



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362204

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500395-26.2024.8.26.0470, da Comarca de Porangaba, em que é apelante CICERO ROMÃO PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

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

São Paulo, 11 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº 1500395-26.2024.8.26.0470

Apelante: Cícero Romão Pereira

Apelado: Ministério Público

Origem: Vara Única da Comarca de Porangaba

Juiz(a) Prolator(a): Dr(a). Josias Martins De Almeida Júnior

Data do fato: 1º/04/2024

Voto nº 38058

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

I. Caso em Exame

Apelante condenado por tráfico de drogas, com pena inicial de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa. Recurso busca nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz e absolvição por insuficiência de provas, ou aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz e (ii) avaliar a suficiência do conjunto probatório para a condenação por tráfico de drogas.

III. Razões de Decidir

3. A alegação de nulidade por violação ao princípio da identidade física do juiz não prospera, pois não houve demonstração de prejuízo efetivo, conforme art. 563 do CPP.

4. A condenação por tráfico de drogas é mantida com base nos depoimentos dos policiais e nas provas materiais apreendidas, que indicam a prática do tráfico.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso improvido.

Tese de julgamento: 1. A nulidade processual exige demonstração de prejuízo efetivo. 2. Depoimentos de policiais são provas idôneas quando não há indícios de parcialidade.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e § 4º;

Código de Processo Penal, art. 399, § 2º, art. 563.

Jurisprudência Citada:

STF, HC 93.868/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira

Turma, j. 28.10.2008;
STJ, AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro Ribeiro
Dantas, j. 09.06.2020.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa.

O réu apelou² pedindo, em preliminar, o reconhecimento da nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, pediu a absolvição do acusado por insuficiência do conjunto probatório. Subsidiariamente, pediu o reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, § 4^a, da Lei de Drogas

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

Da preliminar de violação ao princípio da identidade física do Juiz

A defesa alega em sede de preliminar a violação ao princípio constitucional da identidade física do Juiz.

Porém, tal alegação não merece prosperar.

A nulidade alegada nas razões de apelo decorre de inovação trazida com o advento da Lei nº 11.719/2008, que alterou alguns pontos do Código de Processo Penal. A lei dá uma nova redação ao artigo 399, § 2º, do referido

¹ Folhas 301.

² Folhas 323

³ Folhas *.

⁴ Folhas 388.

Diploma Legal, estabelecendo que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

A aplicação do princípio da identidade física do juiz tem caráter relativo, tendo em vista eventuais afastamentos do juiz titular da vara, como férias, aposentadoria, licença e promoção por exemplo.

A necessidade de relativização fica ainda mais evidente no Processo Penal, diante da existência de réu preso, que não pode, obviamente, aguardar indefinidamente o sentenciamento do feito.

Compulsando os autos, verifico que o(a) Dr(a). Fábio Fernandes Lima presidiu a audiência de instrução⁵ realizada no dia 03 de julho de 2024.

No entanto, o referido Magistrado respondeu pela Diretoria do Fórum da Comarca de Porangaba até o dia 12/07/2024, conforme publicação disponibilizada na página 18, do Diário de Justiça Eletrônico – Caderno Administrativo de 14 de junho de 2024.

Com a apresentação das alegações finais do réu em 16 de julho de 2024 (folhas 236/253), percebe-se que o Magistrado que presidiu a audiência não mais estava acumulando a Vara da Comarca de Porangaba.

Constata-se, ademais, que o prolator da sentença, Dr. Josias Martins de Almeida Junior, encontrava-se em exercício na Vara na data da sentença, conforme se pode constatar na certidão de folhas 376.

Portanto, ausente a alegada nulidade pelo sentenciamento por outro magistrado.

Mesmo que assim não fosse, não seria caso de anular a sentença, pois a parte não enumerou qual o efetivo prejuízo sofrido, limitando-se a mencionar a ocorrência de nulidade.

⁵ Folhas 224.

Ora, ausente prova de efetivo prejuízo, pelo princípio da instrumentalidade das formas fica mantido o ato na forma realizada, por ter atingido plenamente seu objetivo, a teor do previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal que contempla o brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*.

Como já decidido no Pretório Excelso, *“o processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu; c) precedentes: HC 93.868/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 28/10/2008; HC 98.403/AC, Rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 24/8/2010, HC 94.817, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento em 3/8/2010. Recurso ordinário desprovido”*⁶.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

*“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (pas de nullité sans grief). Na hipótese dos autos, não é possível atender ao ato postulatório defensivo, pois não houve a demonstração de que eventual mácula ocorrida nas audiências em questão tenha trazido prejuízo à defesa do acusado”*⁷.

Portanto, de qualquer ângulo que se analise a questão, a preliminar é de ser afastada.

No mérito

⁶ STF - RHC 110429 / MG – rel. Min. Luiz Fux, j. 06.03.2012.

⁷ STJ – HC 238659 / SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Quinta Turma – DJe 29/05/2014.

O auto de apreensão⁸ e o laudo toxicológico⁹, que restou positivo para a presença dos elementos ativos, comprovam que as substâncias são entorpecentes.

A autoria também é certa.

O Apelante, na delegacia, permaneceu em silêncio (fls. 05/06). Em juízo, negou a prática delitiva. Relatou, em resumo, que, na data dos fatos, foi abordado ao sair de sua chácara. Narrou que havia um carro preto estacionado que deu partida e saiu devagar. Afirmou que ultrapassou o carro preto porque estava com vazamento na mangueira de água do seu veículo. Disse que ao se aproximar do local da abordagem, a viatura estava atravessada. Informou que parou o seu veículo. Declarou que o veículo preto parou atrás dele. Contou que desceram pessoas com arma. Esclareceu que não havia nada consigo no automóvel. Relatou que, na sua residência, também não tinha nada. Disse que não lhe deixaram ligar para seu advogado e para sua sobrinha. Afirmou que os policiais pularam o muro de sua chacinha, estouraram o cadeado e arrebentaram a porta. Por fim, narrou que não falou sobre o abuso ao delegado, nem na audiência de custódia (fls. 224/225).

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹⁰, neste sentido, afirma que “o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção

⁸ Folhas 13/14.

⁹ Folhas 92/96.

¹⁰ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”.

GUSTAVO BADARÓ¹¹ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO¹², que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*¹³.

¹¹ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹² *In*: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹³ *Ob. Cit.* – p. 455.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

Cilso, policial militar, disse que não conhecia o acusado antes dos fatos. Relatou, em breve síntese, que, na data dos fatos, estava estacionado na Rodovia Camilo Príncipe, altura do Km 77, na cidade de Porangaba, tendo em vista a existência de informações de que a rodovia era utilizada como rota do tráfico de drogas. Narrou que, em dado momento, enquanto ali estava, visualizou o veículo Ford/Fiesta, cor prata, placas CRQ-1J24, cujo condutor, assim que percebeu a presença policial, mudou sua atitude na direção do veículo, acelerando-o com a intenção de fugir. Afirmou que, por conta disso, deu ordem de parada e conseguiu impedir a fuga, abordando o condutor daquele automóvel. Disse que o condutor foi identificado como sendo o Apelante. Informou que nada de ilícito foi encontrado em seu poder, após busca pessoal. Declarou que, em busca veicular, mais precisamente no painel do carro, no interior do compartimento do rádio, localizou uma sacola plástica, contendo 48 pedras de crack, 09 porções de cocaína e 01 de maconha, além de uma agenda contendo aparente contabilidade do tráfico. Contou que, ao ser questionado, o Apelante admitiu que transportava essas drogas para a Rodoviária de Bofete, bem como que possuía mais entorpecentes em sua residência. Esclareceu que diligenciou ao endereço residencial do Apelante, numa propriedade rural situada na Travessa São Paulo, sem numeral, área rural de Porangaba, onde teve a entrada franqueada por ele. Relatou que, em seguida, no local indicado pelo Apelante, no interior de um freezer desligado, localizou 377 porções de cocaína, 12 pedras de crack, 03 porções de maconha, 01 porção a granel aparentemente de cocaína, 02 porções a granel de crack, centenas de embalagens plásticas vazias, papel filme, colher e peneira, além de uma balança de precisão, sendo que essa estava sobre a mesa da cozinha. Narrou que havia, também, outro caderno contendo aparente

contabilidade do tráfico. Afirmou que o Apelante alegou que já ostentava antecedentes por tráfico de drogas na Bahia, seu Estado de origem.

Nilton, policial militar, prestou depoimento no mesmo sentido. Acrescentou que o apelante disse que buscava a droga na rodoviária de São Paulo, mas não deu o nome da pessoa que lhe fornecia o entorpecente. Disse que não conhecia o réu antes dos fatos.

Os policiais confirmaram a apreensão de drogas no painel do veículo do réu, mais precisamente dentro do compartimento do rádio, e de mais entorpecentes na residência do acusado.

E nada há nos autos que indique que os referidos militares tivessem algum motivo para injustamente incriminar o acusado, pessoa que sequer conheciam antes dos fatos.

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

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

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

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES¹⁴.

¹⁴ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹⁵ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

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

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

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁶ que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*.

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

No caso dos autos não se vislumbra

¹⁵ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

¹⁶ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

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

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

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

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”¹⁷.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA.

ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA.

PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO.

PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME PRISIONAL E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários,

¹⁷ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

- In casu, não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas sim, com habitualidade, ou seja, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois além da expressiva quantidade da droga apreendida - 2,02 kg de cocaína -, foram encontrados diversos petrechos que sustentam o juízo de fato de que ele praticava a mercancia ilícita já há algum tempo. Em verdade, a prova dos autos leva a crer que o paciente mantinha estrutura de refino de drogas em sua residência. Notadamente, foram localizados um revólver, uma balança de precisão, rolo de fita adesiva, liquidificador, duas facas de cozinha, uma máscara de filtro químico, duas prensas hidráulicas e ácida bórico, usando para a diluição do material entorpecente.

- Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

Precedentes.

- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

- Mantida a sanção em patamar que excede quatro anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de alteração do regime para a modalidade aberta e de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

- Agravo regimental não provido”¹⁸.

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”¹⁹.

A despeito de nenhuma testemunha

¹⁸ STJ - AgRg no HC 675.003/GO - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - j. 03/08/2021

¹⁹ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

civil ter sido arrolada, sabe-se que as pessoas comumente se negam a prestar depoimento por receio.

De todo modo, se existissem testemunhas alheias aos quadros da polícia militar e se poderiam prestar declarações que afastassem a responsabilidade do acusado, caberia a ele arrolá-las, o que lhe foi oportunizado fazer livremente. Contudo, nenhuma testemunha foi apresentada.

Ressalte-se mais uma vez que não há nos autos nada que indique que os policiais militares tivessem algum motivo ou interesse para injustamente incriminar o réu. Aliás, a apreensão de grande quantidade de drogas reveste de credibilidade os depoimentos dos agentes públicos, uma vez que não é crível que eles fossem utilizar de expressiva quantidade para imputar falsamente a propriedade ao réu.

A Defesa buscou fragilizar o depoimento dos policiais alegando ocorrência de contradições.

Todavia, ao contrário do sustentado, não se verificou contradições. Registre-se que nenhum dos dois policiais conhecia o réu e ambos disseram que a abordagem do acusado ocorreu eventualmente porque ele – ao avistar a viatura policial – esboçou breve tentativa de fuga com a aceleração do veículo.

É bem verdade que o militar Cilso não se recordou de alguns detalhes da abordagem e ele explicou que isso ocorre porque acabam envolvidos em muitas ocorrências, o que se mostra crível. Some-se a isso o fato de que ainda fora ouvido depois de três meses da ocorrência dos fatos, o que dificulta ainda mais a lembrança exata de cada ocorrência.

A existência de pequenas contradições acerca de detalhes secundários do fato não desacredita a prova oral, ao contrário, lhe dá credibilidade.

Como ensina ALBERTO PESSOA ²⁰,
“não pode, pois, o facto de se ter verificado a exactidão de um certo número de

²⁰ A prova testemunhal – 3ª edição – Imprensa da Universidade – Coimbra – 1931 – p. 26.

afirmações bastar para garantir a verdade de todo um depoimento; nem, pelo contrário, uma afirmação, que se demonstrou ser errônea, servir de argumento para invalidar todas as declarações dum depoente, como é uso e costume fazer-se”.

Ademais, “*não se pode exigir a mesma certeza em todas as matérias (Aristóteles deixou dito na Ética a Nicômano: 'não se pode procurar igual precisão em todas as coisas, mas, ao contrário, em cada caso particular, tender à exatidão que comporta a matéria tratada, e somente na medida apropriada à nossa Investigação'). Por isso, prossegue São Tomás, os atos humanos, a que voltam os juízos testemuniais, tendo por objeto coisas contingentes e variáveis, não permitem aos testemunhos o papel de gerar uma certeza demonstrativa; e bastante, isto sim, a certeza provável, que alcance a verdade na maioria dos casos (ut in pluribus veritatem attingat)”²¹.*

Por fim, como afirmado por S. TOMÁS DE AQUINO²², “*nada obstante, ainda que não se possa lograr a certeza infalível em tal matéria, não se pode desprezar-se a certeza provável que pode nascer da declaração de duas ou três testemunhas”.*

Assim é certo que pequenas contradições num testemunho não o desqualificam ou o desmerecem. Ao contrário, servem até para conferir-lhe maior valor probatório, embora não se possa afirmar a ocorrência da “*certeza infalível*”.

Neste sentido como já decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “*os depoimentos das vítimas e policiais merecem integral credibilidade, haja vista inexistir, nos autos, qualquer elemento de prova apto a infirmar sua força de convicção, observando-se que pequenas contradições são ínsitas à prova oral e não a maculam*”²³.

Igualmente o E. Pretório Excelso:

“PROVAS DO FATO. A AUTORIA ESTÁ SOBEJAMENTE PROVADA PELAS PROVAS DOS AUTOS. AS PROVAS TESTEMUNHAIS SÃO HARMÔNICAS EM ATESTAR A PRÁTICA DO ATO. AS PEQUENAS CONTRADIÇÕES SOBRE CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RELEVANTES NÃO SÃO SUFICIENTES PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO. EM RELAÇÃO À COR DA MOTOCICLETA, NÃO HÁ CONTRADIÇÃO, POIS A DEPOENTE AFIRMOU NÃO SE RECORDAR (FL. 104). SOBRE ESTAR, OU NÃO, O AUTOR DO

²¹ TACrim/SP – rel. Ricardo Dip – RJD 24/343.

²² Suma Teológica – IIa. – IIae. – q. 70 – art. 2º – ad 1ºm.

²³ STJ - HABEAS CORPUS nº 183.128 – SP – rel. Min. Jorge Mussi – DJ 07/04/2011.

*FATO, DE CAPACETE, O DEPOIMENTO DA VÍTIMA (FL. 96) NÃO PODE SER CONSIDERADO CONTRADITÓRIO COM O DA TESTEMUNHA QUE NÃO A ACOMPANHOU POR TODO O TEMPO. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 4 - RECURSO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO."*²⁴

Assim, afasta-se a alegação de defesa de que as provas não merecem credibilidade pelas pequenas contradições que eventualmente apresentem.

Assim, visto a prova, a responsabilidade do réu pelos entorpecentes apreendidos se infere pelo depoimento dos policiais, os quais confirmaram a apreensão de drogas no veículo e na residência do réu.

A quantidade , incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento de grande parte do material apreendido, própria para a venda a varejo; e apreensão²⁵ de dois cadernos com anotações, rolo de plástico filme, peneira, balança de precisão, gilete dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Portanto, pela considerável quantidade de entorpecentes, incontestes que se destinava ao consumo de terceiros.

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

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

VICENTE GREGO FILHO²⁶, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo

²⁴ STF - ARE 861014 AgR/DF – rel. Min. Luiz Fux – Primeira Turma – j. 24.03/2015.

²⁵ Folhas 13.

²⁶ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁷, *“de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”*.

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

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

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

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

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

²⁷ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

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

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

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

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexos com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”²⁸.

Também é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e,

²⁸ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁹

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

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

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, considerando a grande quantidade, potencialidade e diversidade dos entorpecentes, a pena base foi fixada em 07 anos de reclusão e no pagamento de 700 dias-multa, o que merece reparos.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a utilização da quantidade e natureza da droga para exasperação da pena base e também para fundamentar o *quantum* de pena a ser reduzido é inconstitucional, por configurar *bis in idem*.

Por outro lado, é permitida a utilização da quantidade de droga para majorar a pena base e a natureza para determinar o *quantum* a ser reduzido, ou vice-versa.

Destaca-se que nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, o juiz na aplicação da pena deve considerar, com preponderância das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a natureza, quantidade, personalidade e conduta social.

Assim o artigo 42 da Lei 11.343/06

²⁹ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

complementa o artigo 59 do Código Penal, sendo que nesse último se tem diversas circunstâncias que podem fundamentar a elevação da pena base. Portanto o que configura *bis in idem* é utilizar a mesma circunstância em duas fases de aplicação da pena, sendo permitida, portanto, a utilização de uma circunstância diferente em cada fase.

Assim afasta-se o uso da quantidade na primeira fase, mantendo-se o aumento com base na natureza de parte das drogas, crack e cocaína, de alto poder viciante.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a droga apreendida foi cocaína pura na forma de *crack*, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

Neste sentido, tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que foi levada especialmente em consideração a natureza e a quantidade da substância encontrada - 693 g (seiscentos e noventa e três gramas) de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada apenas seis meses acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda. Ordem denegada”³⁰.

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

³⁰ STJ – HC nº 231882/SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 20/06/2012.

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (1,2kg de cocaína).

- Tendo a Corte de origem, no exame das circunstâncias judiciais, mantido a pena-base fixada, a revisão desta demandaria o reexame do conjunto probatório, o que não é admitido na via eleita.

- A Corte de origem negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 concluindo que o agravante se dedica a atividade criminosa. Rever esta premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório carreado aos autos, tarefa inviável em recurso especial, a teor do verbatim n. 7 da Súmula deste Tribunal.

- A natureza e quantidade da droga, aliadas à circunstâncias judiciais, justificam a sua fixação do regime fechado.

- Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, não há como conceder o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.”³¹

E também o E. Supremo Tribunal Federal.

“A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. 2. Idônea a exasperação da pena-base com

³¹ STJ - AgRg no AREsp 331.719/SP, Rel. Min. Ericson Maranhão - SEXTA TURMA - j. em 28/04/2015.

fundamento na natureza das substâncias traficadas, consoante preconiza o art. 42 da Lei 11.343/2006 c/c art. 59 do Código Penal. 3. A avaliação do quantum de atenuação da pena, à míngua de previsão legislativa dos parâmetros a serem considerados, sujeita-se ao livre convencimento motivado do julgador, observado o limite máximo de redução, as circunstâncias do caso e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”³².

Desta forma, se mantém a pena fixada na r. sentença na primeira fase.

Não existem circunstâncias na segunda fase.

Pela quantidade, inaplicável o redutor.

A grande quantidade de entorpecente apreendida **(03 porções de crack pesando cerca de 137,48 gramas – lacre 13748; 04 porções de maconha pesando cerca de 45,13 gramas – lacre 13749; 09 porções de cocaína pesando cerca de 4,82 gramas – lacre 13750; 60 porções de cocaína na forma de crack pesando cerca de 11,01 gramas – lacre 13787, 02 porções de cocaína pesando cerca de 780,62 gramas – lacre 13788, e 377 porções de cocaína pesando cerca de 220,64 gramas – lacre 13789)** denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE

³² STF – RHC 129951 / PR – Rel. Min. Teori Zavascki – Segunda Turma – DJe 08/10/2015.

PENA DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, § 4º). IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

02. "A diversidade e a quantidade de droga justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC 199.227/SP,

Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015; HC 315.716/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; HC 312.452/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

À luz desses precedentes e da premissa fática estabelecida no acórdão impugnado - o réu "trazia consigo e em momento anterior, adquiriu droga, consistentes em 74,4 gramas de maconha, acondicionadas em 54 trouxinhas plásticas, e 36,07 gramas de cocaína, acondicionadas em 26 supositórios plásticos e 49 trouxinhas plásticas" -, não há como aplicar a causa de diminuição de pena do "tráfico privilegiado" (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º).

03. Habeas corpus não conhecido"³³.

"a expressiva quantidade e a diversidade de drogas apreendidas em poder do apelante mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal"³⁴.

Dessa forma possível à utilização da quantidade de droga em umas das fases e da sua natureza em outra, por configurar situações diversas, não incorrendo em *bis in idem*.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida grande quantidade e variedade de entorpecentes **(03 porções de crack pesando cerca de 137,48 gramas — lacre 13748; 04 porções de maconha pesando cerca de 45,13 gramas — lacre 13749; 09 porções de cocaína**

³³ STJ – HC n. 317.721/SP – Rel. Min. Newton Trisotto – Quinta Turma – DJe de 03/08/2015.

³⁴ STF - RHC 117.867/MG – rel. Min. Luiz Fux – j. 22.10.2013; STJ - AgRg no AREsp 359.220/MG – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG – mesma rel. – j. 7.3.2013.

pesando cerca de 4,82 gramas — lacre 13750; 60 porções de cocaína na forma de crack pesando cerca de 11,01 gramas — lacre 13787, 02 porções de cocaína pesando cerca de 780,62 gramas — lacre 13788, e 377 porções de cocaína pesando cerca de 220,64 gramas — lacre 13789). Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, foram apreendidas porções de cocaína e *crack*, o que também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA³⁵, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que *“una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti* ('para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos')”.

Folhas 354/355, 357/360, 362/365: pedidos de liberdade provisória até o julgamento do recurso e a inclusão do presente na pauta de julgamento.

No tocante ao pedido de recurso em liberdade, na r. sentença a d. Autoridade indeferiu a liberdade de forma fundamentada.

Com efeito, respondendo ao processo preso, com o esgotamento das instâncias ordinárias não se vislumbra motivo para alteração da situação, posto que os motivos que determinaram a prisão até o momento permanecem.

³⁵ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.

Na esteira de entendimento dos Tribunais Superiores, o réu que permanece preso durante a instrução processual deverá assim continuar quando proferida sentença condenatória, sendo irrelevante eventual primariedade, desde que permaneçam inalterados os motivos que determinaram sua prisão preventiva.

Incide na espécie, ainda, a Súmula 9 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Portanto, fica indeferido o pedido de aguardar o processamento do recurso em liberdade.

Quanto ao excesso de prazo para apreciação dos pedidos de liberdade, impõe registrar que, em 19 de março de 2025, houve conversão do julgamento em diligência, com remessa dos autos à origem. E ultimada a providência, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça para oferecimento de parecer, retornando os autos em 08 de abril de 2025. Com meu voto, os autos estão sendo encaminhados para o julgamento virtual.

Destaca-se que o pedido de liberdade deveria ter sido requerido mediante o manejo de *habeas corpus*, fato que não ocorreu.

Também não há que se falar em inobservância da regra contida no artigo 316 do Código de Processo Penal, uma vez que não se aplica aos Tribunais de Justiça quando em atuação como órgão revisor.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXTORSÃO. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OBRIGAÇÃO DE REVISAR, A CADA 90 (NOVENTA) DIAS, A NECESSIDADE DE SE MANTER A CUSTÓDIA

CAUTELAR. TAREFA IMPOSTA APENAS AO JUIZ OU TRIBUNAL QUE DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA. REAVALIAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, QUANDO EM ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO REVISOR. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao "órgão emissor da decisão" - em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva - o dever de reavaliá-la.

2. Encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou acórdão condenatórios, a impugnação à custódia cautelar - decorrente, a partir daí, de novo título judicial a justificá-la - continua sendo feita pelas vias ordinárias recursais, sem prejuízo do manejo da ação constitucional de habeas corpus a qualquer tempo.

3. Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação - de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos - seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexequível, sob pena de tornar a prisão preventiva "ilegal", data maxima venia, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

4. Esse mesmo entendimento, a propósito, foi adotado pela QUINTA TURMA deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020: "Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente) [...]"

Portanto, a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor."

5. Na hipótese dos autos, em sessão realizada em 24 de março de 2020, o Tribunal de origem julgou as apelações (da Defesa e da Acusação) e impôs ao Réu, ora Paciente, pena mais alta, fixada em mais de 15 (quinze) anos de reclusão - o Magistrado singular havia estabelecido a pena em mais de 13 (treze) anos de reclusão.

6. No acórdão que julgou as apelações, nada foi decidido acerca da situação prisional do ora Paciente, até porque a

Defesa nada requereu nesse sentido. Assim, considerando que inexistente obrigação legal imposta à Corte de origem de revisar, de ofício, a necessidade da manutenção da custódia cautelar reafirmada pelo juízo sentenciante, não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado. Desse modo, os autos ainda não foram encaminhados a esta Corte Superior.

8. Ordem de habeas corpus denegada.”

(HC n. 589.544/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 22/9/2020.)

Folhas 373/375: ao contrário do sustentado pela Defesa, a diligência não é protelatória, uma vez que necessária para apreciação da preliminar ventilada em razões de apelação e que, em caso de acolhimento, ensejaria a nulidade da sentença e, em consequência, prejudicaria a análise do mérito.

Ante o exposto, **afastada a preliminar, NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO

Relator

Assinatura Eletrônica