



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000347255

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1525676-31.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WEVERTON PEREIRA E SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1525676-31.2024.8.26.0228

Apelante: Weverton Pereira e Silva

Apelado: Ministério Público

Origem: 31ª Vara Criminal da Capital

**Juiz(a) Prolator(a): Dra. Ana Helena Cardoso Coutinho
Cronemberger**

Data do fato: 27/10/2024

Voto nº 39039

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E FALSA IDENTIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em Exame 1. O apelante foi condenado por tráfico de drogas e falsa identidade, com penas de 7 anos de reclusão e 699 dias-multa, além de 3 meses e 15 dias de detenção. O réu apelou buscando a gratuidade da justiça e absolvição por falta de provas, ou, alternativamente, a redução da pena. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a concessão da gratuidade da justiça e (ii) a suficiência de provas para a condenação por tráfico de drogas e falsa identidade. III. Razões de Decidir 3. A gratuidade da justiça foi negada, pois a condenação em custas é de rigor, com pagamento suspenso até que o condenado tenha condições de realizá-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. 4. A condenação por tráfico de drogas foi mantida com base em depoimentos de policiais e provas materiais, como a apreensão de entorpecentes. A confissão do réu e a prova testemunhal corroboraram a condenação por falsa identidade. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A gratuidade da justiça não isenta a condenação em custas, apenas suspende o pagamento. 2. Depoimentos de policiais e provas materiais são suficientes para embasar condenação por tráfico de drogas e falsa identidade. Legislação Citada: CF/1988, art. 5º, LXXIV; CPC, art. 98, §1º, I e §3º; CPP, art. 156, 202, 206, 207, 804; Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º; CP, art. 33, §3º, 307. Jurisprudência Citada: STF, HC nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 27.03.2012; STJ, RHC nº 37.033/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 22.10.2013.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 e no artigo 307, ambos do Código Penal, em concurso material, às penas de 7 anos de reclusão, em regime fechado, e 699 dias-multa e 3 meses e 15 dias de detenção, em regime aberto.

O réu apelou² buscando, preliminarmente, a concessão da gratuidade da justiça. No mérito pede absolvição por falta de provas em relação ao crime de tráfico de drogas e, alternativamente, pretende a aplicação de aumento da pena em 1/6, ainda que se trate de reincidência específica.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo não provimento ao apelo.

É o relatório.

Da preliminar

A Defesa pediu a concessão do benefício da Justiça Gratuita.

O referido pedido entendesse como pretensão à isenção das custas.

Quanto à condenação em custas, observa-se existir um equívoco entre isenção de pagamento e não condenação.

O artigo 98, §1º, inciso I do Código de Processo Civil (revogou alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50, dentre eles o artigo 12) prevê que a parte beneficiada pela justiça gratuita será condenada em taxas ou custas, ficando o pagamento suspenso até que possa pagá-las sem prejuízo próprio ou da família (artigo 98, § 3º, do Código de Processo

¹ Folhas 160.

² Folhas 187.

³ Folhas 204.

⁴ Folhas 233.

Civil).

O Pretório Excelso assim entendia quanto ao texto da lei anterior, que foi mantido na atual.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal assentou entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado ao pagamento dos ônus da sucumbência, com a ressalva prevista no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950, que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”⁵.

No mesmo sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos exatos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. 3. Ademais, a suspensão do pagamento apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. 4. Agravo regimental improvido”⁶.

Também prevê o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil que passado o prazo de cinco anos, sem que tenha condições de efetuar o pagamento, tornar-se-á prescrito.

Assim, a condenação em custas é de rigor, sendo o pagamento suspenso até que tenha o condenado condições de realizá-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Por tais motivos, a imposição de custas é de rigor quando da condenação, cujo pagamento poderá ficar suspenso, quando da execução, por falta de capacidade econômica.

⁵ STF - ARE 768329 DF - rel. Min. Luiz Fux - j. 11/10/2013.

⁶ STJ - AgRg no AREsp 282.202/MG - Rel. Ministro CAMPOS MARQUES - QUINTA TURMA DJe 26/03/2013.

Nota-se que ao tempo em que vigia o artigo 12 da Lei nº 1.060/50 o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o que se aplica *mutatis mutandis*, para o dispositivo atual:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 12 da Lei 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”⁷.

Do mérito

Do tráfico de drogas

O auto de apreensão⁸ e o laudo⁹ positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes (cocaína, crack e maconha).

Quanto à autoria o réu negou a traficância relatando que estava em um bar bebendo quando foi alertado acerca da aproximação de viatura policial. Afirmou que estava operando equipamentos de som conectados entre dois bares e, ao ser avisado, desligou os aparelhos, quando foi enquadrado. Negou que estivesse em poder de qualquer bolsa. Não conhecia os policiais que o prenderam anteriormente aos fatos e nunca tinha sido abordado por eles, negando qualquer problema anterior com a guarnição. Já foi processado e condenado por tráfico de drogas.

A negativa do acusado não lhe socorre.

Os policiais estavam em

⁷ STF – ARE 643.601-AgR – rel. Min. Ayres Britto - Segunda Turma – Dje 5/12/11.

⁸ Folhas 25.

⁹ Folhas 87.

patrulhamento, em local conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistaram o réu com uma bolsa nas mãos, o qual ao notar a presença policial, foi para trás de um veículo dispensando uma bolsa. Com ele nada de ilícito foi encontrado. Na bolsa foi constatada a presença de entorpecentes. Indagado acerca, negou a propriedade das drogas. Na delegacia souberam que ela já havia respondido por outro tráfico de drogas no mesmo local e, nessa mesma oportunidade, ele admitiu ter apresentado documento falso por ser procurado da Justiça.

Dessa forma, os policiais confirmaram a apreensão de drogas com o réu, em local conhecido como ponto de venda de drogas, tendo ele, ao avistar a aproximação policial, ido para trás de um veículo para dispensar a bolsa com porções de entorpecentes. Logo não há como desprezar os depoimentos dos policiais e, como bem elucidado na r. sentença, as imagens das câmeras corporais dos policiais em nada contrariam seus depoimentos¹⁰.

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

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

Neste sentido não há por que excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

¹⁰ Folhas 167.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES²⁰

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA²¹ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

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

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

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA²² que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las*

também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

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

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

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

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

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

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”²³.

No mesmo sentido a posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”²⁴.

As testemunhas de defesa, dono do bar e a amiga do acusado, deram a mesma versão dos fatos do réu, visando beneficiá-lo ao dizerem que o réu não carregava qualquer bolsa. Salientaram que ele teria ido abaixar o som do carro, quando foi abordado por policiais.

Portanto, a condenação do réu era de rigor.

Quanto à destinação, a quantidade (17,7 gramas de cocaína, 130,6 gramas de maconha e 54,7 gramas de crack¹¹), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; o local da abordagem ser conhecido como ponto de venda de entorpecentes; atitude suspeita do réu em notar a aproximação policial e se desfazer da bolsa com drogas que carregava, dão a necessária certeza de que os entorpecentes se destinavam ao tráfico ilícito.

Além disso, decidiu-se com base em julgados das Cortes Superiores:

¹¹ Folhas 32 – dados baseados do laudo de constatação.

“Confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g.(STJ - RHC nº 37.033/MG - Quinta Turma Relatora Ministra Laurita Vaz - j. 22.10.2013); de 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de 1,44g (STF HC nº 111.247/MG 2ª Turma Relator Ministro Ricardo Lewandowski - j. 27.03.2012), e de 104 'pedras' de crack, com o peso de 12,9 g.(STF HC nº 114.390/RS 1ª Turma Relator Ministro Luiz Fux j. 20.08.2013.)]”²⁶.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama, de maconha cerca de 0,6 grama e de *crack* cerca de 0,1 grama. Portanto, as drogas encontradas com o réu são suficientes para **cerca de 71 porções individuais de cocaína, 218 porções individuais de maconha e 547 porções individuais de crack.**

Portanto, pela grande quantidade de entorpecentes, incontestemente que se destinava ao consumo de terceiros.

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

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

VICENTE GREGO FILHO²⁷, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a

vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁸, *“de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”*.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”²⁹.

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar

o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente.

2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente.

3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”³⁰

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

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

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Da falsa identidade

A prova oral comprova que se atribui falsa identidade em nome de Lucas Nascimento Guimarães para obter vantagem em proveito próprio, qual seja, de ocultar seus antecedentes criminais e se furtar da responsabilidade criminal, utilizando-se o nome de outrem.

Não há o que se falar fato atípico pelo exercício de autodefesa.

Aplica-se a espécie à Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a tipicidade da atribuição de falsa identidade perante autoridade policial.

A posterior descoberta da real identidade do acusado não afasta o exaurimento da falsa identidade.

Ainda, a fé pública, bem jurídico protegido, é atingida pela falsa identidade, independentemente do sucesso ou não do falsário.

Quanto a autoria, ao ser interrogado o acusado admitiu ter utilizado o nome de outrem porque sabia que era procurado pela polícia desde 2018, explicando que foi descoberto por que não conseguiu lembrar o nome da mãe que constava no documento falso sobre sua identificação.

Assim o réu confessou a prática delitiva.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE¹², *“a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos”*.

Destaca-se que se mostra indiferente a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA¹³ *“o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”*.

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI¹⁴ que *“não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na*

¹² *Processo Penal Interpretado* – 7ª ed. – São Paulo: Atlas – 2.000 – p. 469.

¹³ *Da Prova no Processo Penal* – São Paulo: Saraiva – p. 79.

¹⁴ *Lições sobre o Processo Penal*. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”.

Acrescenta FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁵ que: “considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que ‘os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados’ (In juri confessi pro judicatis habetur)”.

Porém, há possibilidade de insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador¹⁶ que “a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existem compatibilidade ou discordância”.

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu

¹⁵ *Processo Penal* – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹⁶ *Ob. cit.* – p. 172 e 174.

desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”¹⁷.

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”¹⁸.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do

¹⁷ STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

¹⁸ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

favor rei. 6. Habeas corpus *concedido*”¹⁹.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

A confissão do réu está em sintonia com os testemunhos dos policiais.

Os policiais confirmaram que o réu se apresentou com nome falso.

E o laudo²⁰ confirmou que a falsidade do RG utilizado pelo acusado, concluindo que não apresentava os elementos de segurança documental constantes dos similares legítimos.

Assim, de rigor a comprovação da autoria delitiva.

Da dosimetria penal

Na primeira fase houve o incremento de 1/6 pelos maus antecedentes ostentados pelo réu²¹, ficando estabelecida a pena de tráfico de drogas em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa e em 3 meses e 15 dias de detenção para o crime de falsa identidade. Anoto que o aumento da pena poderia ser maior dada a grande quantidade de drogas encontradas em poder do agente e pelos maus antecedentes serem específicos, mas, diante à falta de recurso ministerial a respeito, mantém-se a pena tal como fixada.

Na segunda fase a pena foi aumentada em 1/5 pela reincidência²², em que pese a reincidência ser específica, merecendo maior aumento, o que não ocorreu, por inércia ministerial a respeito, chegando à pena do

¹⁹ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

²⁰ Folhas 131.

²¹ Folhas 98 – Processo nº 0058611-25.2008.8.26.0564 - maus antecedentes específicos.

²² Folhas 96 – Processo nº 0013845-22.2018.8.26.0050 – reincidência específica.

crime de tráfico de drogas em 7 anos de reclusão e pagamento de 699 dias-multa.

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

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

Neste sentido FRANCESCO CARNELUTTI²³ que ao comentar a reincidência afirma que *“atribui a lei particular importância quando se comete o novo delito depois da condenação pelo delito anterior; em tal caso o novo delito demonstra insensibilidade do réu à condenação e, eventualmente, também o castigo”*.

Continua CARNELUTTI²⁴, comentando as disposições do Código Penal Italiano, que *“a reincidência se agrava: a) se o novo delito é da mesma índole que o delito anterior: art. 99, n. 1, Cód. Penal; art. 101, Cód. Penal; a chamada reincidência específica”*.

Consigne-se que, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁵, *“na reincidência específica, estabelece-se a ligação entre dois ou mais crimes praticados pelo agente, não só quando violado, em todos eles, o mesmo dispositivo legal, mas também quando outros fatores de homogeneização possam ser encontrados mostrando que 'os crimes são da mesma natureza’*”.

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

“PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DELITO DE ESTELIONATO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NO CASO, ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DE 1/6. ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE INGRESSAR-SE, NESTA SEDE, NOS CRITÉRIOS EMPREGADOS PARA A DOSIMETRIA

²³ *O Delito* – Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda. – 2002 – p. 91.

²⁴ Ob.cit. – p. 91.

²⁵ *Tratado de Direito Penal* – 1ª ed. – Campinas: Millenium – 2000 – v. III – p. 126.

DA PENA, SALVO FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - O habeas corpus, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo. II - Ausência de limitação legal quanto ao aumento da pena acima da fração mínima. III - A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. IV - Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. V - Ordem denegada”²⁶.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pelo maior aumento em razão da reincidência específica.

“A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, e acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o julgado é claro em reconhecer a reincidência específica do paciente, fato que justifica o incremento da pena em 1/3 (um terço)”²⁷.

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

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

Na mesma fase, no que tange ao crime de falsa identidade, houve a compensação entre a reincidência com a confissão, mantendo, assim, a pena em 3 meses e 15 dias de detenção.

Para o crime de tráfico incabível o

²⁶ STF – HC nº 101918/MS – rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 11/05/2010.

²⁷ STJ – HC nº 257.571/SP – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma – DJe 18/02/2014.

redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em face da reincidência específica do réu.

Assim as penas, na terceira fase da dosimetria penal, ficam estabelecidas em 7 anos de reclusão e 699 dias-multa e em 3 meses e 15 dias de detenção.

Aplicado o concurso material entre os crimes a pena resultou em 7 anos de reclusão e ao pagamento de 699 dias-multa, mais 3 meses e 15 dias de detenção.

Em face do *quantum* da pena inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O regime fechado impõe-se para o crime de tráfico de drogas. Observo que foi apreendida grande quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza de duas das drogas apreendida (cocaína e crack) também indica maior reprovabilidade, vez que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, o réu é reincidente específico o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA²⁸, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar

²⁸ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que “*una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti*” (‘para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos’). ”.

A r. sentença fixou o regime aberto para início de cumprimento da reprimenda para o crime de detenção, favorecendo o réu, eis que pela reincidência dele caberia o regime mais gravoso.

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR E NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica