



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

Registro: 2025.0000351445

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500287-16.2022.8.26.0551, da Comarca de Limeira, em que é apelante REGINALDO COSTA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação defensiva, de ofício, porém, realocando da segunda fase da dosimetria da pena o processo-crime usado para fins de reincidência, para a primeira fase, agora para fins de maus antecedentes, sem qualquer repercussão na pena final, mantida, quanto ao mais, a sentença. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor Dr. Claudinei Donizete Bertolo e, usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto Dias Junior", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

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

Apelação Criminal n. 1500287-16.2022.8.26.0551

Apelante: Reginaldo Costa dos Santos

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Limeira

MM. Juiz de Direito: Rafael da Cruz Gouveia Linardi

Voto n. 12.621

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (2) ATUAÇÃO DE GUARDAS CIVIS. CONSTITUCIONALIDADE. (3) DEPOIMENTO DE GUARDAS CIVIS. VALIDADE. (4) INDÍCIOS. (5) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (6) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (7) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE QUE DEVE SER FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. (8) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. (9) REGIME FECHADO. (10) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (11) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

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

2. Em relação aos guardas civis municipais, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Desta forma, é conferida à Guarda Municipal, sempre civil, a possibilidade de prender quem estiver em flagrante delito, bem como recolher todos os instrumentos utilizados na prática da infração penal, a fim de que melhor subsidie a apuração dos fatos, nisto incluída a revista pessoal. Precedentes do STF (HC 219.378/RS – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. em 23/03/2023 – DJe de 24/03/2023; Rcl 57.762-AgR/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 02/03/2023; HC 222.240-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 06/02/2023; HC 212.642/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. em 17/03/2022 – DJe de 22/03/2022 e HC 202.776-AgR/SP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 11/11/2021 – DJe de 15/03/2022). No caso

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

concreto, a Guarda Municipal não ultrapassou as suas prerrogativas nem se substituiu à atuação das Polícias Civil e Militar, pois, demonstrada a flagrância na prática do crime de tráfico de drogas, apenas procedeu como poderia tê-lo feito alguém do povo, tendo sido levada a efeito a prisão em flagrante, em perfeita consonância com o art. 301, do Código de Processo Penal. Entendimento do STF (RE 608.588/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Tribunal Pleno – j. em 20/02/2025; ADPF 995/DF – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Tribunal Pleno – j. em 28/08/2023 – DJe de 09/10/2023).

2. 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 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 (HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007; HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998 e HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. 26/03/1996 – DJU de 18/10/96) e do STJ (AgRg no AREsp 2.713.001/RO – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 26/11/2024 – DJe de 09/12/2024; HC 896.285/ES – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg no HC 815.812/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/05/2023 – DJe de 22/05/2023).

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,

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

"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. 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 que deve ser fixada acima do mínimo legal. As condenações definitivas por processos criminais anteriores, com trânsito em julgado posterior à data da prática dos fatos ora analisados, embora não possam gerar reincidência, são aptas a caracterizar maus antecedentes. Inteligência da doutrina de Guilherme de Souza Nucci, A. Silva Franco e J. Belloque. Precedentes do do STF (ARE 1.289.175 AgR/PR – Rel. Min.

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

EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 21/09/2021 – DJe de 07/02/2022; RHC 194.878/SP – Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 29/03/2021 – DJe de 01/06/2021; HC 82.202/RJ – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – 2ª Turma – j. em 29/10/02) e do STJ (AgRg no HC 787.554/PE – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023; AgRg no HC 768.871/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022; AgRg no AREsp 35.077/SP – Rel. Min. Marco Aurélio Belizze – 5ª Turma – j. em 02/04/2013).

8. Impossibilidade de reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Réu que possui maus antecedentes criminais. 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).

9. 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 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).

10. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Réu que possui maus antecedentes criminais e que foi condenado a pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão. Inteligência do art. 44, I e III, do Código Penal.

11. Desprovimento do recurso defensivo, com deslocamento, de ofício, de condenação utilizada na segunda fase da dosimetria para a primeira fase.

VOTO

Reginaldo Costa dos Santos e Ana Carolina de Souza foram denunciados como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06. Ao final, o réu **Reginaldo Costa** viu-se condenado, nos termos em que

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

denunciado, reconhecida a circunstância agravante da reincidência, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime fechado e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, enquanto a ré **Ana Carolina** foi absolvida, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 359/373).

Apelou a defesa do réu, pleiteando, em síntese: **(a)** a sua absolvição, com fundamento legal no art. 386, IV, V e VII, do Código de Processo Penal; e **(b)** o reconhecimento do privilégio legal, com a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 376/388).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, requerendo o improvimento do recurso defensivo (fls. 396/397).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 413/420).

Houve pedido para a realização de sustentação oral pela defesa (fls. 410).

É o relatório.

Nego provimento ao recurso defensivo.

Os réus **Reginaldo Costa dos Santos** e **Ana Carolina de Souza** foram denunciados como incursos no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, nos termos seguintes:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu órgão abaixo assinado, no uso e gozo de suas atribuições legais, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência,

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

oferecer DENÚNCIA contra ANA CAROLINA DE SOUZA e REGINALDO COSTA DOS SANTOS, qualificados nos autos anexos respectivamente às fls. 05 e 96, pelos fatos e motivos doravante apresentados.

Notícia o incluso inquérito policial que, no dia 25 de junho de 2022, por volta das 10h30, na Rua João Gimenes, altura do nº 119, Jardim Novo Horizonte, nesta Cidade e Comarca, ANA CAROLINA DE SOUZA e REGINALDO COSTA DOS SANTOS, agindo em concurso e idênticos propósitos, guardavam, para comercialização com terceiros, aproximadamente 484g (quatrocentos e oitenta e quatro gramas) da droga Cannabis sativa L., popularmente conhecida como maconha, dividida em 27 porções, e cerca de 41,4g (quarenta e um gramas e quatro decigramas) da droga cocaína, acondicionada em 96 microtubos plásticos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (auto de exibição e apreensão de fls. 20/21 e laudo de constatação de fls. 26/34).

Segundo restou apurado, ANA e seu companheiro REGINALDO ajustaram-se para a venda ilegal de maconha e cocaína na localidade acima descrita, conhecido ponto de tráfico, fato que foi noticiado à Guarda Civil Municipal, sendo informado que o casal mantinha as drogas guardadas em automóveis que ficavam estacionados nas imediações, dentre eles um veículo Fiat/Tempra.

Na data acima, guardas municipais realizavam ronda de rotina no logradouro acima indicado, quando visualizaram ANA conversando com um motociclista, o qual se evadiu com a aproximação da viatura, e próximo a ela avistaram REGINALDO.

Diante da atitude suspeita e do informe prévio sobre a traficância, os agentes municipais abordaram o casal. Em revista pessoal, nada foi localizado em poder de REGINALDO, enquanto ANA exibiu aos guardas um aparelho celular e a chave do veículo GM/Astra, placas CMD-6A06, que ali estava estacionado. Os denunciados inicialmente se recusaram a colaborar com a realização da vistoria veicular, negando-se a entregar a chave do automóvel aos agentes públicos, mas durante a abordagem REGINALDO acabou cedendo. Em buscas no carro, os guardas localizaram algumas porções grandes de maconha e diversos pinos de cocaína, ocasião em que REGINALDO saiu correndo e conseguiu se evadir. Na sequência, parte da equipe dirigiu-se até o local onde estava estacionado o Fiat/Tempra, placas KFN-5638, e no interior daquele automóvel encontraram uma mochila contendo 138 embalagens plásticas vazias e outras porções das drogas, embaladas de forma idêntica àquelas apreendidas no GM/Astra, totalizando 27 porções de maconha e 96 de cocaína. Em face disso, ANA foi presa em flagrante delito, não sendo realizada a prisão de REGINALDO em razão de ter empreendido fuga durante a abordagem.

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência ANA CAROLINA DE SOUZA e REGINALDO COSTA DOS SANTOS como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, requerendo a notificação dos denunciados para oferecer defesa prévia, no prazo de dez dias; recebendo e autuando esta, instaurando-se a devida ação penal, citando-os e interrogando-os, ouvindo-se as pessoas do rol abaixo, observando-se o rito previsto na Lei 11.343/06, prosseguindo-se até a final condenação.

Requer-se, ainda, com a sentença condenatória, seja decretada a perda dos veículos apreendidos, com fundamento no art. 63 da Lei

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

11.343/06. [...] (fls. 01/02).

Prossigo.

A materialidade criminosa narcotraficante está consubstanciada no auto de exibição e apreensão, que prova que o réu guardava substâncias entorpecentes (fls. 22/23), 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. 28/36 e 289/291).

A autoria criminosa, por sua vez, é certa e deve ser imputada ao réu **Reginaldo Costa** que, interrogado judicialmente, negou a prática do crime (fls. 309/310 – mídia digital). Entretanto, ver-se-á, a sua negativa ficou isolada nos autos.

A bem da verdade, nota-se que o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos dos guardas civis **Sidnei Paulino** e **José Milton**, 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. Destarte, os agentes da lei afirmaram, em Juízo, que foram averiguar informações sobre o narcotráfico em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes quando visualizaram **Ana Carolina** e **Reginaldo Costa** próximos a outras pessoas, uma delas em uma motocicleta, que conseguiram fugir ao avistar a aproximação da viatura. Durante a abordagem, em revista pessoal, não encontraram nada ilícito com eles, mas dentro do veículo, cuja chave portavam, encontraram as drogas mencionadas na denúncia, evidenciando o narcotráfico. Os guardas civis contaram, ainda, que o réu **Reginaldo Costa** também conseguiu fugir do local (fls. 309/310 – mídia digital).

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

A propósito, como se sabe, os guardas municipais integram os quadros funcionais do Município, cujo desempenho básico é a defesa do patrimônio público municipal. Em uma atuação secundária, cabe aos guardas municipais a defesa da população local, compreendida na repressão de atos criminosos danosos aos cidadãos, até porque, caso assim não ajam, responderiam na forma do art. 13, §2º, "a", do Código Penal, por omissão imprópria, dado que têm o dever de agir, posto que a lei obriga o dever de cuidado, proteção e vigilância.

Além do que, a preservação da ordem pública é responsabilidade de todos, sendo conferido aos Órgãos de segurança o dever legal. Desta forma, é conferida à Guarda Municipal, sempre civil, a possibilidade de prender quem estiver em flagrante delito, bem como recolher todos os instrumentos utilizados na prática da infração penal, a fim de que melhor subsidie a apuração dos fatos, nisto incluída a revista pessoal.

Vasta é a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesse sentido:

"[...]

12. **As conclusões adotadas nas instâncias antecedentes não destoam da jurisprudência desta Corte, no que, em casos como o dos autos, 'não se verifica ilegalidade na ação da Guarda Municipal, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante, o que se adequa à jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal' (HC nº 205.455/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 23/08/2021, p. 25/08/2021). Confirmam-se, também, os seguintes julgados: HC nº 206.802/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28/09/2021, p. 30/09/2021; e HC nº 206.030/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 06/09/2021, p. 09/09/2021; e, ainda: 'AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. **PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA CIVIL MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA****

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

DAS DROGAS APREENDIDAS: FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.'

(HC nº 212.635-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 11/04/2022, p. 18/04/2022).

'EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. **Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Ausência de ilegalidade (art. 301 do CPP)**. Trancamento de inquérito, ante a alegação de ilicitude dos elementos de prova. Questões não submetidas às instâncias precedentes. Supressão de instância. Medida excepcional. Hipóteses autorizadoras não verificadas. Agravo não provido.'

(HC nº 202.776-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 11/11/2021, p. 15/03/2022; grifos nossos).

13. Conforme preconiza o art. 301 do Código de Processo Penal, *'qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito'*. Inexiste, portanto, óbice à ação realizada pelos guardas municipais, considerado o flagrante delito, uma vez assentado, pelas instâncias antecedentes, que *'não há indícios de qualquer atividade investigativa por parte dos agentes da guarda municipal no caso dos autos, os quais visualizaram a situação de flagrância pela base de monitoramento de câmeras, e avisaram a guarnição dos colegas que estava em patrulhamento na rua, a qual realizou a prisão em flagrante'* (e-doc. 2, p. 65). Tem-se evidenciada a justa causa para a atuação dos agentes públicos. Não há, ante o quadro fático delineado, que se falar em prova ilícita."

(STF – HC 219.378/RS – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – j. em 23/03/2023 – DJe de 24/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ROUBO. **INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE PELA GUARDA MUNICIPAL**. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO DECIDIDO NO TEMA 656 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (STF – Rcl 57.762-AgR/SP – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 02/03/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER.

[...]

3. As peças que instruem a impetração não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício.

4. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a 'guarda municipal pode, e deve, prender quem se encontre em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301 do CPP' (RE 1.282.774-AgR-ED-AgR, Redator para o acórdão o Min. Luís Roberto Barroso).

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

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 222.240-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 06/02/2023);

"Conforme destacou a Procuradoria-Geral da República, 'é legítima a atuação da Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (§8º do art. 144 da Constituição da República), por se tratar de ato permitido a qualquer do povo, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal: 'Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito' (pág. 6 do doc. eletrônico 12).

Com essa compreensão, menciono o seguinte precedente proferido em caso análogo:

'Agravo regimental em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Ausência de ilegalidade (art. 301 do CPP). Trancamento de inquérito, ante a alegação de ilicitude dos elementos de prova. Questões não submetidas às instâncias precedentes. Supressão de instância. Medida excepcional. Hipóteses autorizadoras não verificadas. Agravo não provido' (HC 202.776 AgR/SP, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma).

No mesmo sentido, cito as seguintes decisões monocráticas proferidas por integrantes de ambas as Turmas do STF: HC 205.281/SP, de relatoria da Ministra Rosa Weber, Primeira Turma; HC 207.163/SP, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma; HC 206.802/SP, de minha relatoria, Segunda Turma; HC 205.455/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma; HC 203.070 AgR/SP, de relatoria do Ministro Nunes Marques, Segunda Turma; e HC 201.556/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, cujo excerto transcrevo:

'[...] Ao contrário do que afirma o impetrante, a guarda municipal não realizava atividade de investigação. Consta dos autos que guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina e visualizaram o paciente em estado de flagrância. Visualizar a prática de um crime em flagrante e dar voz ao agente não é o mesmo que realizar atos de investigação, ainda que outra interpretação queira dar o impetrante. Da leitura dos autos, vê-se que a ação da Guarda Municipal foi legítima, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante, o que se adequa à jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, cito: RE 1259558, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 13.3.2020; RE 1208225, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 7.2.2020; ARE 1235035, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.10.2019. (...).'

Além disso, em 1º/3/2021, o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o RE 846.854/SP, assentou que '[as] Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, §8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º, CF), pelo que se submetem às restrições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 654.432'.

(STF – HC 212.642/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j.

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

em 17/03/2022 – DJe de 22/03/2022);

"Agravos regimentais em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. **Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Ausência de ilegalidade (art. 301 do CPP).** Trancamento de inquérito, ante a alegação de ilicitude dos elementos de prova. Questões não submetidas às instâncias precedentes. Supressão de instância. Medida excepcional. Hipóteses autorizadoras não verificadas. Agravo não provido." (STF – HC 202.776-AgR/SP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 11/11/2021 – DJe de 15/03/2022).

Além do mais, a Lei n. 13.022/14, responsável por trazer o "Estatuto Geral das Guardas Municipais" e disciplinar o art. 144, §8º, da Constituição Federal, constitui norma geral e é aplicável a todas as leis municipais que versam sobre as suas respectivas guardas (cada Município deve editar a sua própria lei e adequar-se às disposições do Estatuto Geral das Guardas Municipais).

A importância dessa Lei encontra-se no fato de que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal. Dispõe esta norma constitucional que *"os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei"*. A interpretação restritiva encontra-se no fato de que as Guardas Municipais sempre tiveram um papel relacionado com a proteção do patrimônio municipal. A Lei n. 13.022/14 amplia a interpretação, estabelecendo que as Guardas Municipais podem colaborar com os demais Órgãos de segurança pública, no caso as Polícias Civil e Militar.

Isso se depreende das competências que a Lei confere às Guardas Municipais. O art. 4º atribui a competência geral, qual seja, a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município, conforme já previsto na Constituição Federal. Por outro lado, o art. 5º adjudica as competências específicas. E é entre as competências

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

específicas que podemos destacar que as Guardas Municipais não estão restritas à proteção do patrimônio municipal, mas também lhes são atribuídas funções de colaboração na apuração penal e defesa da paz social. Pode-se destacar, por exemplo, que são competências específicas das Guardas Municipais:

"Art. 5º. São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

I - zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município;

II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais;

III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;

VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal;

VII - proteger o patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas;

VIII - cooperar com os demais órgãos de defesa civil em suas atividades;

IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades;

X - estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas;

XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

XII - integrar-se com os demais órgãos de poder de polícia administrativa, visando a contribuir para a normatização e a fiscalização das posturas e ordenamento urbano municipal;

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

XV - contribuir no estudo de impacto na segurança local, conforme plano diretor municipal, por ocasião da construção de empreendimentos de grande porte;

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

XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;

XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignatários; e

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento."

Outrossim, não cabe qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 13.022/14, por ter este diploma conferido poderes às Guardas Municipais de atuarem em prol da segurança pública. Em primeiro lugar, as Guardas Municipais integram o sistema de segurança pública do Estado, razão pela qual se encontram em um dos parágrafos do art. 144, da Constituição Federal. Em segundo lugar, a atuação das Guardas Municipais é sempre ligada às suas atribuições constitucionais (proteção do patrimônio municipal) ou, quando mais ampla, atuará em colaboração com os demais Órgãos de segurança pública (Polícias Civil ou Militar). Inclusive, é o que dispõe o art. 5º, IV e parágrafo único, da Lei. Por fim, as Guardas Municipais, quando no exercício da sua competência, deverão obedecer às competências dos Órgãos Federais e Estaduais, prestando o auxílio necessário para a elucidação dos fatos.

Pelo que se vê, as Guardas Municipais estão investidas na incumbência de garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de delitos, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência ou, no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso.

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

Neste sentido, são os entendimentos recentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. **RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA.** LEGÍTIMA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI Nº 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública.

2. Essa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, fez com que o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 846.854/SP, reconhecesse que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, §8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º, da CF).

3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no §7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, §1º, inciso VII).

4. O quadro normativo constitucional e jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida e julgada procedente para, nos termos do artigo 144, §8º da CF, CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO aos artigo 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública.

(STF – ADPF 995/DF – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Tribunal Pleno – j. em 28/08/2023 – DJe de 09/10/2023);

E aqui, no caso concreto, a Guarda Municipal não ultrapassou as suas prerrogativas nem se substituiu à atuação das Polícias Civil e Militar. Demonstrada a flagrância na prática do crime de tráfico de drogas, apenas procedeu como poderia tê-lo feito alguém do povo, tendo sido levada a efeito a prisão em flagrante, em perfeita consonância com o art. 301, do Código de

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

Processo Penal.

De mais a mais, a atuação dos agentes da lei está em conformidade com o recente julgamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no RE n. 608.588/SP, entendendo que as Guardas Civis Municipais podem realizar atividades de policiamento ostensivo e comunitário:

"O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 656 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, a fim de declarar a constitucionalidade do artigo 1º, inciso I, da Lei 13.866/2004 do Município de São Paulo, tanto em sua redação original como na redação dada pela Lei 14.879/2009, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin, que julgavam prejudicado o recurso extraordinário. **Foi fixada a seguinte tese: "É constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança urbana pelas Guardas Municipais, inclusive policiamento ostensivo e comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária, sendo submetidas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso VII, da CF. Conforme o art. 144, §8º, da Constituição Federal, as leis municipais devem observar as normas gerais fixadas pelo Congresso Nacional".**"

(STF – RE 608.588/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Tribunal Pleno – j. em 20/02/2025);

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, inexistente 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
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

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, 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:

"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);

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

"*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 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, inexistente 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);

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

"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 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 PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. A decisão de origem baseou-se em provas suficientes, incluindo depoimentos coerentes dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

[...]

6. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. Os depoimentos coerentes de policiais são meios idôneos de prova. 2. A desclassificação mediante reconhecimento do transporte para consumo pessoal esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte."

(STJ – AgRg no AREsp 2.713.001/RO – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 26/11/2024 – DJe de 09/12/2024);

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO. NÃO CABIMENTO. ORDEM DENEGADA.

[...]

5. A jurisprudência reconhece a validade da palavra dos policiais como prova, desde que em consonância com outros elementos dos autos.

IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA."

(STJ – HC 896.285/ES – **Rel. Min. Daniela Teixeira** – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA ILICITUDE DAS PROVAS. INVIABILIDADE.

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

CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE IDÔNEAS. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO É MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESTABILIDADE DA PROVA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. TRAFICÂNCIA HABITUAL. HISTÓRICO DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL GRAVE E RECENTE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. 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; tampouco a demonstração de que houvesse alguma perseguição dos policiais com relação ao paciente, pelo fato de ele já ser conhecido da polícia pela prática de atos infracionais.

Precedentes.

[...]

7. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 815.812/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/05/2023 – DJe de 22/05/2023).

Por isso, força convir, os depoimentos dos guardas civis 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. 04/06). Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arripio 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

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

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 conveniência de lembrar 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,

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

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 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

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

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.

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

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

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, 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

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

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 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.

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

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.

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

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

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 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 alibi 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 alibi 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 CONDENÇÃO - 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 alibi, 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 alibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a

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

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 – 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 guardas civis, que abordaram o réu guardando as malsinadas drogas, nas circunstâncias narradas na denúncia, 27 (vinte e sete) porções de "maconha", pesando 484g e 96 (noventa e seis) porções de "cocaína", pesando 41,4g, guardas civis 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 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 consoma-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

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

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.

[...]

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

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

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, 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

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

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 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

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

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 eleitoreiros 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 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).

De tal arte, as provas dos autos consubstanciam um conjunto de indícios que convergem no sentido de evidenciar a materialidade e a

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

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 dentro de um veículo cuja chave estava consigo, 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, afastadas todas as hipóteses absolutórias ventiladas pela defesa.

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

"[...]

A materialidade delitiva está plenamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 03), auto de exibição e apreensão (fls. 22/23), boletim de ocorrência (fls. 18/21), fotografias (fls. 37/46), laudo de exame químico toxicológico (fls. 289/291).

Vejamos os depoimentos:

Na fase policial a ré Ana Carolina de Souza negou a prática do crime. Disse que foi até o local dos fatos de mototáxi e que seu namorado REGINALDO já estava lá. REGINALDO estava conversando com um homem que estava no local com um veículo, quando foram abordados. Negou que estivesse com a chave do veículo GM/Astra. Nada sabe sobre esse veículo e o Fiat/Tempira. Desconhece a origem da droga e dos veículos (fls. 07/08).

Na fase policial o réu Reginaldo Costa dos Santos não foi ouvido.

Em juízo a ré Ana Carolina de Souza voltou a negar a participação no delito.

Alegou que no horário que a viatura chegou estava defronte da padaria, onde entrou para pegar troco para o mototáxi. Pagou o mototaxista e ele saiu. Não estava vendendo droga. O rapaz que estava com REGINALDO, de nome Maicon, saiu e deixou a chave do GM/Astra cair no chão. Pegou a chave no chão, por isso estava com ela, e entregou para REGINALDO, que entregou para os agentes municipais. A chave que tiraram do seu bolso era do seu apartamento. Eles disseram que se não achassem droga no carro iriam forjar REGINALDO. REGINALDO fugiu por isso e por ter passagem. Tem dois filhos com REGINALDO.

Em juízo o réu Reginaldo Costa dos Santos também negou a prática do crime. Disse trabalhar na Interlaser. Maicon Nascimento estava no local quando chegou. O veículo GM/Astra não é seu. ANA não estava próximo deles. Ela estava na padaria trocando dinheiro. Ela somente se aproximou quando a viatura os abordou. Os guardas municipais perguntaram de quem era o GM/Astra e Maicon saiu

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

correndo e deixou a chave cair. Disse que com frequência era agredido pelo GCM Paulino. Ele falou que iria forjar e colocar sua mulher no canto, ficou com a “mente atordoada” e por isso fugiu correndo. Sua irmã mora na rua “de cima”. Os GCMs não foram na casa do Maicon Nascimento, que é o dono do GM/Astra. Maicon não foi somente liberado, ele correu e deixou a chave cair. Já cortou o cabelo com Maicon. Saiu da borracharia do Osvaldo e estava subindo para a rua de cima, onde mora sua irmã, e parou para conversar com Maicon.

O guarda municipal Sidnei Paulino da Rosa disse que receberam denúncia de que no endereço (indicado na denúncia) funcionava uma biqueira e que um casal realizava a comercialização de drogas. A denúncia não indicava nomes. Quando ingressaram na rua visualizaram ANA conversando com um homem numa motocicleta. Com a aproximação da viatura, o motociclista se evadiu. Disse que ANA não teria chegado de mototáxi, pois o motociclista não tinha essa característica e fugiu ao ver a viatura, e ANA estava com a chave de um veículo (GM/Astra). Próximo de ANA estava dois homens, um deles REGINALDO, amásio de ANA. O outro rapaz é morador das proximidades e não constatarem ligação com os fatos. Na mão de ANA havia a chave do veículo GM/Astra, estacionado próximo. Pediram a chave para ANA, que se negou a entregar e tentou se afastar do veículo, e entregou a chave a REGINALDO. Pediram a chave ao réu, que quis tumultuar, mas acabou entregando-a. Abriram o veículo GM/Astra e encontraram drogas. Nesse momento, REGINALDO empreendeu fuga. Diante das denúncias, foram verificar o outro veículo, um Fiat/Tempira, e dentro também encontraram drogas, que eram semelhantes às encontradas no GM/Astra. ANA e REGINALDO, vulgo “baianinho”, são conhecidos dos meios policiais.

No mesmo sentido o depoimento do guarda municipal José Milton Coimbra. Acrescentou que ANA negou os fatos, dizendo que a droga era de REGINALDO, que era um covarde e fugiu, abandonando-a, mas mudou a versão para o delegado. Disse, ainda, acreditar que o motociclista que fugiu não era mototaxista, porque ANA chegou pela frente da moto e ele não tinha roupa de mototaxista e nem capacete extra para passageiro. A denúncia indicava que o casal realizava o tráfico e escondia a droga num veículo.

Amealhados todos os documentos, depoimentos, laudos, e sendo inequívoca a materialidade do crime de tráfico, cumpre apreciar o conjunto probatório de forma racional e ponderada para se alcançar uma conclusão válida acerca da autoria, observando-se que o fato envolve trama complexa, e a tese formulada pela acusação não decorre de sequência de eventos apurados de forma linear e retilínea, exigindo dos investigadores o alinhamento de diversos elementos de prova colhidos em situações diversas e aparentemente desvinculadas, utilizando-se da somatória de “peças” para a união do “quebra-cabeças”, tendo em vista que REGINALDO e ANA não foram encontrados na posse direta das drogas apreendidas.

Evidentemente, incumbe à defesa dos acusados apontar eventuais falhas neste conjunto de elementos supostamente coeso apresentado pelo Ministério Público, tendo em vista que, como observa GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no

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

processo, seja conforme a realidade, ou não" (in Provas no Processo Penal, 2ª edição, 2011, RT, p. 18).

Independentemente do resultado do exame das provas, seja favorável à tese acusatória ou não, importa destacar que no âmbito das investigações que apresentam como objeto tráfico de drogas, é preciso compreender a relevância das denominadas provas indiciárias, que, a despeito de num primeiro momento não se mostrarem muito elucidativas, ao serem unidas e "costuradas" por meio do raciocínio indutivo, podem vir a permitir o alcance de uma conclusão lógica e convincente, de forma a permitir um decreto condenatório. Acerca do tema, como bem salienta GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "a prova indiciária é composta por vários fatos secundários, ou seja, inúmeros acontecimentos prontos a constituir um quadro maior indicativo da concretização do fato principal, objeto da imputação" (op cit, p. 201).

Ainda, sobre a questão da prova indiciária, NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA apresenta análise com notável profundidade, trazendo à tona elementos que não podem ser ignorados no momento da promoção do julgamento. Primeiramente, para MALATESTA, a avaliação dos indícios impõe ao julgador a realização de raciocínio lógico, donde se parte do desconhecido para o conhecido por meio da relação de causalidade; em segundo lugar, parte-se de uma premissa menor que afirma a existência de um fato contido numa realidade mais ampla; em terceiro lugar, o exercício para se alcançar a conclusão mais ampla, impõe o conhecimento de regras práticas da experiência, donde se extrai a ideia de empirismo; em quarto lugar, a conclusão que se alcança por intermédio da utilização dos indícios é sempre diversa da informação que se utilizou inicialmente.

As ideias apresentadas no parágrafo anterior apenas sintetizam parte do raciocínio exposto por MALATESTA em sua obra "A Lógica das Provas em Matéria Criminal" (Livraria Clássica Editora, Lisboa, 2ª Edição, 1927), sendo pertinente citar trecho elucidativo da lição do grande mestre, in verbis:

"Já vimos, falando da prova indirecta em geral, qual é a forma lógica do indício. A sua forma lógica, dissemos, é o raciocínio. Reüni todos os indícios possíveis, fazei sua análise lógica, e encontrar-vos heis sempre em frente de uma premissa maior, que tem por conteúdo um juízo específico de causalidade; de uma premissa menor, que afirma a existência de um sujeito particular que se contém no sujeito específico da maior; e de uma conclusão que atribui ao sujeito particular em questão o predicado atribuído na maior ao sujeito específico. Nesta conclusão, assenta propriamente o argumento probatório. Não é inútil aqui um esclarecimento. Falamos de juízo específico e de sujeito específico por exatidão de linguagem, porquanto o juízo verdadeiramente genérico de causalidade é o próprio princípio de causalidade: todo o fenômeno supõe a causa. O juízo de causalidade expresso pela maior do raciocínio indicativo não exprime propriamente senão a relação entre uma espécie de causas e uma espécie de efeitos; eis em que sentido o chamamos específico. Compreende-se, pois, que este juízo específico de causalidade é sempre geral relativamente ao juízo particular que se quer dele deduzir. Dado este esclarecimento, que nos parece útil, prossigamos.

Vimos também, anteriormente, que a ideia mais geral, contida no

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

juízo da maior, nos é dada pela experiência, que a deduz por indução da observação das várias particularidades. Vimos, além disso, que esta ideia geral de que se parte, consiste, para o indício quasi sempre, e sempre para a presunção, no modo de ser e actuar ordinário da natureza. Remetendo para o completo desenvolvimento das teorias, relativamente a este ponto, para o que dissemos anteriormente nes mesma Parte do livro, julgamos oportuno considerar aqui de novo a força da relação, que o indício nos conduz do conhecido ao desconhecido, para fixar assim o valor do indício.

No indício a coisa que se apresenta como conhecida, é sempre diversa da coisa desconhecida que se faz conhecer.

Ora, uma coisa conhecida só nos pode provar uma coisa desconhecida diversa, quando se nos apresente como sua causa ou como seu efeito, porquanto entre coisas diversas não há, como demonstramos, senão a relação de causalidade que possa conduzir de uma a outra. As coisas conhecidas, que, enquanto sirva para indicar a desconhecida, pode chamar-se também coisa indicadora, pode apresentar-se tanto como uma causa, como um efeito; e esta coisa indicadora pode consistir em um facto interno da consciência, ou em um facto externo do mundo" (op. cit., p. 208/209).

As lições de MALATESTA são essenciais para se promover análise adequada das provas em matéria penal, devendo o jurista, e em especial, o julgador, estudar sua obra de maneira detida.

Por sua vez, a valoração a prova indiciária impõe, em primeiro lugar, a análise pormenorizada dos fatos apresentados; em segundo lugar, avaliação da incidência das teses de acusação e defesa, promovendo-se as pertinentes refutações, inclusive com base nas regras de experiência prática (experimentações); e em terceiro lugar, a conclusão sobre a comprovação das hipóteses (adequação ou não das condutas dos réus à denúncia).

Primeiramente, passa-se à coleta pormenorizada dos elementos de fato obtidos nos autos:

1- REGINALDO e ANA estavam em uma "biqueira", sendo que os guardas municipais detinham prévia informação de que um suposto casal praticava o tráfico de drogas ali;

2 – Ambos foram abordados, mas nada de ilícito foi encontrado com eles, no entanto, ANA detinha consigo a chave de um veículo estacionado no local, e diante das fundadas suspeitas, os guardas se apossaram da chave realizaram a busca veicular no veículo ASTRA/GM, cuja maçaneta mostrou-se compatível com a chave;

3 – dentro do veículo ASTRA/GM, inspecionado após a obtenção das chaves com ANA, foram encontradas diversas porções de drogas;

4 – no momento em que o veículo ASTRA/GM foi inspecionado, REGINALDO decidiu fugir, não sendo mais encontrado;

5 – além das drogas encontradas no veículo ASTRA/GM, também havia no local um veículo TEMPRA, velho e imprestável, mas que também era utilizado para o depósito de drogas, tanto que os guardas inspecionaram o automóvel e encontraram as drogas remanescentes em seu interior;

6 – Os réus disseram que as chaves do veículo pertenciam a Maicon, um dos sujeitos que ali estava, mas que fugiu logo quando a viatura chegou;

7- O Ministério Público traz aos autos informação de que o réu está sendo processado por tráfico de drogas nos autos n.

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

1503537-71.2022.8.26.0320, em trâmite na 1ª Vara Criminal de Limeira, sendo que em tal feito, REGINALDO adotou modus operandi similar, optando por fugir e deixar sua esposa nas mãos dos policiais.

8- em referidos autos 1503537-71.2022.8.26.0320, a então esposa do acusado, ora corré ANA, autorizou a entrada de policiais no imóvel onde residiam, sendo que lá encontraram drogas, e na ocasião em que ANA telefonou para REGINALDO comparecer, este optou por sumir. Em tais autos, ANA teria confidenciado que o episódio, ocorrido em setembro de 2002, tratava-se segunda vez que onde era inserida em situação relacionada a tráfico por culpa de REGINALDO, sendo que a primeira situação é exatamente a dos presentes autos (três meses antes, junho/2022).

Considerando todos os oito episódios acima mencionados, o Ministério Público, de um lado, sustenta que o acusado REGINALDO devem ser condenado, e ANA absolvida por insuficiência probatória. De outro lado, a defesa dos réus alega a insuficiência probatória para ambos.

Analisando-se detidamente os oito fatos mencionados que sintetizam toda a trama processual, cotejando-se com os argumentos da acusação e defesa, e especialmente, valendo-se do método indutivo de interpretação, onde se faz uma coligação minuciosa de indícios, e depois, avalia-se a sua aplicabilidade à realidade prática, de acordo com as regras de experiência, foi possível ao juízo alcançar as seguintes conclusões:

1 – inequivocamente existem indícios desfavoráveis a REGINALDO, quais sejam: encontrava-se em uma biqueira, é conhecido dos meios policiais, encontra-se processado por tráfico de drogas por fatos ocorridos pouco tempo depois, e resolveu fugir no momento em que os guardas decidiram inspecionar o veículos, cujas chaves foram encontradas na posse de sua então esposa, a corré ANA;

2 – tais indícios, por si sós não permitiriam a conclusão acerca da responsabilidade penal do réu pelo delito de tráfico, mas analisados em conjunto, levam à conclusão de que REGINALDO era o traficante da biqueira, que mantinha as drogas depositadas em ambos os veículos – Astra e Tempa – para venda de entorpecentes;

3 – já as provas em relação a corré ANA são frágeis, não havendo elementos de fato substanciais no sentido de que anuía com o tráfico praticado por seu esposo, especialmente diante das razões expostas pelo Ministério Público.

4 - não há quaisquer indícios de que os guardas municipais teriam "forjado" as 96 porções de cocaína e as 27 porções de Cannabis sativa L., ou seja, obtido previamente as drogas em outra ação e, de forma criminosa, imputado a posse ao acusado de forma gratuita, com o único propósito de incriminá-lo.

5 – a quantidade de droga apreendida era expressiva, e inequivocamente destinava-se ao tráfico.

Nesse sentido, indubitosa a necessidade da condenação do acusado REGINALDO pelo crime previsto no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06 Com relação à acusada ANA, entendo que o conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório judicial não é suficiente para a sua condenação. Portanto, ante o exposto, aplico o princípio in dubio pro reo a absolvo.

Passo a dosimetria da pena com relação ao réu REGINALDO. [...]" (fls. 363/371).

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 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.

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

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 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**

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

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 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).

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

À pena.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso. Contudo, deveria ter sido fixada acima do mínimo legal, certo que a condenação decorrente do processo-crime n. 1500561-82.2019.8.25.0551, a qual foi utilizada pela sentença na segunda etapa dosimétrica para agravar a pena do réu, transitou em julgado em 24 de agosto de 2022, data posterior aos fatos do presente processo-crime, 25 de junho de 2022 (fls. 147). Portanto, deve ser utilizada para exasperar a pena-base do réu a título de maus antecedentes criminais, e não de reincidência.

Sobre a questão, existem duas principais correntes doutrinárias a propósito da conceituação de mau antecedente. A primeira leva em conta toda e qualquer anotação na folha de antecedentes do réu (inclusive inquéritos policiais, ações penais em andamento, processos em que o acusado foi absolvido e processos em que ele teve a punibilidade alcançada pela prescrição). A segunda corrente considera, para o fim de reconhecer maus antecedentes, apenas as condenações transitadas em julgado não caracterizadoras de reincidência (conforme **GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado**, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 388-390).

E conforme destacam **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE**:

"[...] constituiriam 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).

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

Esse entendimento já foi, por vezes, consagrado nos Tribunais Superiores. A propósito, cita-se, na CORTE SUPREMA:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. LEI 13.964/2019. INCLUSÃO DO §5º DO ART. 171: AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, DA CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte já decidiu que, para fins de maus antecedentes, é possível a consideração de condenação anterior ao fato quando o seu trânsito em julgado tenha ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Precedentes.

[...]

8. Agravo regimental desprovido."

(STF – ARE 1.289.175 AgR/PR – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 21/09/2021 – DJe de 07/02/2022);

"RECURSO ORDINÁRIO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO PENAL EM EXAME. POSSIBILIDADE.

1. É viável, para fins de maus antecedentes, a consideração de condenação por fato anterior quando o seu trânsito em julgado tiver ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Doutrina. Precedentes.

2. Recurso Ordinário a que se nega provimento."

(STF – RHC 194.878/SP – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 29/03/2021 – DJe de 01/06/2021);

"[...] 3. Sentença condenatória com **trânsito em julgado posterior ao fato delituoso** de que o paciente é acusado neste writ, que, embora não possa ser considerada para o efeito de reincidência, configura maus antecedentes. [...] Ordem denegada."

(STF – HC 82.202/RJ – **Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA** – 2ª Turma – j. em 29/10/2002).

E no Superior Tribunal de Justiça:

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

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DECISÃO MONOCRÁTICA A DIMINUIR A PENA-BASE. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DOSIMETRIA. BASILAR. MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - In casu, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos concretos para manter a exasperação da basilar que estão em sintonia com o entendimento deste Sodalício, no sentido de que "a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base" (AgRg no HC n. 607.497/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 30/09/2020).

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 787.554/PE – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADO EM RAZÃO DA PROFISSÃO. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DE AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DECOTE DA AGRAVANTE PREVISTA NA ALÍNEA H DO INCISO II DO ART. 61 DO CP. INVIABILIDADE. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO §1º DO ART. 168 DO CP. PACIENTE QUE PRATICOU O DELITO ENQUANTO ADVOGADO DA VÍTIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. DELITO COMETIDO AO MENOS 36 VEZES. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 2/3 QUE ESTÁ DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRECEDENTES. MONTANTE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

- Em relação aos maus antecedentes, em virtude dos (Processos n. 3001576-45.2013.8.26.0123 e 3001780-89.2013.8.26.0123 - 2º Vara de Capão Bonito/SP - fls. 100/101), visto que "é possível reconhecer como mau antecedente a decisão penal condenatória, relativa a fato anterior ao crime em apreço, ainda que o trânsito em julgado tenha sido posterior (e-STJ, fl. 277). Com efeito, também não há ilegalidade a ser sanada no desvalor conferido a essa vetorial, pois nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, a condenação definitiva

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

por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base (AgRg no HC n. 607.497/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 30/9/2020). Precedentes. [...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 768.871/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 04/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no AREsp 35.077/SP – Rel. Min. Marco Aurélio Belizze – 5ª Turma – j. em 02/04/13).

Não há falar-se que o deslocamento da anterior condenação transitada em julgado do réu, da segunda fase da dosimetria da pena (reincidência) para a primeira fase (antecedentes) traduziria "reformatio in pejus". A uma, porque a pena do réu não será modificada. A duas, porque o reconhecimento de maus antecedentes criminais é, em geral, menos gravoso do que o reconhecimento da circunstância atenuante da reincidência, para o fim da execução criminal, por exemplo. Deste modo, no duro, o deslocamento, mesmo que de ofício, ocorre em benefício do réu.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena para serem reconhecidas.

Por fim, 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

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

"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, o que, por si só, impede o reconhecimento do benefício.

Nesse sentido é o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"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**

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

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).

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

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 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.

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

[...]

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.”

(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** –

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

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 NO HABEAS CORPUS. SOMENTE INOBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS OU FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. RAÇÃO DE 2/3. USO DE ARMA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. REGIME 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. Jesuino 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. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE

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

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. Confira-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).

Assim, a pena estabilizou-se em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime fechado e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A uma, porque o próprio quantitativo da pena imposta impede a concessão do benefício, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. E a duas, porque o réu possui maus antecedentes criminais, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação defensiva, de ofício, porém, realocando da segunda fase da dosimetria da pena o processo-crime usado para fins de reincidência, para a primeira fase, agora para fins de maus antecedentes, sem qualquer repercussão na pena final, mantida, quanto ao mais, a sentença.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA

Relator



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