentes nos autos. Os agentes da lei afirmaram, em Juízo, que flagraram o réu, em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes, com uma sacola que continha as drogas mencionadas na denúncia e diversas cédulas de dinheiro trocado, evidenciando o narcotráfico (fls. 111/112 – mídia digital). Não bastasse, em Juízo, o réu confessou a prática do crime de narcotráfico.

Aliás, em se tratando de policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexiste qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexiste qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"[...]

Nesse diapasão, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à validade do depoimento de autoridade policial prestado em juízo, porquanto 'a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações' (HC 87662, Relator Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 16.02.2007). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR **POLICIAIS** - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. VALIDADE DO **DEPOIMENTO** TESTEMUNHAL DE AGENTES **POLICIAIS**. - 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. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 18.10.1996) Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. **3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes.** 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 77565, Relator Néri da Silveira, Segunda Turma, DJe 02.02.2001)

HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A competência para julgá-lo é do Superior Tribunal de Justiça, ficando obstaculizada a possibilidade de o jurisdicionado proceder à escolha do órgão julgador. SENTENÇA - PROVA - FLAGRANTE - **DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais.** (HC 73529, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, DJe 06.09.1996) HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTOS – NULIDADE – AUSÊNCIA. **É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição. (HC 166027, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 12.02.2021)

No caso concreto, embora o apenado tenha negado seu envolvimento, o magistrado formou seu convencimento quanto à participação do recorrente na tentativa de fuga com fulcro no depoimento do Chefe de Segurança da unidade prisional, Antonio Morais, que presenciou os fatos (eDOC 7).

Da mesma forma, o Tribunal local entendeu, com base no depoimento do policial, 'que os apenados estavam escavando a parede para tentarem empreender fuga da unidade prisional, não restando dúvidas acerca da participação do agravante na empreitada fugitiva, pois, segundo resultou apurado, ele era o responsável por monitorar e avisar os demais apenados acerca

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do aproximação dos agentes penitenciários' (eDOC 5, p. 2).
Com efeito, não há ilegalidade na decisão que reconheceu a
falta grave com base no depoimento do agente de segurança
que presenciou os fatos.

[...]

Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, descabe conceder a ordem.

2. Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 225.939/RO – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

"AGRAVO INTERNO NO *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENDIDO JUÍZO ABSOLUTÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. RETERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo inadmissível a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *ex vi* do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

3. O testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo. Precedentes: HC 209.923-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/06/2022; RHC 208.086-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08/03/2022; HC 214.062-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/12/2022.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 223.425-AgR/RJ – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. *HABEAS CORPUS* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Revelando o *habeas corpus* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TRÁFICO DE DROGAS – DUPLA PUNIÇÃO – INOCORRÊNCIA. Demonstrada condutas autônomas, em contextos diversos, não cabe

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

cogitar de dupla punição ante único crime. **TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, de policiais.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistência inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."
(STF – HC 150.760/PR – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** - Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021);

"**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.** 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 autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações."
(STF – HC 87.662-5/PE – **Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO** – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007);

"O valor de **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 nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."
(STF – HC 73.518-5/SP – **Rel. Min. CELSO DE MELLO** – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. **HABEAS CORPUS.** COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. **POLICIAL. TESTEMUNHA: VALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE.**
[...]
II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.
[...]
V. - HC indeferido."
(STF – HC 76.381/SP – **Rel. Min. CARLOS VELLOSO** – Segunda

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. VALIDADE DA PROVA. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL AO TRÁFICO. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME

[...]

4. O depoimento dos policiais, corroborado pela apreensão de entorpecentes, constitui meio de prova válido, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, não havendo nulidade a ser reconhecida.

[...]

IV. ORDEM DENEGADA."

(STJ – HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADES AFASTADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. PROVA VÁLIDA. PARCIALIDADE DO DEPOIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Outra questão é a alegação de que o depoimento policial não poderia ser considerado imparcial devido à relação com a vítima.

III. Razões de decidir

6. A decisão considerou que a entrada no domicílio foi justificada por fundadas suspeitas, com consentimento da mãe do acusado, não configurando violação de direitos.

7. O depoimento dos policiais foi considerado idôneo e corroborado por outras provas, não havendo prequestionamento a respeito da sua parcialidade.

8. A revisão do acervo probatório é inviável em recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

IV. Dispositivo e tese9. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões de flagrante delito e consentimento do morador." **2. O depoimento policial é prova idônea, salvo demonstração de parcialidade.** 3. Ausente a discussão da controvérsia recursal nas instâncias ordinárias, atrai-se a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

155, 214. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 2.097.120/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/12/2023; STJ, AgRg no AREsp n. 2.009.660/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/6/2022; STJ, AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 03/11/2021."

(STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 22/10/2024 - DJe de 25/10/2024);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV- O depoimento policial merece credibilidade em virtude da fé pública inerente ao exercício da função estatal, só podendo ser relativizado diante da existência de indícios que apontem para a incriminação injustificada de investigados por motivos pessoais.

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 860.201/SP – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** - Quinta Turma – j. em 17/6/2024 - DJe de 20/6/2024);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS.** PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento perfilhado no acórdão recorrido está em harmonia com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, Tema 280/STF, segundo o qual o ingresso dos policiais no domicílio do réu, sem autorização judicial ou consentimento do morador, será lícito quando houver fundadas razões da situação de flagrante delito naquela localidade.

2. No caso, os policiais encontraram com os suspeitos - antes mesmo do ingresso na residência de um dos acusados - uma porção de maconha, obtendo a informação de que "em um apartamento, naquela mesma rua, estavam dois comparsas [entre eles, o ora recorrente] e mais entorpecentes", o que motivou o deslocamento dos agentes até o imóvel no qual havia significativa quantidade de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

droga, bem como apetrechos relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes. Sob tal contexto, não há como acolher a tese defensiva de ilicitude da prova, uma vez que evidente a presença de justa causa para a adoção da medida de busca domiciliar.

[...]

8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/3/2023 - DJe de 17/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR AS CONDENAÇÕES. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INVIABILIDADE. GRAVIDADE DAS CONDUTAS PERPETRADAS E REITERAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

[...]

- Ademais, 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.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma – j. em 22/11/2022 - DJe de 28/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUTOR DO FATO ATRIBUIU A SI FALSA IDENTIDADE. SUPERVENIENTE RETIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VEDAÇÃO À ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROVOCADA PELA PARTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos dos autos indicam que, ao ser preso em flagrante, o Paciente teria atribuído a si falsa identidade. Essa conduta, nos termos entendimento consolidado por esta Corte no Enunciado n. 522, da súmula de jurisprudência, é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 765.898/MG – **Rel. Min. Laurita Vaz** - Sexta Turma – j. em 25/10/2022 - DJe de 3/11/2022);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de reconhecimento de nulidades: violação de domicílio e devassa em telefones celulares. Observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre os referidos temas expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

IV - Registre-se, ainda, que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e coerentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - a absolvição dos pacientes - requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido."

[STJ - AgRg no HC 740.458/SP – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) - Quinta Turma – j. em 2/8/2022 - DJe de 16/8/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE REINCENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

[...]

3. **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.**

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 695.249/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 26/10/2021 - DJe de 03/11/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), mas também diante da prova testemunhal.

2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. **Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes.**

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.877.158/TO – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/09/2021 – Dje de 20/09/2021).

Por isso, força convir, os depoimentos dos policiais militares merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação de sentença condenatória, depoimentos estes que, em Juízo, sintonizaram-se com os seus depoimentos prestados extrajudicialmente (fls. 02/04). Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arrepio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daquele* outro fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária –, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador –, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I -, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. CEZAR PELUSO** – j. em 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral (*Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº 2, aprilegiugno,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

2005, passim).

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*.

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto ciò che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra".(...)La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice.(...)Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima della presunzione hominis è data dalle*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

prove indiziarie.)

(LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: *'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade'* (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que *'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, v. g., em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

'IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório**. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('A *prova da alegação incumbirá a quem a fizer* [...]'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156).** III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante. (HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que '*[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão*' (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. LUIZ FUX** – j. em 28.08.12 –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

Ademais, as circunstâncias do encontro das substâncias entorpecentes, bem como as suas quantidades, além do que já se expôs, geram a convicção da posse voltada para o comércio e não a finalidade para o uso próprio, o que devidamente corroborado pelo depoimento judicial dos policiais militares, que abordaram o réu trazendo consigo as malsinadas drogas, nas circunstâncias narradas na denúncia, 24 (vinte e quatro) porções de "maconha", pesando 27,9g e 102 (cento e duas) porções de "cocaína", pesando 36,3g, policiais militares que, no duro, flagraram-no com a quantidade acima mencionada de substâncias entorpecentes, consoante a prova oral judicial, o que impede, de uma vez por todas, a possibilidade de se desclassificar a conduta ativa para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Por outro lado, o crime de tráfico de entorpecentes é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ele representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o fato de o réu não ter sido preso em ato de traficância (ou melhor, de venda de droga), por si só, pouco importa, afinal, o crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal ("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"), a Lei Especial não exigindo que o agente esteja em atos de mercancia propriamente dita, até porque tipifica como crime

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a prática das condutas acima mencionadas ainda que "gratuitamente". Nesse sentido são os entendimentos da SUPREMA CORTE e do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO.

[...]

3. **O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, veicula crime de ação múltipla, sendo desnecessária, para violação desse tipo penal, a efetiva comercialização, bastando a incidência em qualquer dos verbos nucleares descritos em referido dispositivo legal.**

4. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 182.279 AgR/DF – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 23/11/2020 – DJe de 04/12/2020);

"HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TRÁFICO DE DROGAS – CONSUMAÇÃO. **O tráfico de drogas consuma-se com a prática de qualquer dos núcleos do tipo.** PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Ante circunstâncias judiciais negativas, cabe a fixação da pena-base acima do mínimo legal. PENA – DOSIMETRIA – SOBREPOSIÇÃO – AUSÊNCIA. O contexto criminoso norteia a fixação da pena, consideradas as fases, não cabendo concluir pela sobreposição. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – INADEQUAÇÃO. Ante integração a organização criminosa, surge inadequada a observância da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. PENA – CAUSA DE AUMENTO – TRÁFICO INTERNACIONAL. A observância da causa de aumento alusiva ao caráter transnacional do tráfico de entorpecentes não exige efetiva transposição de divisas, sendo suficiente demonstração da destinação ao exterior – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006." (STF – HC 147.182/DF – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Primeira Turma – j. em 26/10/2020 – DJe de 05/11/2020);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, §3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.

I - Inicialmente, **vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração.**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

III - Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AREsp 2.160.831/RJ – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/2/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NÃO VERIFICADA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICATÓRIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

4. Ademais, este Tribunal Superior entende que a subsunção típica prescinde da efetiva prática de atos de mercancia, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de forma que se consuma com a prática de qualquer um dos verbos nucleares descritos no tipo penal.

[...]

6. Agravo improvido."

(STJ – AgRg no AREsp 1.803.460/ES – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** – Sexta Turma – j. em 13/9/2022 – DJe de 19/9/2022);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PROVA ACERCA DA TRAFICÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (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).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização.

4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 50 pedras de crack, pesando 10,25g, dinheiro trocado (R\$ 692,50), embalagens, celulares, 1 caderno de anotações referentes à contabilidade do tráfico de drogas e os depoimentos dos policiais e testemunhas, além do fato da polícia ter chegado ao acusado, em razão da informação de que um usuário entrou na casa de sua mãe,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

subtraiu um aparelho celular para trocar por drogas, tendo indicado que realizou tal transação na residência do acusado.

5. O fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo envolvido.

6. Sendo dispensável a comprovação da destinação comercial da droga e as circunstâncias que ocorreram o delito, fica o acusado condenado pela prática de conduta prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, por manter em depósito 50 pedras de crack, pesando 10, 25g.

6. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 1.992.544/RS – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 16/8/2022 – DJe de 22/8/2022).

Em outras palavras: o fato de o réu não ter sido encontrado em atos de venda, à míngua de outros elementos, não serve – como não pode servir – de prova cabal da sua inocência ou da sua condição de mero usuário de drogas.

Não. Não mesmo!

No duro, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §2º, da Lei de Regência.

Por todos, trago à colação as lições de **GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA** que analisa, um a um, os critérios para saber se a droga encontrada em poder de um determinado agente seria destinada, ou não, para o próprio uso pessoal ou se para a prática do narcotráfico:

"Sabe-se que prevalece no Brasil, o princípio do livre convencimento do juiz, o que significa que não há prova tarifada, e o juiz pode se deixar convencer por toda prova que não seja classificada como ilícita ou ilegítima. Deve ainda o julgador expor de forma racional as razões de seu convencimento, o que permite nomear o princípio como 'persuasão racional'.

A regra não perde força em razão da redação do §2º, que a nosso ver apenas orienta o julgador na difícil missão de reconhecer qual a finalidade que o acusado iria dar à droga que trazia consigo (ou

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

cultivava - §1º). Assim, deve o magistrado atentar aos seguintes critérios:

1) *Natureza e quantidade da droga*: Há drogas cuja utilização requer grande quantidade, e há drogas que em pequenas quantidades são suficientes a proporcionar o torpor buscado pelo usuário. Apenas o cotejo da natureza da droga com a quantidade apreendida é que permitirá uma correta valoração de tal indício no sentido da determinação da especial intenção do agente.

O objeto da norma seria orientar que a grande quantidade é indício de traficância e a pequena quantidade indício de que a posse visa o uso. Acreditamos ser importante que o julgador busque informar-se com peritos, assistentes sociais e policiais sobre quais as quantidades normalmente utilizadas pelos usuários e dependentes. A distorção de informações, mormente tendo como fonte a imprensa não especializada, pode resultar em enganos desastrosos.

Há que se observar, no entanto, que a quantidade da droga é apenas um indício. É um critério relativo. É um indício que, salvo quantidades exorbitantes, não pode orientar, sozinho, a classificação de traficância. Recomenda-se a conjugação dos demais critérios. Há posição minoritária no sentido de que a quantidade, ainda que não exagerada, é suficiente para caracterizar a traficância.

2) *Local*: O local também deve ser compreendido como mero indício, e com grande cautela para que não haja equivocada interpretação. É que a proximidade com a 'boca' de venda de drogas pode significar traficância, pois é o local em que se vende, e pode significar intenção de consumo pessoal, pois é o local em que se compra. Enfim, acreditamos que o local diz muito pouco sobre a intenção do indivíduo, salvo raríssimas exceções, como laboratório de refino, grande depósito com droga visível...

3) *Condições em que se desenvolveu a ação*: São indícios conhecidos: testemunha que afirma ter comprado droga do detido; entrada e saída de várias pessoas; balança ou instrumento para preparo; material para embalagem... Este deve ser, em nossa opinião, o principal critério orientador, pois é mais objetivo e capaz de trazer maior segurança na matéria probatória. É necessário cuidado com a valorização sobre estar ou não a droga embalada para venda: é que assim como a droga é embalada para a venda pelo traficante, é comprada embalada pelo usuário, ou seja, a forma como venda embalada pouco ou nada diz sobre a intenção do acusado.

4) *Circunstâncias sociais e pessoais*: Costuma ser levada em alta conta a situação econômica do agente, pois a grande quantidade de droga em poder de pessoa com pouca capacidade econômica seria indício sério de traficância. Embora a conclusão seja razoável, não deixa de ratificar o caráter discriminatório da persecução penal, pois o raciocínio a *contrario sensu* permite concluir que, para o sujeito com grande capacidade econômica, a classificação da conduta como traficância é mais difícil, e para o pobre, mais fácil. Tal agir é, a nosso ver, apenas uma cômoda eleição de um bode expiatório, que ao desprezar as finalidades democráticas da pena e as garantias individuais do sujeito, incrementa as estatísticas sobre prisões e condenações, tão caras às autoridades políticas com objetivos eleitorais e aqueles que a elas servem (ainda que inconscientemente). Tais indícios só podem ser considerados, assim, se pesquisados a fundo, com demonstração suficiente – produção de provas – pela acusação de que as circunstâncias sociais (ex: riqueza injustificada) ou pessoais (vangloriar-se da traficância) permitem

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

concluir pela intenção de tráfico.

5) *Conduta*: Um bom indício é a observação da conduta do acusado, sendo tomado como indício de traficância o fato de atender várias pessoas, entregar objetos e receber quantias injustificadamente.

6) *Antecedentes*: O sujeito que conta com maus antecedentes tem, realmente, maior chance de voltar a delinquir, eis que marginalizado, tem pouca oportunidade de ingressar no mercado de trabalho. Conforme a letra da lei, os antecedentes do sujeito são levados em seu desfavor, preferindo-se assim imputar a conduta de tráfico àqueles que já responderam ou tiveram condenação anterior pelo crime. Repudiamos tal indício de traficância, pois desrespeita a presunção de inocência quando não traz a necessidade de condenações para que se 'revele' o indício, confessa a falência da capacidade ressocializadora da pena e incrementa a estigmatização do condenado, que sempre será o primeiro suspeito ('suspeito de sempre') quando surpreendido nas proximidades de local destinado à venda."

(**Legislação Penal Especial**, Volume 1, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2010).

A bem da verdade, as provas dos autos consubstanciam um conjunto de indícios que convergem no sentido de evidenciar a materialidade e a autoria dos fatos, tal como reconhecido na sentença, ainda com base nos firmes depoimentos judiciais dos agentes da lei, que confirmaram que flagraram o réu, em local conhecido pela venda de drogas, com as substâncias entorpecentes mencionadas na denúncia, afastado qualquer pleito de desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas e comprovando, a não mais poder, que o réu praticou o crime de narcotráfico. Não bastasse, em Juízo, o réu admitiu que estava no narcotráfico. O que, é certo, inferia-se desde sempre ante a variedade e a quantidade das substâncias entorpecentes que ele trazia consigo.

Assim, convincente o quadro probatório, nada existe para ser revisto quanto à materialidade e à autoria criminosa narcotraficante. À mesma conclusão chegou a sentença:

"[...]"

É o relatório.

Fundamento e decido.

O pedido inicial é procedente.

A materialidade dos fatos está demonstrada pelos seguintes documentos: auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ocorrência (fls. 15/19), auto de exibição e apreensão (fls. 30/31), laudo de constatação (fls. 34/39) e laudo pericial químico-toxicológico (fls. 74/76).

Corroborar tal entendimento a prova oral colhida em audiência.

A autoria dos fatos também se encontra demonstrada pela pelos referidos documentos, bem como pelo depoimento das testemunhas.

A testemunha comum Kleiton Camargo Oliveira, em solo policial, disse que no dia dos fatos, junto com o CB-Tadeu, estavam em patrulhamento pela Rua Campo Erê. Visualizaram dois indivíduos mais à frente na via. Esses indivíduos, com a aproximação da viatura policial, separaram-se correndo sentidos opostos, sendo que o indivíduo identificado como, JONATHAN RAFAEL SOUZA DA SILVA foi abordado, em busca pessoal nada de ilícito foi localizado, mas numa das mãos segurava a quantia de R\$25,00 reais em notas trocadas, sendo 10 notas de R\$2,00 e 01 nota de R\$5,00, e na outra mão levava duas sacolas plásticas que continham em seu interior 24 porções pequenas de substância aparentando tratar-se de maconha e 102 porções pequenas dentre potes e plástico filme aparentando ser cocaína. Aduziu que o segundo indivíduo, identificado como Victor Gabriel Gonçalves Saturnino, portando RG.55.693.074-5, em busca pessoal nada de ilícito foi localizado. Já na bolsa que portava em seu interior foram encontradas três pequenas porções de substância aparentando ser maconha e um dechavador. Indagados, JONATHAN disse estar na mercancia, não informando quanto recebia pelas vendas, nem quem seria o dono das drogas. Afirmou que Victor disse ser usuário, que não estava vendendo, somente estava junto com JONATHAN. Aduzem os policiais militares que no momento da abordagem a Victor foram necessários meios moderados para contê-lo devido estar muito exaltado e por resistir a abordagem. Foi feito uso da taser, onde Victor veio a solo batendo com a cabeça. Victor foi levado ao UPA - Paraventi onde passou por atendimento sendo medicado e liberado, com escoriação na cabeça lado esquerdo (fls. 02/03).

A testemunha comum Kleiton Camargo Oliveira, em juízo, declarou que...estavam em patrulhamento, quando visualizaram indivíduos caminhando juntos em conhecido ponto de tráfico, rescindiriam abordá-lo, com o réu foi localizada sacola com drogas, cocaína e maconha, e dinheiro. com outro indivíduo havia três porções "skank". O réu alegou que estava traficando o outro indivíduo disse que era usuário.

A testemunha comum Rogério Tadeu Dias, em solo policial, disse que no dia dos fatos, junto com o 1º Sgto. PM Kleiton, estavam em patrulhamento pela Rua Campo Erê. Visualizaram dois indivíduos mais à frente na via. Esses indivíduos, com a aproximação da viatura policial, separaram-se correndo sentidos opostos, sendo que o indivíduo identificado como, JONATHAN RAFAEL SOUZA DA SILVA foi abordado, em busca pessoal nada de ilícito foi localizado, mas numa das mãos segurava a quantia de R\$25,00 reais em notas trocadas, sendo 10 notas de R\$2,00 e 01 nota de R\$5,00, e na outra mão levava duas sacolas plásticas que continham em seu interior 24 porções pequenas de substância aparentando tratar-se de maconha e 102 porções pequenas dentre potes e plástico filme aparentando ser cocaína. Aduziu que o segundo indivíduo, identificado como Victor Gabriel Gonçalves Saturnino, portando RG.55.693.074-5, em busca pessoal nada de ilícito foi localizado. Já na bolsa que portava em seu interior foram encontradas três pequenas porções de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

substância aparentando ser maconha e um dechavador. Indagados, JONATHAN disse estar na mercancia, não informando quanto recebia pelas vendas, nem quem seria o dono das drogas. Afirmou que Victor disse ser usuário, que não estava vendendo, somente estava junto com JONATHAN. Aduziram os policiais militares que no momento da abordagem a Victor foram necessários meios moderados para contê-lo devido estar muito exaltado e por resistir a abordagem. Foi feito uso da taser, onde Victor veio a solo batendo com a cabeça. Victor foi levado ao UPA - Paraventi onde passou por atendimento sendo medicado e liberado, com escoriação na cabeça lado esquerdo (fl. 04).

A testemunha comum Rogério Tadeu Dias, em juízo, declarou que estava em patrulhamento no local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas. Foram abordados dois indivíduos, com o réu havia drogas e dinheiro e com o outro indivíduo apenas drogas.

O acusado, interrogado em sede policial, permaneceu em silêncio (fl. 05).

O acusado, em seu interrogatório judicial, confessou a autoria delitiva.

Em que pese as alegações defensivas, estas não encontram suporte probatório.

Assim, diante de todos os elementos constantes nos autos, encontra-se demonstrada a prática do delito de tráfico de drogas pelo réu, mostrando-se a tese defensiva isolada diante de todo o conjunto probatório.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que os policiais militares não estão impedidos de depor pela legislação processual pátria e o fato de serem servidores comprometidos com a aplicação da lei, repressão e combate ao crime, não retira a força de suas palavras. Pelo contrário, suas palavras têm pleno crédito até que prova manifesta em contrário exclua a presunção.

O delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, possui tipo multinuclear ou de ação múltipla, visto que a prática de quaisquer dos verbos nucleares do tipo é suficiente para a consumação do delito.

Diante disso, o delito em exame não exige, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização para a sua caracterização (STF, HC 69.806/GO).

O objeto do crime são as drogas, nos termos prescritos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006.

Cuida-se de crime de perigo abstrato (STJ, CC 41775/RS), sendo irrelevante a efetiva demonstração de lesão efetiva ao bem jurídico no caso concreto (STF, RE 109.435-4; STJ, REsp. 98835/GO).

Por conseguinte, considerando-se todo o acervo probatório, encontra-se demonstrada a prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, pois comprovou-se que o réu JONATHAN RAFAEL, livre e conscientemente, trazia consigo, para fins de tráfico, 102 eppendorffs contendo 36.3g de cocaína e 24 porções contendo 27.9g de Cannabis Sativa L, droga vulgarmente conhecida por "maconha", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a forma de acondicionamento da droga, pronta para a entrega ao consumo de terceiros, a apreensão de dinheiro em espécie em notas trocadas, as próprias peculiaridades do flagrante, ocorrido após tentativa de fuga, são circunstâncias essas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que, aliadas aos depoimentos dos policiais militares não deixam dúvidas quanto à destinação do entorpecente ao tráfico, que é evidente, ilidindo quaisquer lacunas quanto a materialidade do delito. Outrossim, imposta a condenação, de rigor salientar que o réu não faz jus à concessão da benesse prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando-se as circunstâncias da prática delitiva.

Com efeito, o custodiado ostenta dupla reincidência (Processo 0005038-44.2016.8.26.0224 5ª Vara Criminal local), uma delas específica (Processo 1502339-38.2019.8.26.0535 6ª Vara Criminal local), estando inclusive em cumprimento de pena (Processo 0008494-14.2016.8.26.0026 - Vara de Execuções Criminais local), demonstrando inclinação à criminalidade e a traficância.

Assim, diante do conjunto destes elementos é evidente que o réu se dedica às atividades criminosas.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TER JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO FOI A ÚNICA RAZÃO A IMPEDIR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) - O ora paciente conta com condenação anterior à medida socioeducativa de internação, pela prática do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes. Dessa forma, sobeja essa razão, idônea nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, para afastar a redutora do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois atesta a dedicação do acusado à atividade criminosa.- Inalterada a pena aplicada, o pleito de substituição da reprimenda corporal não merece acolhida, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal.(...) (HC 481.232/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO. AGRAVO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. III – No presente caso, o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi afastado, ao fundamento de que a paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se, além da diversidade de drogas apreendidas na posse da paciente, nos depoimentos dos policiais, que informaram que o local da apreensão das substâncias ilícitas e da prisão da paciente é notório como ponto de venda de drogas. Assim, as fundamentações exaradas são adequadas ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado (...) (AgRg no HC 436.054/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 21/03/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...).

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático probatório, inviável em sede de habeas corpus. 3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. 4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016)

No mesmo sentido, já decidiu o E.TJSP: Apelação da Justiça Pública Tráfico de Drogas Provas suficientes à condenação Materialidade e autoria comprovadas Réu preso em flagrante Apreensão de diversas porções de maconha e de cocaína Depoimentos seguros e harmônicos dos policiais responsáveis pelo flagrante Suficientes elementos para embasar a condenação Pena base fixada no mínimo legal Incidência da circunstância atenuante da menoridade, sem reflexo na pena, à vista da Súmula nº 231, do STJ Causa de Diminuição Artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 O benefício previsto na nova Lei de Drogas somente se aplica ao pequeno e eventual

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

traficante Apreensão de diversas porções de cocaína e de maconha Ausência de comprovação de atividade lícita Aspectos que traduzem autêntico exercício constante da atividade criminosa Regime diverso do fechado ou substituição da pena de liberdade por penas restritivas de direitos Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade Recurso de apelação provido, com determinação. (TJSP; Apelação 0001270-66.2016.8.26.0562; Relator (a): Cesar Augusto Andrade de Castro ; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/05/2018; Data de Registro: 24/05/2018).

Por tais razões, mostra-se inaplicável o disposto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 à hipótese vertente.

Passo à fixação da pena. [...] (fls. 114/119).

Digo eu.

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando dar escopo à fundamentação deste Acórdão, não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF - HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

À pena.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no piso, em razão dos seus maus antecedentes (processo-crime n. 0005038-44.2016.8.26.0224 – fls. 46).

E, sobre este ponto, não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação da pena-base em razão do decurso do tempo. Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Confirma-se o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a respeito:

"Direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. **Tema 150 da repercussão geral.** Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese.

1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão do Plenário Virtual desta Corte, que fixou a tese de repercussão geral referente ao Tema 150, nos seguintes termos: "não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

2. A alegada omissão referente à existência de discricionariedade do juízo em utilizar ou não as condenações com período superior a cinco anos para o incremento da pena-base foi afirmada nos votos de todos os Ministros que formaram a maioria.

3. A possibilidade de reconhecer ou não como maus antecedentes condenações antigas ou desimportantes deriva dos institutos da individualização da pena e isonomia, bem como da necessidade de que a reprimenda seja suficiente e necessária para que o condenado não volte a delinquir. Tanto a consideração quanto a descon sideração dessas circunstâncias devem ser devidamente fundamentadas.

4. Embargos de declaração acolhidos, tão somente para aclarar a tese do Tema 150 da repercussão geral, que passa a ser fixada

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

nos seguintes termos: “Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”.

(STF – RE 593.818-ED/SC – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO** – Tribunal Pleno – j. em 25/04/2023 – DJe de 05/05/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. MAUS ANTECEDENTES. TEMA RG Nº 150. PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, INC. I, DO CP): INAPLICABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 593.818-RG/SC, Tema RG nº 150 do ementário da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: 'Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 211.324-AgR/SP – Rel. Min. **ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS (SÚMULA 279/STF). JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

[...]

4. O STF, ao julgar o RE 593.818-RG – Tema 150, de minha relatoria, entendeu que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, '[s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006' (HC 123.042, Relª. Minª. Rosa Weber). Precedente.

[...]

7. Agravo a que se nega provimento."

(STF – RE 1.402.758-AgR/SP – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 23/11/2022);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 150). HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Esta Suprema Corte, na análise do Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese de que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

2. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 209.193-AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022).

Na mesma linha está o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES DA SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. **MAUS ANTECEDENTES. ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE NÃO ESTÁ LIMITADA AO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS.** AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade' (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 7/3/2018).

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 750.611/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/2/2023);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PENA BASE. ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. INAPLICABILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA INTERMEDIÁRIA SUPERIOR A 1/6. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. O tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não opera efeitos quanto à validade da condenação anterior, para fins de valoração negativa dos antecedentes, como circunstância judicial desfavorável. Isso porque o Código Penal adotou o sistema da perpetuidade, haja vista que o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), hipótese em que vigora o sistema da temporariedade. Não houve, pois, ilegalidade na valoração dos antecedentes na pena-base.

6. Não há qualquer ilegalidade em valorar condenação não alcançada pelo período depurador sob o título de antecedentes, porquanto, inclusive, mais favorável aos pacientes.

[...]

9. Agravo regimental parcialmente provido."

(STJ – AgRg no HC 668.427/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Nesse sentido, **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE** destacam que, mesmo em se admitindo a necessidade de trânsito em julgado como essencial ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal e Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça):

"[...] constituíam maus antecedentes as condenações irrecorríveis depois do decurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena e as condenações irrecorríveis posteriores à prática do segundo crime, mas referentes à conduta anterior, ambas não geradoras de reincidência."

(**Código Penal e sua interpretação** – Doutrina e Jurisprudência, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 344 – grifou-se).

Trilha o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"Os arts. 63 e 64 do Código Penal especificam o alcance da reincidência em relação a condenações anteriores, exigindo: a) que o crime pelo qual o réu esteja sendo condenado tenha sido praticado após o trânsito em julgado da sentença que o condenou pelo crime anterior; b) que na data do novo crime não se tenham passado 5 anos desde a extinção da pena do delito anterior.

Em suma, em havendo condenação anterior definitiva, mas ausente algum dos requisitos da reincidência, o réu será considerado portador de maus antecedentes. Configuram, portanto, maus antecedentes: a) condenações definitivas cuja pena tenha sido extinta há mais de 5 anos em relação ao cometimento do novo delito; b) condenações definitivas transitadas em julgado após a prática do novo crime, porém, antes da sentença; e c) condenações anteriores por contravenção penal quando o agente vem a cometer posteriormente um crime, na medida em que esta hipótese não é abrangida pelo conceito de reincidência do art. 63 do Código Penal."

(**Curso de Direito Penal**, Parte Geral, Saraiva, 2015).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Na segunda fase, foi reconhecida a circunstância agravante da reincidência específica do réu (processo-crime n. 1502339-38.2019.8.26.0535 – fls. 49).

No ponto, observo que não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE -
Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do
artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a
reincidência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer consequências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A *QUO*. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido.

Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF – RE 453.000-RG/RS – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

Além disso, ressalto que inexistiu a ocorrência do "bis in idem" no caso concreto, porque a sua reincidência se deu com base em processo-crime distinto daquele que serviu para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a ausência de violação do princípio do "non bis in idem", quanto à fixação da pena, quando para os fins do art. 59, "caput", do Código Penal, usam-se processos-crime distintos daquele ou daqueles que, na segunda fase da dosimetria da pena, são usados para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência. Aqueles forjam o conceito de maus antecedentes criminais, este, o da reincidência:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. *WRIT* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DEFICITÁRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

TRANSITADA EM JULGADO. **ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM POR MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS.**

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. A instrução processual deficitária inviabiliza a análise do constrangimento ilegal invocado e a concessão da ordem pleiteada. Precedentes. 4. No caso concreto, o agravante deixou de instruir o feito com a folha de antecedentes criminais mencionada na sentença e no acórdão condenatórios, o que impossibilita o exame da pretensão deduzida no habeas corpus. 5. Não se reveste de verossimilhança a tese de que o recorrente teria sido absolvido da imputação que ensejou a reincidência em sentença, haja vista que, do que se extrai dos documentos constantes dos autos, as instâncias ordinárias o consideraram reincidente em razão de condenação transitada em julgado havida em ação penal diversa. **6. Depreende-se dos documentos que instruem o presente writ que as instâncias ordinárias utilizaram condenações distintas para majorar a pena base em razão dos maus antecedentes, bem como para agravar a pena pela reincidência, o que afasta a tese de ofensa ao princípio do non bis in idem.** 7. Agravo regimental desprovido."

(STF – AgR no HC 215.998/SP – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023);

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Supressão de instância. Alegação de cerceamento de defesa. Negativa de autoria. Dosimetria da pena. Regime inicial. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

6. O STF tem orientação no sentido de que é “lícito ao juiz, havendo duas condenações com trânsito em julgado, considerar uma delas como maus antecedentes e a outra como agravante genérica do art. 61, I, do CP (reincidência), sem que isso implique bis in idem” (RHC 126.336, Rel. Min. Teori Zavascki). Ainda nesse sentido: HC 140.868, Rel. Min. Marco Aurélio. 7. A

imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na presente hipótese, a imposição do regime fechado encontra respaldo em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, notadamente em razão da reincidência e maus antecedentes. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – AgR no HC 202.516/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** - Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Exasperação da pena-base. Não ocorrência. Adequação formalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Maus antecedentes. Reincidência. Inexistência de violação ao princípio do non bis in idem. Condenações diversas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

4. Prescrição. Não ocorrência.

5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 92.611/RJ – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

4. Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de bis in idem. Precedentes.

5. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não inovou ao apreciar a dosimetria da pena na sentença condenatória; analisou seus fundamentos para mantê-la. Não há reformatio in pejus.

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples. **Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas.** Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido.

1. Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto.

2. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.

3. Recurso não provido."

(STF – RHC 110.727/DF – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012);

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

OBRIGATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição.

II - O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui 'bis in idem' quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.

III - Ordem denegada".

(STF – HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

Não bastasse, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a existência de uma única sentença condenatória transitada em julgado não pode ser valorada concomitantemente como Maus Antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e como reincidência, na etapa seguinte, sob pena de indevido "bis in idem", a teor do disposto na Súmula n. 241, do Superior Tribunal de Justiça:

"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva anterior, pode o Magistrado utilizar-se de uma ou mais como antecedentes criminais e as demais, diferentes daquelas, como ensejadores do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, por se tratar de valoração de fatos distintos, conforme a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, "in casu", não há falar em "bis in idem" na fixação da pena ou violação à sobredita Súmula, pois conforme já consignado, tem-se o registro de mais de uma sentença condenatória transitada em julgado. Assim, na hipótese de o agente ostentar mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, insisto, não há ilegalidade na utilização de uma delas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, o que ocorre na espécie.

A Doutrina não é diferente do entendimento jurisprudencial (nem poderia ser, pois se trata de normal inteligência interpretativa).

LUIZ FLÁVIO GOMES e **ALICE BIANCHINI**, sobre o tema, ensinam que:

"Pluralidade de condenações pretéritas: se o agente conta com várias condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos, cabe ao juiz levá-las em consideração como fatores de determinação da personalidade do agente. Uma delas vale como antecedentes; as outras devem ser levadas em conta como reveladoras da personalidade do agente. Se o agente conta com várias condenações que não tenham ultrapassado o lapso de cinco anos: uma vale para o efeito da reincidência; a outra (ou outras) vale (m) para o efeito dos antecedentes criminais.

Ne bis in idem: havendo uma só condenação pretérita, que ainda se encontra dentro do lapso de cinco anos contados da extinção da pena, cabe ao juiz levá-la em consideração exclusivamente para o efeito da reincidência. Nesse caso, não pode jamais a mesma condenação também servir de base para o reconhecimento de antecedentes criminais. Um mesmo fato (uma mesma condenação) não pode ser valorado duas vezes (contra o réu). Está proibido o *bis in idem* (veja Súmula 241 do STJ)."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Pela mesma senda é o escólio de **GUILHERME DE SOUZA**

NUCCI:

"Inexiste, ainda, dupla punição pelo mesmo fato, quando o magistrado considera em diferentes etapas, sustentado por diversos delitos, os antecedentes e a reincidência. Há possibilidade de o agente ser somente reincidente – cometer novo delito, após condenação anterior, com trânsito em julgado, por crime – ou ser reincidente e possuir maus antecedentes – cometer novo crime, depois de ter sido condenado por delito anterior -, além de ostentar outras condenações com trânsito em julgado."

(Princípios Constitucionais e Processuais Penais, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

O próprio autor acima nominado, Desembargador no Tribunal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de Justiça do Estado de São Paulo, é quem, em outra de suas obras, também sustenta:

"Maus antecedentes: pode o juiz levar em consideração ambos os elementos, desde que não tenham como base as mesmas condenações. Neste contexto, saliente-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "Areincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Assim, caso alguns processos signifiquem *maus antecedentes*, outros podem levar ao reconhecimento da reincidência."

(**Código Penal Comentado**, 15ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

E ainda, em uma terceira obra, o mesmo autor pontifica:

"Por outro lado, o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica está a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "Areincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Entretanto, nada obstaculiza a elevação da pena-base porque o réu possui maus antecedentes e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações *distintas* em número suficiente para tal procedimento.

Exemplificando: se o agente pratica um roubo depois de já ter sido condenado definitivamente por três outros delitos patrimoniais, podendo ou não ter cumprido a pena. Ora, nada impede que o juiz o considere reincidente por conta de um deles e pondere os outros dois como antecedentes negativos. Se assim não fizer, levando em conta somente a reincidência, poderá haver injustiça na individualização da pena, pois outro réu, que possui apenas uma condenação por crime anterior, é identicamente reincidente. O primeiro tem três antecedentes; o segundo, apenas um. Ambos não podem ser equiparados como reincidentes, com igual elevação da pena. É razoável que haja consideração separada para o que ostenta mais de uma condenação no seu passado. Outros sistemas legislativos adotam critério diferenciado para a ponderação da reincidência na fixação da pena, determinando aumentos maiores para quem possui mais de uma condenação pretérita e torna a cometer outra infração penal. No Brasil, pode-se suprir a deficiência legal no contexto da reincidência conforme o prudente critério do magistrado ao levar em consideração tanto a circunstância legal da reincidência quanto a circunstância judicial dos maus antecedentes."

(**Individualização da Pena**, 6ª Edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2014).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Igualmente, **ANDRÉ ESTEFAM**:

"O agente não pode ter, por força de uma única condenação anterior com trânsito em julgado, reconhecida em seu desfavor a agravante da reincidência e os maus antecedentes (na condição de circunstância judicial desfavorável), sob pena de se realizar um inaceitável *bis in idem*. Nesse sentido a Súmula 241 do STJ: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?. Tal fenômeno, isto é, o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes em desfavor do mesmo réu, requer a existência no processo de uma certidão criminal demonstrando condenação anterior definitiva por outro crime e de *outras* certidões anotando antecedentes criminais."

(Direito Penal, 1, Parte Geral, (arts. 1º a 120), 3ª edição, Editora Saraiva, 2013).

Segue o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"Igualmente, o reconhecimento da agravante da reincidência impede que a mesma condenação anterior seja utilizada para aumentar a pena-base na condição de "maus antecedentes" (circunstância judicial do art. 59 do CP). A esse respeito existe, inclusive, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Referida vedação obviamente não existe quando o acusado ostenta mais de uma condenação anterior definitiva e o juiz utiliza uma delas para reconhecer a reincidência e a outra como maus antecedentes. Nessa situação, não há *bis in idem* porque cada agravação da pena baseou-se em condenação anterior diversa."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Ainda nesta etapa, o Juízo "a quo", ao contrário do entendimento da defesa, reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea para o sentenciado. Contudo, a Origem entendeu por bem compensar a circunstância atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência. Fê-lo mal. Isso porque, entendo que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, em estrita observância ao disposto no art. 67, do Código Penal. Aliás, conforme o entendimento de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO - NÃO CONHECIMENTO - ADEQUAÇÃO. O não conhecimento de agravo interposto com o fim de imprimir trânsito a recurso especial, não é óbice ao exame do habeas. HABEAS CORPUS - INSTÂNCIA - SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única - o paciente, personificado pelo impetrante -, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. CRIME - CONFIGURAÇÃO. Constando do título condenatório a conclusão sobre a ocorrência do delito e a comprovação da autoria, imprópria é a absolvição. **PENA - ATENUANTES E AGRAVANTES - PREDOMINÂNCIA. A teor do disposto no artigo 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, preponderam os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.** PENA - CUMPRIMENTO - REGIME. O regime de cumprimento da pena é definido ante o patamar alusivo à condenação e as circunstâncias judiciais - artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal. (HC 174158, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020)" (STF – HC 174.158/SP – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Primeira Turma – j. em 11/05/2020 – DJe de 22/06/2020);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE**
1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, **'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada'** (RH C 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli).
2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual." (STF – HC 105.543/MS – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 26.05.2014 – DJe de 27/05/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA. **CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. ART. 67 DO CP. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL LOCAL NEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DUPLA**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

5. A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes.

[...]

7. Recurso ordinário parcialmente conhecido e improvido."

(STF – RHC 118.107/MG – Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – Segunda Turma – j. em 29/05/2014 – DJe de 30/05/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO.

I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita.

II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.

III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 120.677/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 01/04/2014 – DJe de 02/04/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. **PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES.** 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes.

[...]

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe de 17/04/2013).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

E, ainda, conforme recentes decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da SUPREMA CORTE:

"[...]"

É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. **A pretensão da parte recorrente, que busca a integral compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, não encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal, que considera aquela preponderante sobre esta.** Confirmam-se, a esse respeito, os seguintes julgados, oriundos de ambas as Turmas desta Corte: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PREQUESTIONAMENTO – INADEQUAÇÃO. É impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressuposto de recurso de natureza extraordinária, o prequestionamento. PENA – DOSIMETRIA – REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. **A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.** PENA – DOSIMETRIA – SOBREPOSIÇÃO – INEXISTÊNCIA. Cabe levar em conta a prática de violência doméstica contra mulher como agravante e para impedir a imposição isolada de multa, inexistindo sobreposição – artigos 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal e 17 da Lei nº 11.340/2006. (RHC 172842, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2021 PUBLIC 26-02-2021) Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. II – **Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.** III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 120677, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014) Habeas Corpus. **2. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Art. 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3 Ordem denegada.** (HC 106172, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2011 PUBLIC 11-03-2011 RTJ VOL-00236-01 PP-00100) Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. **Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 105543, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014) Por fim, quanto à magnitude do acréscimo de pena promovido em razão do cotejo entre as circunstâncias agravante e atenuante, observo que “[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, à míngua de previsão, no Código Penal, de rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena”, de modo que não existe constrangimento ilegal sanável via habeas corpus se a exasperação for “estabelecida dentro da margem de discricionariedade permitida ao julgador e cuja resultante não teve desfecho flagrantemente desproporcional” (HC 218217 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 20.9.2022), como ocorreu no presente caso, em que, dado o elevado número de condenações definitivas, mesmo diante da confissão, optou-se pelo aumento da pena em 1/3 (um terço).

Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão ora recorrida por seus próprios fundamentos. Ante o exposto, nos termos dos arts. 192 e 312 do RISTF, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus.”

(STF – RHC 211.798/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 22/02/2023 – DJe de 24/02/2023);

“[...]”

Por fim, esta CORTE já decidiu, reiteradas vezes, que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a atenuante da confissão (art. 67 do Código Penal). Precedentes: RHC 135819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 13/6/2018; RHC 110727, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10/5/2012; HC 105.543, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 27/5/2014; RHC 120.677, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 2/4/2014; HC 112.830, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 18/6/2012; HC 108.138, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 14/12/2011). Em conclusão, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, INDEFIRO a ordem de HABEAS CORPUS.”

(STF – HC 222.186/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 11/11/2022 – DJe de 14/11/2022);

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES: IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ESPONTÂNEA. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA. PATAMAR DE 3/8. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

15. Na espécie vertente, descabe cogitar-se de ilegalidade manifesta ou flagrante teratologia, pois a jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão espontânea. O entendimento do Supremo Tribunal Federal não restringe a preponderância ao caso de ser reincidência específica ou reincidência múltipla. Confirmam-se os julgados: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO ATO APONTADO COMO COATOR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (HC n. 198.395-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13.4.2021). “Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade **1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, 'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada'** (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual” (HC n. 105.543, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 27.5.2014). “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada.** Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento” (RHC n. 120.677, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 2.4.2014). “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. **CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. **2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea.** Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada” (HC n. 102.486, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21.5.2010).

16. No art. 67 do Código Penal, dispõe-se: “Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Como afirmei em julgado de minha relatoria, o “dispositivo legal é claro ao dispor que a reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea” (HC n. 102.486, Primeira Turma, DJe 21.5.2010).

[...]

20. Pelo exposto, nego seguimento ao habeas corpus (§1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), prejudicada a medida liminar requerida.”

(STF – HC 220.776/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – j. em 07/10/2022 – DJe de 11/10/2022);

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE: AUSÊNCIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL: IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. PEDIDO LIMINAR PREJUDICADO.

[...]

12. Além disso, o entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o de que a agravante da reincidência é preponderante sobre a atenuante da confissão: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” (RHC nº 120.677/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 18/03/2014, p. 02/04/2014; grifos nossos). “Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual.” (HC nº 105.543/MS, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 29/04/2014, p. 27/05/2014; grifos nossos).

[...]

15. Ante o exposto, denego a ordem, com fundamento no art. 192 do RISTF, ficando prejudicado o pedido liminar.” (STF – HC 212.965/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. em 03/09/2022 – DJe de 05/09/2022);

[...]

Finalmente, acerca do pleito de que “a atenuante da confissão espontânea deve ser integralmente compensada com a agravante da reincidência”, a preponderância dada pelo tribunal de origem à agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão espontânea está de acordo com a orientação de ambas as turmas dessa Suprema Corte, nesse sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CABIMENTO. Mostra-se impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressupostos de recursos de natureza extraordinária – prequestionamento. PENA – DOSIMETRIA – **REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.** (RHC 141.519, ministro Marco Aurélio – grifei) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTENTAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.** III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 120.677, ministro Ricardo Lewandowski – grifei)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

3. Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 214.581/PR – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. em 01/08/2022 – DJe de 03/08/2022).

A Doutrina, na melhor interpretação hermenêutica, assim também entende, a começar por **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ALICE BIANCHINI**:

"Concurso de agravantes com atenuantes: quais prevalecem? Por força do art. 67 do CP preponderam as subjetivas (personalidade, motivos e reincidência). Réu reincidente que reparou os danos: pelo CP deve preponderar a circunstância subjetiva (reincidência). De qualquer modo, o juiz está livre para valorar tudo isso em cada caso concreto. Uma vez mais o que vale mesmo é a razoabilidade."

(**Curso de Direito Penal, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I**, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Os mesmos autores acima, adiante, são categóricos e incisivos, quando elencam, dentre outros efeitos da reincidência, o da sua preponderância no concurso entre agravantes e atenuantes, à exceção da atenuante da menoridade.

Não diverge do entendimento acima **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"É possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea?"

Esse tema é de grande importância por se tratar de hipótese muito comum.

De acordo com o texto legal, a reincidência é circunstância preponderante enquanto a confissão não, de modo que deve prevalecer a exasperação. Este entendimento, aliás, é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme pode se confirmar nos seguintes julgados: HC 112.830, HC 108.391/MG; HC 96.063/MS; HC 106.514/MS; RHC 110.727/DF; RHC 103.560/DF.

Existem, contudo, inúmeros julgados em sentido diverso no Superior Tribunal de Justiça:

'Segundo a atual orientação da Terceira Seção desta Corte, a atenuante da confissão espontânea, por ser de mesmo valor da agravante da reincidência, quando separadas na segunda fase da fixação da pena, resulta na compensação de uma pela outra. 2. A confissão espontânea traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca. Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão. Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal. 3. Ordem concedida, em parte, para redimensionar a dosimetria da pena' (HC 242.422/MS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, julgado em 26-6-2012, DJ e 7-8-2012).

No mesmo sentido, podemos apontar os seguintes julgados do STJ: HC 194.189/DF; REsp 1.154.752/RS; REsp 1.305.833/RN, todos da 5ª Turma; HC 121.872/MG; HC 124.172/RN e HC 142.231/MG, todos da 6ª Turma.

Parece-nos que a primeira interpretação é a correta, quer por estar em perfeita consonância com o texto legal, quer por ter sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Entretanto, ausente recurso Ministerial, a pena deve ser mantida.

Na terceira fase da dosimetria não há causas de aumento ou de diminuição da pena.

Outrossim, era mesmo caso de não se fazer incidir o §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, artigo que estatui que nos crimes definidos no "caput" e no §1º, do indigitado artigo, a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. E tais requisitos são cumulativos. Isto é, a falta de um deles obsta o reconhecimento do benefício.

No caso, o réu possui maus antecedentes criminais e é reincidente específico, o que, por si só, impede o reconhecimento do benefício.

Nesse sentido é o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CONTEXTO FÁTICO. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. TEMA N. 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. **REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INADEQUAÇÃO.** NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
[...]

3. **A presença de maus antecedentes ou de reincidência é razão suficiente para afastar a minorante do tráfico privilegiado.**

4. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 239.873 AgR/SP – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 02/09/2024 – DJe de 19/09/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. TRÁFICO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NÃO CONFIGURADA. FATOS E PROVAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **MAUS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM.** MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
[...]

3. A exasperação da pena-base se deu com base em fundamentação idônea, tendo o Juízo sentenciante reconhecido os maus antecedentes e a quantidade elevada de droga (336,50 Kg de cocaína). Precedentes.

4. **Não procede a alegação de bis in idem na dosimetria da pena, pois a valoração negativa dos maus antecedentes parte de previsão expressa contida no art. 59 do Código Penal, ao passo que o óbice à aplicação da causa de diminuição de pena decorre do não atendimento aos requisitos legais da benesse.** Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 184280 AgR/MS – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 11/06/2024 – DJe de 18/06/2024).

Passo à análise do regime prisional, único ponto do recurso defensivo.

Correta a adoção do regime fechado para o cumprimento da pena, sobretudo por conta dos maus antecedentes e da reincidência específica do réu.

Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código.

Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes, caso do réu.

Conforme o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006). AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO.

[...]

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do §2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 217.347 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022);

"Processual penal. Agravo regimental em Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de colaboração com o tráfico de drogas. Direito ao silêncio. Prejuízo. Demonstração. Necessidade. Dosimetria da pena. Fatos e provas. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

5. A imposição do "regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na hipótese dos autos, o regime inicial fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida. O acórdão impugnado "manteve o regime inicial fechado em razão da presença (a) de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP); e (b) da agravante da reincidência. Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado" (HC 116.574, Rel. Min. Teori Zavascki).

[...]

9. Agravo regimental a que se nega provimento."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(STF – RHC 213.544 AgR/SC – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENAÇÃO PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À PESSOA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

[...]

2. **A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e a eventual reincidência do apenado, conforme remissão do artigo 33, §2º e §3º, do mesmo diploma legal.**

3. **A circunstância especial de o agente ser reincidente constitui fundamento idôneo para a imposição de regime mais severo** (semiaberto), medida que se mostra adequada e necessária para a repressão e prevenção do crime e atende ao disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

[...]

6. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 216.154 AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022);

"EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A existência de circunstância judicial desfavorável e a reincidência do agravante são justificativas idôneas para a imposição de regime fechado.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 210.394 AgR/DF – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022).

Não bastasse este entendimento da SUPREMA CORTE, no mesmo sentido se alinha o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

NO HABEAS CORPUS. SOMENTE INOBSERVANÇA DE PARÂMETROS LEGAIS OU FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. RAÇÃO DE 2/3. USO DE ARMA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. RÉGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

VIII - Descabida a inovação recursal em sede de agravo regimental quanto à pretensão de fixação de regime inicial fechado. Ademais, ainda que assim não fosse, tem-se que o mesmo foi devidamente fundamentado, sendo o agravante reincidente e condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, cabível o regime fechado, notadamente tendo a pena-base sido majorada em razão dos antecedentes e das consequências do delito, bem como em face da gravidade concreta da conduta, praticada com violência real às vítimas em concurso de quatro agentes, assim como da condição de reincidente do agravante, o que legitima a imposição do regime mais gravoso.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido."

(STJ – AgRg no HC 740.038/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022);

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REINCIDÊNCIA ATESTADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. LAPSO ENTRE A DATA DA EXTINÇÃO DA PENA DO DELITO ANTERIOR E O DIA DO COMETIMENTO DE NOVO CRIME. PERÍODO DEPURADOR NÃO APERFEIÇOADO. ENTENDIMENTO INAFASTÁVEL. REANÁLISE DE PROVAS. ÓBICE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. RÉGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Regime inicial. A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado ostente circunstâncias judiciais favoráveis e o quantum de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando este for reincidente. Confirma-se: AgRg no REsp n. 1.712.438/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 26/03/2018; HC n. 402.449/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/08/2017.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 604.483/SP – Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, a pena estabilizou-se em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, regime fechado e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no piso.

De outro giro, não assiste razão ao pedido de "detração penal".

Isto porque, antes da Lei n. 12.736/12, a detração era realizada apenas no momento da execução da pena, recaiando a competência sobre o Juízo das Execuções Penais, nos exatos termos do art. 66, III, "c", da própria Lei de Execuções Penais ("Compete ao Juiz da execução decidir sobre detração e remição da pena").

Entretanto, com a promulgação da Lei n. 12.736/12 houve uma mudança, ao menos em regra, na questão da detração penal. É que, agora, o art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, estabelece que o tempo de prisão provisória será computado para fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

Nessa toada, é de fácil compreensão que a intenção do legislador foi tornar mais célere a concessão dos benefícios da execução penal, afinal houve, ao menos formalmente, uma antecipação do momento de reconhecimento da detração para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena.

Contudo, como se sabe, para fins de progressão de regime prisional, reclama-se não apenas o cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime anterior, em casos em que o condenado o seja por crime comum, mas também um bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento prisional. E aqui não se tem isso.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Explica-se.

Imagine-se um condenado que esteja a cumprir pena de 06 (seis) anos de reclusão, no regime fechado, pela prática de um crime de roubo majorado, cumprindo-a já em sede de execução penal. Estaria ele sujeito, para fins de progressão do regime prisional, não só ao cumprimento de pelo menos 1/6 da pena, como também sujeito à apreciação de seu bom comportamento. Enquanto isso, um condenado, cuja sentença acabasse de ser proferida, também lhe impondo uma pena privativa de liberdade fixada em 06 (seis) anos de reclusão, regime fechado, mas que tivesse ficado preso, cautelarmente, por 01 (um) ano e 01 (um) dia, estaria, mercê da detração com base no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, imediatamente "promovido" – e já no bojo da própria sentença – ao regime semiaberto, por mais que tivesse tido um péssimo comportamento carcerário enquanto na cautelaridade prisional, mesmo porque o fato nem chegaria ao conhecimento da Autoridade Judiciária. Salta aos olhos, pois, a iniquidade de uma aplicação singela do art. 387, §2º, do Código de Processo Penal.

Assim, sem razão o réu quanto ao benefício da detração da sua pena privativa de liberdade, a qual se revela por demais precoce, devendo ser ela efetuada, se o caso, pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais, sob pena de supressão de Instância.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.
[...]

3. A teor dos precedentes desta Corte, "O §2º do art. 387 do Código de Processo Penal diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, razão pela qual, após a inclusão do referido dispositivo legal pela Lei n. 12.736/2012, a competência para examinar, num primeiro momento, a detração penal, passou a ser do Juízo sentenciante" (HC n. 357.440/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T.,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DJe 29/8/2016).

4. Também em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, "As alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência. Tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando" (HC n. 381.997/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 5/4/2017).

5. Embargos de declaração acolhidos em parte a fim de determinar que Juízo das Execuções realize a detração penal do período de prisão cautelar cumprido pelo réu, com análise, inclusive, da possível extinção da pena."

(STJ – EDcl no AgRg no AREsp 1.825.602/SP – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILÉGIO RECONHECIDO. DOSIMETRIA REFEITA. REGIME SEMIABERTO IMPOSTO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS VEDADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL E IRRELEVÂNCIA. ATRIBUIÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. O pedido de detração da pena não foi objeto do recurso especial interposto, configurando inovação recursal e, além disso, mesmo que esta Corte pudesse descontar o período de prisão preventiva do recorrente, o regime inicial semiaberto subsistiria, uma vez que aquele não foi fixado, exclusivamente, com base no quantum de sanção imposto.

4. "Conforme jurisprudência dominante do STJ, o abatimento do tempo de prisão provisória do total da condenação (art. 42, do CP) é medida que compete ao juízo das execuções penais, a quem será levada a questão após o trânsito em julgado do processo de conhecimento" (AgRg no AREsp 1247250/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2020).

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no REsp 1.994.397/MG – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 14/11/2022 – DJe de 17/11/2022);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ANULAÇÃO DA INSTRUÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. NOVO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. **DETRAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS.** AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, uma vez anulada a decisão que recebe a acusação, o marco interruptivo da prescrição acontece com a prolação do novo decisum que recebê-la

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

validamente.

2. **No que se refere à detração, "[t]endo em vista o trânsito em julgado da condenação, a análise acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado, nos termos do §2º do art. 387 do Código de Processo Penal, é de competência do Juízo das Execuções Penais"** (EDcl no HC 612.844/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/2/2021, DJe 17/2/2021).

3. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 2.017.961/PE – **Rel. Min. Ministro Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022).

Ao fim e ao cabo, trago à colação o entendimento de **RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, que se projeta no mesmo sentido deste Voto, a saber:

"Conquanto não conste qualquer ressalva do art. 387, §2º, do CPP, do que se poderia deduzir que a detração sempre deverá ser feita na sentença condenatória para fins de determinação do regime inicial do cumprimento da pena, pensamos que, a depender do caso concreto, é possível que o juiz do processo de conhecimento abstenha-se de fazê-lo, hipótese em que esta análise deverá ser feita, posteriormente, pelo juiz da execução, nos termos do art. 66, III, 'c', da LEP, que não foi revogado expressa ou tacitamente pela Lei n. 12.736/12. Explica-se: se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, §2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si diversas prisões cautelares decretadas por juízos diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo de execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para a prolação da sentença condenatória na audiência una de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo de execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentalmente, os motivos que inviabilizam a realização da detração na sentença condenatória." (**Manual de Processo Penal**, volume único, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora JusPodivm, 2016).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator