



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000325035

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500042-76.2024.8.26.0537, da Comarca de Diadema, em que é apelante RONALDO MARCO RIBEIRO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **afastada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso para reduzir as penas de Ronaldo Marco Ribeiro dos Santos para 05 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500042-76.2024.8.26.0537

Comarca de Diadema - 2ª Vara Criminal

Apelante : Ronaldo Marco Ribeiro dos Santos

Apelado : Ministério Público

TJSP – 12ª. Câmara Criminal

Voto nº 51.259

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06) – RECURSO DA DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE - VIOLAÇÃO AO ART. 8º 2, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – Não verificada. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade. Demonstradas satisfatoriamente a autoria e a materialidade do crime de tráfico de entorpecente, de se manter a condenação decretada em primeiro grau.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28, DA LEI N. 11.343/06 – Descabida a desclassificação para uso, quando a prova dos autos demonstra de forma indubitosa a autoria e a materialidade delitiva do tráfico de drogas.

REDUÇÃO DA PENA-BASE – Possibilidade. Pela disposição contida no art. 42 da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente para efeito de majoração da pena-base, não se justificando a sua elevação exclusivamente em razão da natureza das drogas.

COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MULTIRREINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/12 (UM DOZE AVOS) – Consoante entendimento pacificado pelo STJ, se o réu for multirreincidente não se aplica a compensação integral entre a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

APELANTE REINCIDENTE - REGIME CARCERÁRIO FECHADO – SUBSTITUIÇÃO DE PENA – Constatada a reincidência, não se aplica a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devendo ser mantido o regime carcerário inicial fechado e a negativa de substituição de pena.

DETRAÇÃO - O pedido para que seja efetuada a detração penal deverá ser analisado pelo Juízo de Execuções Penais.

Recurso parcialmente provido.

Vistos.

1 - Trata-se de apelação interposta pela defesa de Ronaldo Marco Ribeiro dos Santos, contra a r. sentença datada de 01 de novembro de 2024, prolatada pela MM^a Juíza de Direito da 2^a Vara Criminal da Comarca de Diadema, que o condenou pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, e o faço para condená-lo à pena de 06 anos, 09 meses e 20 de reclusão, em regime inicial fechado, mais ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, (fls. 183/189).

Inconformada, a defesa, preliminarmente, alega nulidade por violação ao art. 8º 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 5º, LVII, da Constituição Federal e art. 156 do Código de Processo Penal. No mérito, requer a absolvição alegando insuficiência de provas, com fulcro no art. 386, VII, CPP, ou a desclassificação para o art. 28, da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente pleiteia redução da base ao mínimo legal, integral compensação da agravante da reincidência pela atenuante da confissão informal e aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em patamar máximo. Por fim, requer abrandamento do regime de cumprimento de pena e detração (art. 387, §2º, CPP) (fls. 199/232).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão (fls. 237/243).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. Parecer, pronunciou-se pelo não provimento ao apelo (fls. 262/266).

Em síntese, é o relatório.

2 – Preliminar

De início, ressalte-se que não se decreta qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo para a parte, incumbindo o ônus da demonstração a quem a alega. Isso, inclusive, está expresso no artigo 563 do Código de Processo Penal: *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”*.

Requer a defesa, em preliminar, nulidade processual, alegando violação ao disposto no art. 8º 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 5º, LVII, da Constituição Federal e art. 156 do Código de Processo Penal.

Mas, sem razão.

Em detida análise, a defesa não traz qualquer argumento concreto que fundamente a alegada violação.

Com efeito, no caso em apreço, verifica-se que o processo teve seu curso normal resultando incólume, respeitando-se todos os princípios constitucionais, sobretudo o contraditório e ampla defesa, podendo se concluir que a condenação está amparada em

substancioso conjunto fático-probatório.

Além disso, o princípio da instrumentalidade das formas proclama ausência de nulidade quando o ato atinge sua finalidade e não acarreta prejuízo, nos termos dos artigos 563 e 572, II, do Código de Processo Penal, não tendo, na espécie, sido demonstrado prejuízo concreto, tudo a ensejar a manutenção do princípio *pás de nullité sans grief*.

Aliás, em sede de direito processual, a alegação de prejuízo, necessariamente, deverá estar plasmada em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porque têm as partes direito à prestação jurisdicional e não a um determinado resultado por elas perseguido.

Nessas circunstâncias, não há razões para agasalhar a nulidade suscitada pela defesa uma vez que não houve qualquer mácula procedimental capaz de justificar a anulação de todo o feito ou parte dele, inexistindo prejuízo à defesa, nunca demonstrado.

Não é demais lembrar que nenhum ato será declarado nulo se, da nulidade, não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Neste mesmo sentido, confira-se a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.

HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E ROUBO. INTERPOSIÇÃO DENTRO DO QUINQUÍDIO LEGAL. NULIDADES. DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO. ANUÊNCIA DA DEFESA. DESNECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática com propósito meramente infringente devem ser recebidos como agravo regimental, com base no princípio da fungibilidade recursal. 2. Não existe qualquer disposição legal no sentido de que é necessária a anuência da defesa e dos jurados quanto à desistência das testemunhas arroladas pela acusação. 3. O art. 400, § 1º, do CPP, autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova, de modo que o indeferimento fundamentado da prova requerida pela defesa, não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua prescindibilidade para o deslinde da controvérsia. 4. Acerca da incidência da atenuante da confissão, a matéria sequer comporta debate, porquanto não submetida à apreciação do Tribunal de origem, descabendo a esta Corte, de forma inaugural, promover a análise da questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no HC n. 411.833/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 6/6/2018.)

Afastada a preliminar, passo a examinar o mérito.

2 – Consta da denúncia que, no dia 03 de janeiro de 2024, por volta das 14h30, na Rua Clemente de Jesus, s/nº., bairro do Casa Grande, na cidade e comarca de Diadema, RONALDO MARCO RIBEIRO DOS SANTOS, qualificado às fls. 06 e 23, guardava e tinham em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, 26 porções contendo 7,8g da droga cocaína, 100 porções contendo 15,5g da mesma droga, na forma de crack, e outras 36 porções contendo 58g da droga maconha, conforme o auto de apreensão e exibição de fls. 12/13 e os laudos de constatação provisória de fls. 15/18 e de exame químico toxicológico de fls. 53/55, agindo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, na data dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de venda de drogas, ocasião em que avistaram RONALDO, o qual se assustou com a presença policial e retornou o caminho de onde vinham, conduta suspeita que motivou a aproximação da equipe para averiguação.

Notando que seria abordado, o denunciado dispensou uma pochete antes da chegada dos policiais.

Realizada a busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado na posse de denunciado, porém, dentro da pochete dispensada por ele, os policiais que encontraram a quantia de R\$ 89,00 em notas trocadas (fls. 58).

Indagado informalmente, RONALDO confirmou que os valores apreendidos eram oriundos da traficância de

drogas promovida por ele, indicando ainda local onde guardava as porções destinadas a venda.

Seguindo as orientações do denunciado (fls. 19), os policiais localizaram debaixo de um veículo abandonado e estacionado próximo a materiais de reciclagem uma bolsa onde RONALDO guardava e tinha em depósito um total de 26 porções de cocaína, 100 porções de crack e 36 porções de maconha.

Neste contexto, atento a quantidade, a diversidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes, agregados às declarações dos policiais militares e às circunstâncias da prisão, é certo que RONALDO praticou o nefasto tráfico ilícito de drogas e que os valores apreendidos foram auferidos com a venda espúria.

A denúncia foi oferecida aos 30 de janeiro de 2024 (fls. 69/70) e, na mesma data, foi determinada notificação do acusado para que apresentasse defesa prévia, nos moldes do artigo 55, da Lei nº 11.343/06 (fls. 81).

Notificado, o acusado apresentou defesa preliminar (fls. 103/105).

A sentença foi publicada em audiência aos 25 de julho de 2024 (fls. 181) e transitou em julgado para o Ministério Público na mesma data (fls. 192).

A materialidade do delito encontra-se comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de

ocorrência (fls. 07/10), do auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), dos laudos periciais toxicológicos provisório (fls. 15/18) e definitivo (fls. 53/55), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria emerge dos autos.

Interrogado na fase policial, o réu negou envolvimento com o tráfico de drogas. Afirmou que foi até a “boca de fumo”, com o fito de adquirir duas pedras de crack, uma vez que é usuário de tal substância. Assim que lá chegou, ouviu gritos sobre a presença da Polícia Militar. Tentou se evadir correndo do local, contudo foi capturado. Negou ter dispensado uma pochete contendo dinheiro. Entretanto, admitiu que indicou aos policiais militares que a droga estava atrás de um pneu de um carro, ali estacionado. Disse que imaginava que a droga estaria ali, mas reafirmou que não tem participação no crime em tela (fls. 06).

Em juízo o acusado alegou que estava indo lá comprar droga com o dinheiro da reciclagem que faz. Correu e deixou cair vinte reais perto do carro, e foi isso que disse para os policiais. Foi comprar K2. Correu dos policiais porque um olheiro avisou o traficante que ia lhe servir, e todos correram, mas os policiais não viram os rapazes correrem, só o viram perto do carro, e só correu depois. Falou que seu dinheiro caiu no chão, voltaram lá e já trouxeram a sacola e a pochete dizendo que eram seus. Tinha morador lá na rua que deve ter indicado onde estavam as drogas. Já foi processado por tráfico lá, mas dessa vez estava lá só para comprar droga.

Ouvida em juízo, a testemunha Erick Gyorgy

Martins, policial militar, asseverou que estavam em patrulhamento, o réu viu a chegada da equipe e tentou fugir dispensando uma bolsa/pochete. Identificaram que com ele tinha uma quantia em dinheiro e o réu informou para a equipe que estava no tráfico de entorpecentes. Indagado onde estavam as drogas, indicou um veículo, e embaixo dele estava a sacola com as drogas. Na pochete tinha valor monetário em notas trocadas. E na outra sacola embaixo do veículo estava a sacola com as drogas. Na chegada da viatura, por se tratar de uma biqueira, geralmente o olheiro grita ou faz sinal informando que a viatura está chegando, e foi o réu quem correu com a bolsa. O acusado estava uns cinquenta metros das drogas. O carro estava desativado, sem rodas, parado na via, e a sacola estava embaixo desse carro. Reconhece o réu e não o conhecia antes. Às reperguntas da Defesa disse que o réu assumiu que estava no tráfico, mas que a pochete que ele dispensou não seria dele. Nessa biqueira eles ficam com a pochete com dinheiro e vai toda hora pegar a droga para servir o usuário. Por isso o réu dispensou a pochete com o dinheiro e informalmente confessou que estava no tráfico mesmo, indicando onde estavam as drogas, embaixo do carro perto dele.

No mesmo sentido foi o depoimento de se colega de farda, o policial Aldo Avelino dos Santos Junior que reiterou que estavam em patrulhamento e avistaram o réu, por si reconhecido, segurando uma pochete. Ele os viu, correu, dispensou essa bolsa, foi alcançado e detido. Verificado no interior da bolsa dispensada, tinha oitenta e nove reais em notas diversas. Ele negou que aquilo fosse dele ou estivesse com ele. Ele apontou um carro abandonado ali perto onde estariam as drogas, uns cinquenta metros de distância, e havia maconha, crack e cocaína dentro. Daí ele confessou a prática do ilícito e a

propriedade da pochete e das drogas. Ele colaborou indicando onde estavam as drogas, num veículo abandonado, metade na calçada e metade na rua, e no interior tem recicláveis, e a sacola estava no chão, embaixo desse carro. Não conhecia o réu até então. Às reperfis da Defesa, respondeu que no primeiro momento o réu negou que a pochete com dinheiro fosse dele, mas depois ele indicou onde estavam as drogas, e daí que ele confessou o tráfico, a pochete com o dinheiro e apontou onde estavam as drogas. Não sabe qual foi a motivação do réu negar e depois confessar. O réu disse, apontando para o carro: "as drogas estão embaixo do carro".

Examinando a prova produzida, verifica-se que a condenação pelo tráfico era mesmo de rigor.

Apesar de o réu ter negado, em juízo, a prática delituosa como geralmente acontece nos crimes, não pode sobrepor aos testemunhos prestados pelos policiais, principalmente quando a defesa não fez qualquer prova capaz de desconstituir ou desacreditar a veracidade desses depoimentos.

Os policiais, de forma coesa e harmônica narraram que estavam em patrulhamento e avistaram o réu segurando uma pochete. Ao notar a aproximação policial, o réu correu, dispensando a pochete, mas foi alcançado e detido. Verificado no interior da pochete dispensada, tinha oitenta e nove reais em notas diversas. Ele apontou um carro abandonado ali perto onde estavam as drogas, uns cinquenta metros de distância, e havia maconha, crack e cocaína dentro. Aos policiais, o apelante confessou a prática do ilícito.

Como é cediço, o testemunho de policiais é de grande valia, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-los, no sentido de serem eles desafetos dos acusados ou quisessem indevidamente prejudicá-los, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

In casu, não há dúvida razoável de que os policiais aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar os apelantes, razão pela qual, devem ser devidamente considerados tais depoimentos testemunhais na formação do juízo de condenação e de tipicidade.

A propósito:

(...) A absolvição pela negativa de autoria do agente, não se sustenta quando a condenação é amparada em elementos seguros de convicção, como o depoimento prestado por policiais, as quais formam um conjunto probatório para embasar um decreto condenatório. A palavra de policial tem o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos, por serem revestidos de presunção de veracidade(...). TJMS, AC nº 2011.000352-9/0000-00, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Segunda turma Criminal, j. 14.02.2011.

(..) O depoimento testemunhal de policiais, especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mormente quando corroborado com o interrogatório do réu na fase

inquisitiva(...). TJMS, AC, nº 2011.013791-6/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Primeira Turma Criminal, j. 15/08/2011.

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte”. (STJ - AgRg no Ag 1158921/SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0117484-5 - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - T6 - SEXTA TURMA – julg. 17/05/2011 – DJe 01/06/2011).

Não entendo que os depoimentos dos policiais devam ser tomados com cautelas.

Isto porque, os depoimentos deles evidenciam a dinâmica dos fatos.

Não se infere dos autos qualquer prova de abuso de autoridade por eles, ou de que teriam qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando situação inexistente e incriminando um inocente. Não havendo, dessa forma, razão alguma para se desconfiar de suas palavras.

Acerca da validade do depoimento de policiais

explica Julio Fabbrini Mirabete:

Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha (Processo penal, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira segue o entendimento de Damásio E. de Jesus:

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). Assim, como já foi decidido, é -inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório- (TACrimSP, RT 530/372) (Código de processo penal anotado. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167).

PROVA - TESTEMUNHA – Depoimentos de policiais militares – Valor Probante - Inexistência de testemunhas civis – Irrelevância: “O simples fato das testemunhas de acusação serem policiais não é obstáculo para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas. É óbvio que pelas múltiplas atividades desenvolvidas pelos policiais seria demasiado rigor exigir-se a pompa de testemunhas presenciais, quando se sabe que o usual é a recusa de estranhos para testificarem o caso.” (TJSP – 3ª

Câmara – AP. 206.259-3/4 – j. 04.06.1996 – rel. Des. Segurado Braz – RT 732/623).

Consigno, ainda, que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominantes, para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente seja preso no ato da mercancia ou após vender a droga.

Isso, porque o tipo descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é misto alternativo, de natureza múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, todas as condutas ali descritas, separadas ou conjuntamente, enquadram-se na tipificação legal supramencionada. Em outras palavras, o crime se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de comercialização da droga.

Esse entendimento é pacificamente perfilhado pela jurisprudência, consoante se verifica dos julgados abaixo, deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

... Cumpre ressaltar que o crime de tráfico é de ação múltipla, pois apresenta várias formas objetivas de violação do tipo penal, bastando, para a consumação do ilícito, a prática de um dos verbos ali previstos (adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, etc.). (STJ - AgRg no REsp 736.729/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013)

“(...) O tráfico de drogas não exige para a sua configuração a comprovação do comércio, bastando à sua consumação a posse, guarda ou depósito da substância, em condições que

evidenciem a prática delitiva, como a injustificada e intensa movimentação de pessoas na casa do réu e a quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos. A alegação no sentido de que o réu estava guardando as drogas para o consumo próprio deve ser provada pela defesa; não se desincumbindo a parte desse ônus, é inviável o pedido de desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei n.º 11.343/06. (...)”. (TJMS - Apelação Criminal N. 2009.002133-1 – Rel. Des. Carlos Eduardo Contar – 2ª Turma. J. 08/02/2010).

Oportuno, ainda, registrar que “*sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado*” TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010.

A corroborar ainda mais com a certeza da autoria, convém consignar que o acusado confessou informalmente aos policiais a traficância, apontando o local onde estavam os entorpecentes.

A jurisprudência deste Sodalício já consagrou a possibilidade da utilização da confissão informal como relevante elemento de prova:

"PENAL E PROCESSUAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PROVA - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONVENCEM DA

AUTORIA - CONDENAÇÃO MANTIDA [...] Depoimentos de policiais, isentos de suspeita, aliados à confissão informal, são elementos mais que suficientes à condenação pelo narcotráfico" (Apelação Criminal n. , de São José, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 8/1/2009).

A respeito da figura da confissão informal, reproduz-se a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

“O detido poderá dar depoimentos aos policiais na sua casa, no lugar onde foi preso ou mesmo no interior da viatura a caminho da delegacia e essas declarações lhe serão perniciosas no futuro. Não é raro que policiais sejam arrolados como testemunhas de acusação, não do fato delituoso, mas para que contem, em juízo, o que ouviram do réu, quando este foi preso. Por certo que tal admissão de culpa, feita fora da delegacia, não é uma confissão, no sentido jurídico do termo, mas não deixa de ser um importante elemento de prova, constituído, afinal, pelos testemunhos daqueles que a ouviram” (O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal - 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 230).

Assim, tendo em vista que as evidências colhidas aos autos se revelam suficientemente firmes e coerentes, aptas a atestar que o recorrido praticou a conduta prevista no artigo 33, da Lei 11.343/06, merece provimento o pleito condenatório.

Tem-se que as provas carreadas não padecem de nenhuma irregularidade, sendo suficientes para permitir a formação de um Juízo de certeza de que o apelante praticou tráfico de entorpecentes.

A saber:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE – (...)– APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Impossível a decretação da absolvição quando a demonstração da autoria e da materialidade do crime decorrem de elementos probatórios suficientes colhidos nas fases judicial e policial.” (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal - N. 2010.028359-5- Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - J. 22.2.2011).

Sendo assim, descabe afastar a validade do depoimento dos policiais militares com espeque tão-somente na respectiva condição funcional, já que foram eles submetidos ao contraditório como qualquer outra testemunha. Ademais, seria um contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, dão conta das suas atividades.

A par disso, ficam eles igualmente sujeitos, como qualquer cidadão comum, às penas do crime de denunciação caluniosa, caso venham a imputar falsamente a qualquer pessoa a prática de crimes, nos termos do artigo 339, do Código Penal.

Em suma, verifica-se que os referidos depoimentos foram uníssomos, consistentes e harmônicos na essência do conteúdo, não demonstrando nenhuma ação maliciosa ou procedimento eivado de suspeição, apresentando-se em consonância com as demais

provas.

Inviável é assim a alegação de que a quantidade apreendida demonstrava o destino para uso próprio, sendo crível que tinha a droga com a finalidade de comercializá-la motivo pelo qual, não há que falar em desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Insta salientar que embora faça o uso da droga, tal fato não escusa a conduta de traficante que restou suficientemente configurada pelas provas colacionadas nos autos.

Os depoimentos dos policiais, bem como a abordagem que culminou na apreensão da droga e prisão em flagrante do apelante são firmes e coerentes acerca da comprovação do tráfico de drogas descrito na peça acusatória.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DO MENOR. SÚMULA Nº 74 DO STJ. I. No tráfico de drogas, praticado de modo sub-reptício e às escondidas, especial valor deve ser conferido aos indícios e às provas indiretas. II. O local e as condições da apreensão, além da prova testemunhal, indicam a traficância. III. A condição de usuário, por si só, não afasta o delito do art. 33 da Lei de Drogas. As condutas comumente agregam-se. IV. O enunciado da Súmula nº 74 do STJ não exige

expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do adolescente. No caso, presente termo de declarações prestadas na DCA. V. Apelo desprovido. (TJDF; Rec. 2010.01.1.196177-3; Ac. 535.390; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/09/2011; Pág. 284).

CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, “CAPUT”, DA LEI Nº11.343/06, C.C. ARTIGO 62, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei nº11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição, por insuficiência probatória ou mesmo a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Tóxicos. A condição de usuário ou dependente alegada pelo réu não afasta a possibilidade de tráfico, pois é comum que o dependente trafique, até para sustentar seu vício. De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios. [...]. Apelo improvido. (TJRS; ACr 191253-87.2011.8.21.7000; Taquari; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez; Julg. 14/07/2011; DJERS 11/08/2011).

Cumpra ainda asseverar que “a condição de usuário, concomitantemente à de traficante, não permite a pretendida desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei antidrogas” TJMT, Ap 11.489/2009, 1ª Câ. Crim., rel. Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, j. 15/09/2009, p. 39.

Desta forma, ante as circunstâncias elencadas

nos autos, a demonstrar a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2003, resta inviável o pleito desclassificatório para o delito previsto no artigo 28 do mesmo diploma legal, afastando todas as teses defensivas.

Ressalto, por fim, que:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." (RJTJESP 115/207).

Da aplicação da pena

As penas foram assim estabelecidas (fls. 187/188):

"Observado o art. 59 do Código Penal, os motivos, circunstâncias e consequências do delito, e considerando a quantidade de drogas apreendidas que reputo excessiva (162 no total), às vistas do disposto no art. 42 da Lei de Drogas, assim fixo em primeira fase), a fixar a pena base acima do mínimo legal, ou seja, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Cada dia-multa arbitro em um trinta avos do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, tendo em conta ausência de elementos nos autos indicativos da capacidade financeira do condenado.

Na segunda fase, entendo possível acolher a atenuante da confissão informal, já que foi o réu quem indicou aos

policiais onde as drogas estavam escondidas, colaborando assim com a diligência, o que culminou com a apreensão do ilícito, e como também me vali dessa prova a embasar a condenação, ora a compenso com uma das agravantes provadas às fls. 29/32, no caso a reincidência comprovada pela condenação definitiva por furto qualificado na 3ª Vara Criminal local. E agravo a pena em 1/6, pela agravante da reincidência consubstanciada na condenação definitiva por tráfico junto a esta 2ª Vara Criminal local), perfazendo 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão mais 680 dias-multa.

Quanto ao tema da compensação parcial da reincidência múltipla com a confissão espontânea, é o que se mostra mais justo, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, e desatendimento aos objetivos de prevenção do delito, bem como de repreensão e reeducação do condenado (TJSP, 0008486-87.2015.8.26.0635, Relator Grassi Neto; São Paulo; 8ª Câmara de Direito Criminal; 23/03/2017), por isso não se tem como desconsiderar a confissão, que propiciou ao Juízo alcançar a verdade real, o que deve militar em favor do acusado, compensando-a com uma das condenações definitivas, restando a outra a aumentar a pena nessa etapa, como feito e consoante atual entendimento jurisprudencial do e. STJ.

Em terceira fase, não concorrem causas de aumento de pena. Nem o privilégio previsto do §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por se tratar de réu reincidente, específico inclusive, o que a lei especial sequer exige, e a indicar que faz do crime seu meio de vida, tanto que apreendido dinheiro a não deixar dúvida da traficância, de

modo que inaplicável a ele a benesse, por expressa vedação legal. Cito jurisprudência neste sentido: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 - REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO. [...] Correto o acórdão estadual ao deixar de aplicar o redutor do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, porquanto a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/02/2018).

Incabível a benesse do art. 44 do CP, por ausentes os requisitos objetivo (pena maior que a permitida) e subjetivo (agente é reincidente específico). Ademais: “ Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617.

Atenta às diretrizes do art. 33 do Código Penal, considerada a reincidência do réu e a quantidade de pena, fixo como adequado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o fechado, por entender ser o necessário e o suficiente para a

reprovação da conduta e para a prevenção do crime praticado, assim como a preponderância da natureza e da grande quantidade das drogas, não ficando o juiz obrigado a fixar regime inicial relacionado unicamente com o quantum da pena, podendo optar por um mais gravoso ao observar a regra do artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal, em conjunto com o artigo 42 da Lei 11.343/2006. Veja: Conforme entendimento jurisprudencial consolidado nesta Corte, não constitui bis in idem a utilização do fundamento com base na quantidade expressiva de droga apreendida para elevar a pena-base e, também, para estabelecer o regime prisional.””

Redução da pena-base

No tocante à quantidade dos entorpecentes apreendidos analisada em desfavor dos réus para fins de exasperação da pena-base, com fundamento no art. 42 da Lei 11.343/06, tenho que, em que pese os judiciosos argumentos desenvolvidos, não deve perdurar, eis que, conforme se verifica dos autos, não foi apreendida vultosa quantidade de entorpecente (26 porções contendo 7,8g da droga cocaína, 100 porções contendo 15,5g da mesma droga, na forma de crack, e outras 36 porções contendo 58g da droga maconha).

Assim, embora entenda que a natureza destas substâncias seja de elevada lesividade, tenho que, ante a quantidade apreendida, deve ser aplicada a pena-base no mínimo legal. Os motivos, circunstâncias e consequências do delito também foram normais ao tipo penal.

Convém ressaltar que, de acordo com o

disposto no art. 42 da Lei de Drogas, deve preponderar sobre o previsto no art. 59 do Código Penal: i) a natureza e a quantidade da substância ou produto; i) a personalidade e; i) a conduta social do agente. Sendo assim, pela redação do dispositivo, ambas (natureza e quantidade) devem ser analisadas concomitantemente e não de maneira individualizada, como fez o juiz, o que me leva a decotar tal moduladora da pena-base.

Sobre o tema, a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PENA-BASE - ELEVAÇÃO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA - PEQUENA PORÇÃO DE COCAÍNA - REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - REGIME PRISIONAL FECHADO - PRETENDIDA FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO - RÉU REINCIDENTE - REGIME MANTIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Afigura-se desarrazoada a elevação da pena-base única e exclusivamente em razão da natureza e quantidade de droga apreendida, se o agente foi surpreendido transportando 21g (vinte e um gramas) de cocaína, impondo-se a sua redução ao mínimo legal. Tratando-se de réu reincidente, condenado à pena superior a quatro e inferior a oito anos, deverá iniciar o cumprimento da pena imposta no regime fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2.º, alínea "b", c.c § 3.º, do Código Penal. (Encontrado em: 2ª Câmara Criminal 30/04/2013 - 30/4/2013 Apelação APL 00069725620128120001 MS 0006972-56.2012.8.12.0001 (TJ-MS) Des. Romero Osme Dias Lopes).

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - PENA-BASE - PEDIDO DE

REDUÇÃO - MAJORAÇÃO APENAS EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA) - AUMENTO INJUSTIFICADO - PENA PRIMÁRIA REDUZIDA - RECURSO PROVIDO. Pela disposição contida no art. 42 da Lei n. 11.343/06, a natureza e quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente para efeito de majoração da pena-base, não se justificando a sua elevação exclusivamente em razão da natureza da pequena porção de cocaína apreendida. Redução operada. (APL 00030425620148120002/TJ-MS - Relator Des. Romero Osme Dias Lopes – jul.18/11-2014).

Não vislumbrando circunstância judicial negativa, fixo, portanto, a base no mínimo legal.

Da compensação integral da confissão espontânea e a reincidência

Presente a agravante da dupla reincidência (autos nº 1500678-13.2022.8.26.0537, 1501025-46.2022.8.26.0537). Também presente a atenuante da confissão, já reconhecida pelo Juízo de piso.

No caso em tela, sendo o réu duplamente reincidente, tenho que a tal agravante prepondera sobre a confissão, razão pela qual o agravamento da pena é necessário, não se podendo falar em compensação integral.

No presente caso, passo a adotar o entendimento do Tema nº 585, do Colendo Superior Tribunal de Justiça que dispõe que:

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.

Confira-se a ementa do julgado respectivo:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. FURTO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. 1. A reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. **Apenas nos casos de multirreincidência deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.** 2. Na hipótese dos autos, comprovada a reincidência específica da recorrente, deve a referida agravante ser compensada integralmente com a atenuante da confissão. 3. Recurso*

*especial provido para reformar o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n.XXXXX-08.2019.8.26.0530, a fim de restabelecer a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, fixando o regime inicial semiaberto. Acolhida a readequação da Tese n. 585/STJ nos seguintes termos: É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. **Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.** (REsp n.1.947.845/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 24/6/2022.) (grifei).*

[...]. 1. Nos casos de multirreincidência, não é cabível a compensação integral dessa agravante com a confissão espontânea, porquanto, nessas hipóteses, exige-se maior reprovação do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade. Em outras palavras, a pena imposta na espécie deve considerar a preponderância da multirreincidência sobre a confissão. [...]. (STJ; AgRg HC 584.294; Proc. 2020/XXXXX-5; SC; Sexta Turma; Relª Min. Laurita Vaz; Julg. 26/10/2021; DJE 04/11/2021)

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO
DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO*

QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] III - A jurisprudência desta Corte atua no sentido de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, não havendo que se falar em preponderância da primeira. IV - Na hipótese, é inviável a compensação integral com a agravante, considerando que a paciente é efetivamente multirreincidente. Com efeito, em se tratando de agente que ostenta mais de uma sentença configuradora de reincidência, a compensação deve ser parcial. Assim, demonstrada a multirreincidência, a paciente faz jus à compensação parcial, de forma que nenhuma censura merece o quantum estabelecido pela r. sentença condenatória, mantida pelo v. acórdão impugnado, que se mostra proporcional. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC XXXXX/PR, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019). (grifei).

A aplicação da agravante no caso concreto enseja a exasperação da pena na proporção de 1/6, conforme entendimento do STJ. Todavia, em havendo o reconhecimento da confissão do réu nos autos, hei por bem agravar a pena então fixada apenas na proporção de 1/12.

Mantém-se a negativa de aplicação da causa de diminuição na terceira fase prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, vez que os acusados não preenchem os requisitos necessários à concessão do redutor.

Observa-se que, *in casu*, a referida causa não pode ser aplicada, em razão de o acusado ser reincidente.

Assim, não deve incidir a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista que, o fato de ser reincidente constitui óbice à aplicação da minorante.

A saber:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. A sentença, ao fixar as penas, estabeleceu a pena-base e dispôs que não havia nenhuma outra causa de aumento ou diminuição de pena a ser considerada, a não ser a reincidência. Ora, desnecessárias maiores referências quanto à impossibilidade de redução da pena em face do disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando esse dispositivo legal expressamente impede o reconhecimento da redutora ao reincidente. É o caso dos autos, pelo que não se verifica falta de fundamentação no decisum hostilizado. MÉRITO. Réu flagrado com drogas e dinheiro em conhecido ponto de venda de drogas. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Condenação que se impunha. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALIDADE. O depoimento de policial tem o mesmo valor dos testemunhos em geral, uma vez isento de suspeição e harmônico com os demais elementos de prova dos autos, de modo que é hábil a embasar um decreto condenatório. Como se sabe, o caráter clandestino de certas infrações, como o tráfico, faz com que os policiais, na maior parte das vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos. Desprezar seus testemunhos seria comprometer a repressão ao crime. No caso, não haveria razão

plausível para que incriminassem o réu injustamente. Preliminar rejeitada. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70053114112, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 29/05/2013).

Não há que se falar na ocorrência de *bis in idem* pelo fato do agravamento da pena em razão de comprovada reincidência e, ainda, deixado de aplicar o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

A reincidência, além de necessariamente agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Note-se que, no caso, a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do art. 61, inc. I, CP, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários após sofrer sanção penal anterior em pouco período de tempo. Ao mesmo tempo, evidencia o descumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Demais disso, o critério legal da reincidência atende o princípio da individualização da pena, ao passo que somente é aplicável a indivíduos que voltam a praticar fatos puníveis mesmo após a condenação, cuja reiteração criminosa demonstra maior desprezo a

ordem social. Dito de outra forma: não é possível equiparar pessoas que nunca praticaram crimes às pessoas que possuem condenações criminais com trânsito em julgado, em reverência aos princípios da isonomia e da individualização da pena.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do *non bis in idem* quando aplicada a agravante pela reincidência e ao mesmo tempo considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 2. Reconhecida pelo Colegiado Estadual a reincidência específica do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. 3. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. 4. Ordem

denegada. (HC 147.271/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 30/05/2012)

Passo à nova dosimetria

Na primeira fase, de rigor a redução da base ao mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, compenso parcialmente a agravante da reincidência pela atenuante da confissão, e as penas se agravam em 1/12 (um doze avos), perfazendo 05 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou redução, as penas permanecem inalteradas em 05 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa, que torno definitivas.

Em relação ao regime de cumprimento de pena imposto, tem-se que deve ser mantido o regime prisional inicial fechado fixado no édito condenatório, nos termos das disposições contidas no art. 33, § 2º, alínea 'b' conjugada com a alínea 'a' do Código Penal, porque, como dito alhures, as penas impostas são superiores a 04 (quatro) anos e eles são reincidentes conforme foi reconhecido pelo juízo da primeira instância, o que afasta a aplicação das Súmulas n. 269 e 440 do Tribunal da Cidadania e das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o assunto, esta é a posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE

JUSTIFICADA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO Nº 80576/2015 CLASSE CNJ 417 COMARCA DE CAMPINÁPOLIS EMPREGO DE ARMA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. I – A sentença condenatória não merece qualquer reparo, pois o magistrado sentenciante, na primeira fase da dosimetria da pena, fixou a pena-base no mínimo legal cominado ao delito. Na segunda fase, agravou a reprimenda em 1/6, em razão da reincidência, e na terceira fase aplicou a fração mínima de aumento (1/3), pela presença da causa de aumento prevista no § 1º do art. 157 do CP (emprego de arma). II – O quantum de pena fixado pelo magistrado sentenciante encontra-se devidamente motivado, além de mostrar-se proporcional ao caso em apreço, sendo certo que não se pode utilizar “o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). Precedentes. III – As alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto), a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação. IV - Writ denegado. (STF - HC 116888, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, publicado em 21-08-2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A

DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS + REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. AUSENTE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. O presente habeas corpus não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção do paciente. A dupla reincidência específica do paciente impede a compensação integral dessa agravante com a atenuante da confissão espontânea, não havendo ilegalidade no agravamento proporcional da pena em 1/6. É cabível o regime fechado ao condenado reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33 do Código Penal, ainda que reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis. Precedentes. Habeas corpus não conhecido. (STJ HC 314.296/SP, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015).

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RECEPÇÃO - Absolução por insuficiência de provas - Inadmissibilidade - (...) - Manutenção do regime inicial fechado - Reincidente esse apelante, não se lhe defere substituição de pena, "sursis" ou outros benefícios (artigos 44, II, e 77, I, do Código Penal), bem ainda, no tocante ao crime de tráfico, o redutor previsto no artigo 33, § 4o, da Lei 11.343/2006 - Recurso parcialmente provido" (9077786-55.2009.8.26.0000 – Apelação Tráfico de Drogas e Condutas Afins - Relator(a) Encinas Manfré - Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 8a Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 13/05/2010 - Data de registro 26/05/2010 - Outros números:

990.09.277465-4).

Com relação à benesse prevista no art. 44 do Código Penal, os recorrentes não fazem jus à substituição de sua pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que a sanção que lhes foi imposta é superior a 4 (quatro) anos de reclusão e em razão da reincidência, denotando que não preenche os requisitos previstos nos incisos I e II do dispositivo legal citado neste parágrafo.

Inviável a suspensão condicional da pena face ao não preenchimento dos requisitos legais, sobretudo em razão da reincidência e quantitativo de pena, nos termos do disposto no artigo 77, do Código Penal. A saber:

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Da detração

Não descuido de que a inovação legislativa visa evitar que o apenado *"tenha que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nessa espera em regime menos gravoso ao que pela lei faz jus"*, segundo consta na exposição de motivos do projeto de lei que culminou com a edição da Lei 12.736/12.

No entanto, entendo que tal medida se torna inócua diante do já pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal em idêntico sentido ao da novel legislação aqui discutida.

Esse entendimento motivou a expedição da Súmula 716, segundo a qual *"admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"*.

Ora, se a execução provisória da pena é admitida (e se é provisória é porque a decisão condenatória não transitou em julgado ainda) para que o apenado possa progredir de regime, ficando a cargo do juízo da execução tal mister, não vejo necessidade de o juiz do processo de conhecimento, ao sentenciar, se antecipar para também abrandar o regime inicial de cumprimento da pena.

Não obstante, diante da insuficiência de informações, acerca da real situação prisional do réu, creio ser inviável sua análise, que deve ser realizada no Juízo da Execução.

Neste sentido é a doutrina de Renato Brasileiro de Lima:

"(...) 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 juízes 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 da 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 uma 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 da execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentadamente, os motivos que inviabilizam a realização da detração na sentença condenatória." (in de. Curso de processo penal. Niterói, RJ: Impetus, 2013; p. 1525/1527).

Ademais, o sentenciado permaneceu preso e não há nos autos Levantamento de Penas, para certificar o tempo efetivo de cumprimento de pena provisória. Também não há informações nos autos quanto ao comportamento carcerário do apelante, que sequer foi providenciado pela defesa quando da interposição do recurso, para análise do requisito subjetivo.

Assim, a falta de informações quanto ao tempo efetivo cumprimento de pena provisória, bem como quanto ao comportamento carcerário do apelante neste período, impedem a apreciação da detração e alteração do regime para o semiaberto, como quer a defesa.

Portanto, a questão relativa à detração deverá ser apreciada pelo Juízo das Execuções Criminais, que possui os informes suficientes a comprovar o real tempo em que o acusado permaneceu provisoriamente preso.

4 – Ante o exposto, afastada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir as penas de Ronaldo Marco Ribeiro dos Santos para 05 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
Relator