



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000395156

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501415-57.2024.8.26.0242, da Comarca de Igarapava, em que são apelantes LUIZ FERNANDO MACIEL DA CONCEIÇÃO e NATALI MICHELE MEDEIROS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso para fixar as penas-base no piso, redimensionando-se a pena de Luiz Fernando para cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa e a pena de Natali Michele para dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta (250) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com determinação nos termos do voto do E. Relator. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16427

Apelação Criminal nº 1501415-57.2024.8.26.0242

Comarca: 1ª Vara de Igarapava

Juiz de Direito: doutor Joaquim Augusto Simões Freitas

Apelantes: Luiz Fernando Maciel da Conceição e Natali Michele Medeiros da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Luiz Fernando e Natali Michele foram condenados por tráfico de drogas, com Luiz Fernando recebendo pena de seis anos de reclusão em regime fechado e Natali Michele três anos em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Foram flagrados com crack, destinado ao tráfico, após denúncias e abordagem policial.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste na adequação das penas-base.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais.

2. A confissão de Luiz Fernando e as evidências contra Natali Michele justificam a condenação, mas as penas-base devem ser ajustadas ao mínimo legal, considerando a quantidade de droga apreendida.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso provido para fixar as penas-base no piso, redimensionando a pena de Luiz Fernando para cinco anos de reclusão e Natali Michele para dois anos e seis meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

2. *Tese de julgamento:* 1. A compensação entre agravantes e atenuantes é possível. 2. A reincidência impede a aplicação do redutor do tráfico privilegiado. 3. As penas-base devem ser fixadas no mínimo legal quando não há circunstâncias que justifiquem aumento.

LEGISLAÇÃO CITADA:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º; Código Penal, arts. 44, 59, 61, 77, 157, 188, 243, 387; Constituição Federal, arts. 5º, XLIII, 144; Lei nº 10.792/2003; Lei nº 8.072/1990; Lei nº 9.455/1997; Lei nº 11.464/2007; Lei nº 13.969/2019; Código de Processo Civil, art. 98, § 3º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.5.2017; STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.5.2017; STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC 352983/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 4.5.2017; STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017; STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, T3, j. 22.6.2022; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 15.3.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, j. 19.2.2019; STJ, AgRg no HC 687003/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 7.6.2022; STJ, AgRg no HC 650717/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, T6, j. 19.4.2022; STJ, HC 401261/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 27.6.2017; STJ, HC 498685/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 28.5.2019; STJ, HC 493263/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 7.5.2019; STJ, HC 489860/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.4.2019; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.3.2017; STF, HC 69657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.12.1992; STF, HC 82966/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.05.2003; STF, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006; STF, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.05.2008; STF, HC 118.533/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.6.2012; STF, HC 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, j. RTJ,148:490; STF, HC 97.256-RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. setembro de 2010; STF, Pet 11796/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.11.2016.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 225/227

O apelante, **Luiz Fernando**, foi condenado à pena de seis (6) anos de reclusão, em **regime inicial fechado**, além do pagamento de seiscentos (600) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, sem poder apelar em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere; e a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

recorrente **Natali Michele** foi condenada à pena de três (3) anos de reclusão, em *regime inicial aberto*, além do pagamento de trezentos (300) dias-multa, no piso, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um (1) salário mínimo, como incursa no **artigo 33, “caput”, c/c o § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, com possibilidade de recurso em liberdade, porque no dia **27.8.2024**, por volta das **15 horas e 20 minutos**, na Rua Coronel Galdino de Almeida, em frente ao nº 548, Vila Gomes, e na Travessa Padre Jerônimo, nº 1.139, Saudade, Igarapava/SP, traziam consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, oito (8) porções de crack, pesando 11,63 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Os recorrentes ajustaram-se para a prática do tráfico ilícito, fato que chegou ao conhecimento da Polícia Militar por meio de diversas denúncias. Na data dos fatos, policiais militares visualizaram **Luiz Fernando** na via pública e, ao ser abordado, localizaram na posse dele uma pedra grande de crack, uma “gilete” e invólucros de droga vazios. Questionado, ele, a princípio, negou o tráfico, contudo, ao ser questionado sobre a existência de drogas em sua residência, confessou que estava traficando, bem assim que, em sua casa, havia mais porções de entorpecentes. Ao chegarem à residência, **Natali Michele**, companheira do apelante, inicialmente negou que houvesse drogas no local, mas, ao ser questionada se estava na posse de entorpecentes, confessou que possuía. Os policiais viraram-se de costas e, na presença da sogra, **Natali Michele** retirou sete pedras de crack de suas partes íntimas e colocou-as em cima do sofá. Em virtude das informações prévias recebidas pela Polícia Militar, da qualidade e quantidade de droga apreendida, sua forma de acondicionamento e toda a dinâmica dos fatos, tem-se que os entorpecentes destinavam-se ao tráfico, que estava sendo praticado pelos apelantes, os quais foram presos em flagrante delito.

No apelo oferecido pela ilustre Defesa requereu-se **a)** fixação das penas-base no piso; e **b)** justiça gratuita (fls. 273/280).

Contrarrazões a fls. 293/296, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 17.2.2025 (fls. 292).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 311/319).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 214.

II – Fundamentação

O recurso comporta provimento, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Joaquim Augusto Simões Freitas.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/8, boletim de ocorrência de fls. 16/19, auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, laudo de constatação de fls. 24/27 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 173/175, crack foi apreendido.

A *autoria* é atribuível aos recorrentes.

No distrito, **Luiz Fernando confessou o tráfico ilícito**. Saiu do serviço e ficou em um bar. Pegou R\$ 7,00 e mais algum valor do cartão, tendo saído com a motocicleta, pois iria fazer compras. **Foi abordado por policiais militares, os quais encontraram a droga (crack) na mochila que estava em suas costas. Pretendia vender a droga para conseguir dinheiro. A droga encontrada em sua casa e também lhe pertence. Sua esposa não tem relação alguma com os fatos** (fls. 7).

A confissão (ela é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade, no ensinamento de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 249) não é adjetivada de válida ou não pelo local em que proferida, mas sim em confrontação com as demais provas e pelo teor de seu conteúdo (observa esse aspecto JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 446-447, para ele, ainda, a confissão extrajudicial é classificada como prova indireta, isto é, um indício, pela falta de ampla defesa e contraditório). A confissão na fase investigativa, se não desmentida por outros elementos de prova, apesar das opiniões em contrário, torna-se prova suficiente para sustentar a convicção judicial, afinal, o ato foi colhido por Autoridade Policial, na presença de outros servidores públicos, tem presunção de legitimidade, embora, de início, não se tenham as partes atuando. No caso, especificando, pode ser aceita, porque em consonância com os elementos probatórios.

Natali Michele negou o delito. Estava em casa e soube que **Luiz Fernando** foi abordado por policiais militares. **Ao ver os policiais militares, pegou umas pedras de crack que estavam na casa, guardadas em uma caixa, e escondeu-as nas partes íntimas. A droga era de Luiz Fernando. Tem conhecimento de que ele vende drogas há cerca de três meses.** Somente escondeu a droga porque ficou com medo (fls. 8).

Em Juízo, **Luiz Fernando confessou o tráfico ilícito.** Trabalha como gari há cerca de três anos. É usuário de maconha, mas já havia experimentado crack. Já foi preso no final de 2018 por tráfico de drogas, tendo deixado o sistema prisional em 2021. Havia saído para trabalhar logo pela manhã e retornado por volta das 14h30, após encerrar a coleta e devolver o caminhão. Ao chegar à casa,

onde sua companheira Natali Michele encontrava-se, ela entregou-lhe um cartão e o interrogando saiu rumo ao mercado Paulista. **Já carregava a droga em sua bolsa, que seria um único pedaço e destinava-se à venda.** Não estava com dinheiro na bolsa, apenas alguns plásticos, os quais não seriam utilizados para embalar as drogas. Não havia lâmina de Gillette. Natali Michele não usava drogas nem vendia. Desconhece mensagens extraídas do celular dela, nas quais ela afirmava ter vendido sete pinos e pedia ao interrogando para deixar a balança e os saquinhos. O interrogando utilizava dois celulares: um para o trabalho e outro mais simples para uso pessoal. **Toda a droga era de sua propriedade, pois era o interrogando quem praticava o tráfico ilícito. Natali Michele não tinha envolvimento com o tráfico.**

Natali Michele negou o delito. É usuária de maconha. No dia dos fatos, seu marido, Luiz Fernando, havia acabado de chegar do trabalho e a interroganda estava limpando a casa e cuidando dos filhos, que não haviam ido à escola. **Policiais abordaram Luiz Fernando e entraram na residência sem autorização, usando a chave que pegaram com ele. Os policiais perguntaram se havia drogas no local e, por medo, especialmente por estar com seus filhos, permitiu a entrada dos agentes e a revista na casa, certo que eles encontraram apenas dinheiro e a balança de precisão.** A balança estava do lado de fora de sua casa, próximo a outra residência situada no mesmo terreno, aos fundos. **Sua sogra chegou ao local e sugeriu que, caso estivesse com algo, seria melhor entregar, a fim de não prejudicar os filhos. Com medo, assumiu que estava com algo. Luiz Fernando vendia drogas há cerca de três meses.** Não se recorda do contato chamado "Carol menorzinha". Sobre as mensagens trocadas com o contato "amor", nas quais há referência à venda de "7 pinos", recusou-se a responder. Apesar da existência de conversas sobre pedido da balança e saquinhos, nunca usou a balança.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da

possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (artigo 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como *de defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e *de prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão de Luiz Fernando pode ser aceita, mas sua tentativa de eximir Natali Michele de responsabilidade criminal e a negativa desta não convencem.

César Fernando, policial militar, depôs que a Polícia Militar realizou operação de grande porte no município, composta por cinco motocicletas e duas viaturas de quatro rodas. **Durante o patrulhamento, visualizaram Luiz Fernando, já conhecido em virtude de denúncias anteriores sobre o envolvimento com tráfico de drogas.** Reconheceu a motocicleta dele e recordou-se que já havia sido feita uma averiguação anterior na residência dele, que não resultou na apreensão de drogas, apenas em infrações administrativas relacionadas à condução da motocicleta. **No dia dos fatos, Luiz Fernando foi abordado e, com ele, localizaram uma pedra de crack, saquinhos plásticos e uma lâmina, indicando a intenção de fracionamento da droga.** Questionado, Luiz Fernando admitiu que o entorpecente era dele, alegando ser apenas usuário. No entanto, durante aquela anterior abordagem, ele havia dito que usava apenas 'maconha', o que contrariava o material apreendido no dia dos fatos. Com o objetivo de localizar documentos e apurar mais informações, Luiz Fernando foi informado

que a equipe policial iria até a residência dele. No caminho, **Luiz Fernando** disse que havia mais entorpecentes em casa e assumiu que toda a droga era de sua responsabilidade, o que o depoente acredita ter sido uma tentativa de proteger a esposa. Ao chegarem à residência, foram recebidos por **Natali Michele**, a quem explicaram a situação, e, diante disso, **Natali Michele** permitiu a entrada dos policiais. Após vistoriarem o imóvel e não encontrarem nada inicialmente, **Luiz Fernando** recusou-se a prestar novas informações. No local, também estava a mãe de **Luiz Fernando**, certo que, após conversar com a sogra, **Natali Michele** demonstrou pesar, aparentemente sensibilizada com a situação dos filhos. Diante disso, **Natali Michele** retirou de suas vestes sete pedras de crack e colocou-as sobre o sofá, na presença dos policiais e da sogra. Além das pedras, também foi localizada uma quantia em dinheiro “picado”, guardada em uma latinha. Todo o material foi recolhido e encaminhado à Polícia Civil. Antes de agosto de 2024, tanto **Luiz Fernando** quanto **Natali Michele** eram indicados em denúncias de que traficava drogas juntos.

Willian Rodolfo, policial militar, afirmou que estava em patrulhamento com a equipe de motocicletas quando visualizou **Luiz Fernando** conduzindo um Honda/Biz de cor verde. Ele já era alvo de denúncias anônimas sobre a prática do tráfico de drogas, tanto na residência dele quanto em entregas feitas na região. Assim que percebeu a aproximação da Polícia, **Luiz Fernando** ele “dobrou” uma esquina e fugiu por aproximadamente três quarteirões, mas foi alcançado e abordado. Durante a revista pessoal, nada ilícito foi encontrado. Ao inspecionarem a mochila que ele carregava dentro do compartimento da motocicleta, localizaram uma porção de crack, uma lâmina de Gillette e quantia em dinheiro. Questionado, **Luiz Fernando** disse que era usuário de crack e a droga era para consumo próprio. Mesmo sendo confrontado com as denúncias de tráfico, ele manteve a versão de que era apenas usuário. O depoente informou que **Luiz Fernando** estava preso e seria conduzido à Delegacia. No trajeto, ele foi questionado se havia mais drogas na residência

dele, mas ele negou. No caminho à casa dele, Luiz Fernando disse que, se alguma droga fosse encontrada, seria dele, isentando a esposa Natali Michele de qualquer responsabilidade. **Ao chegarem à residência, foram atendidos por Natali Michele e, após informada sobre a abordagem e o flagrante, ela autorizou a entrada e revista do imóvel dos policiais, afirmando que não havia drogas no local. Durante a vistoria, localizaram um pote contendo moedas e dinheiro, além de uma balança de precisão. Apesar disso, Natali Michele demonstrava estar muito tensa. Com a chegada da sogra, ela ficou mais abalada, temendo ser presa e mencionando que tinha filhos. A seguir, Natali Michele admitiu estar com mais drogas escondidas em suas partes íntimas. Então, viraram-se de costas e, na presença da sogra, Natali Michele retirou sete pedras de crack e colocou-as sobre o sofá. Ela disse o marido traficava no local desde que haviam se mudado, mas ela não tinha nenhum envolvimento com o tráfico. Diante dos fatos, Natali Michele também recebeu voz de prisão e ambos foram conduzidos à Delegacia. As denúncias que receberam eram contra Luiz Fernando. Não havia denúncias contra Natali Michele. Várias denúncias indicavam que usuários de crack iam à residência do casal comprar drogas de Luiz Fernando.**

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam os recorrentes, pois confirmaram o encontro de drogas na mochila que Luiz Fernando transportava na motocicleta, bem como nas partes íntimas de Natali Michele. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, os apelantes não mostraram que quisessem prejudicá-los gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (artigo 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Taiza não presenciou os fatos nem tem conhecimento sobre eles. Conhece Natali Michele desde a infância, pois cresceram juntas. Conheceu Luiz Fernando quando ele envolveu-se com a amiga. Nunca ouviu comentários de que Natali Michele estivesse envolvida com o tráfico de drogas. Sabia que Luiz Fernando trabalhava no caminhão de coleta de lixo, enquanto Natali Michele cuidava das crianças. Luiz Fernando contribuía com o sustento da família.

Taiza nada esclareceu a respeito dos fatos, pois não os presenciou.

As provas são robustas e incriminam os recorrentes.

As penas comportam reparo.

Na primeira fase, as penas-base devem ser fixadas no piso, porque, nada obstante a apreensão de crack, a quantidade não extrapolou a normalidade

(oito (8) porções de crack, pesando 11,63 gramas), comparando-se a casos similares, e o resultado e consequências não ultrapassam o que se espera deles. Pena: cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.

Na segunda fase, a pena de Luiz Fernando permanece no mesmo patamar, pela compensação entre a agravante da reincidência (processo nº 1501125-18.2019.8.26.0242, fls. 39 e 40) e a atenuante da confissão espontânea.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - J. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o artigo 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (**Recursos**

Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP, paradigmas do Tema 585, conforme REsp 1.931.145/SP – T3 - Terceira Seção - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Não há atenuantes ou agravantes para Natali Michele.

Na **terceira fase, em razão da reincidência de Luiz Fernando, sobretudo por delito de mesma espécie**, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, até porque evidencia que ele não era principiante na atividade proscrita. E não se cogita de “bis in idem”, mas, sim, de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Nesse sentido: “(...) *reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes.*” (STJ - **Habeas Corpus nº 427.620/SP** - T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 – DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) “*A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.*” (STJ - **AgRg no HC 468.578/MG** - T5 – Quinta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja,

não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Já se decidiu: "4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem." (*AgRg no HC 687003/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

"1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois expressamente previsto em tal norma que tal benefício somente pode ser aplicado a agente primário, de bons antecedentes. 2. Não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena." (*AgRg no HC 650717/SP* – T6 – Sexta Turma – Relatora Min^a Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

"- Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente bis in idem na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes." (*HC 401261/SP* – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 27.6.2017 – DJe 1.8.2017).

Natali Michele foi beneficiada com a diminuição da pena pela

incidência do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

A aplicação da redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. Nesse contexto, na escolha do quantum de redução, **deve-se levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida**, por expressa previsão legal (artigo 42 da Lei n. 11.343/06) (STJ - **HC 498685/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. em 28.5.2019 – DJe em 7.6.2019). Ainda: **HC 493263/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. em 7.5.2019 – DJe em 20.5.2019 e **HC 489860/RJ** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 23.4.2019 – DJe em 30.4.2019.

No caso, **Natali Michele** é primária, sem antecedentes (fls. 44) e não há prova de que integre organização criminosa. No entanto, consta que havia sido indicada em denúncias como traficante e, no exame pericial de seu celular (laudo de fls. 188/198), foram encontradas imagens de manuseio de dinheiro e substâncias de aspecto semelhante a maconha e crack, bem como conversas relacionadas ao fracionamento e comercialização de entorpecentes, datadas de abril e maio de 2024, evidenciando que ela não era principiante na atividade proscrita, o que não se coaduna com a aplicação do redutor em questão. Assim, ausente irresignação do Ministério Público na parcela, mantém-se a redução da pena em 1/2, totalizando-se dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta (250) dias-multa.

As penas são finais, pois mais nada as alteram. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

Quanto a **Luiz Fernando**, o regime é o **inicial fechado**.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O tráfico ilícito é equiparado a hediondo (o Legislador, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserida no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (artigo 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as

condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**artigo 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Artigos 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus* nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (***Habeas Corpus* nº 91360/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

Em que pese o montante da pena, Luiz Fernando é reincidente. Ele reitera na prática de delitos e possui tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: "(...) o artigo 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto)." (*RHC 134829/RJ* – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: "***Deve ser fixado o regime prisional fechado ao***

condenado reincidente, diante do disposto no artigo 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.” (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

Há, ainda, gravidade concreta do delito, pois **Luiz Fernando** já era identificado em denúncias anônimas como traficante, exercendo o comércio proscrito por meio de entregas e na própria residência, onde morava com os filhos, evidenciando maior reprovabilidade de sua conduta.

Nestas condições, regimes diversos esbarram na literalidade de norma legal (artigo 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumprem com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pela conduta criminosa perpetrada; previne-se que não a cometa, prevenção especial, e outras infrações penais, prevenção geral, e, por fim, retorne ao convívio social, após assimilar a terapêutica penal, de maneira

harmônica.

Com a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Quanto à Natali Michele, foi fixado o regime inicial aberto.

O artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, permite essa escolha, por ser primário, com penas inferiores a quatro (4) anos e beneficiado com o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Pela redação da Constituição Federal, promulgada em 5.10.1988, a lei vai considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (artigo 5º, inciso XLIII).

Pelo rigor de tratamento com os crimes hediondos, o tráfico em comento foi equiparado à essa modalidade de infração penal, todavia, com a vigência da Lei nº 11.343/2006, possibilitou-se a diminuição da pena, de 1/6 a 2/3, no artigo 33, § 4º, logo, houve uma modificação na interpretação, *in bonam parte*,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

ou seja, quando esse dispositivo legal incide, não se equipara o delito ao delito hediondo (*Pet 11796/DF* – S3 – Terceira Seção – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – J. 23.11.2016 – DJe 29.11.2016, que se reporta ao *HC 118.533/MS* do Supremo Tribunal Federal, acrescente-se que julgamento foi em 27.6.2012 – Tribunal Pleno – Relator Ministro Dias Toffoli). No mesmo sentido: *HC 522614/BA* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 10.12.2019 – DJe 19.12.2019 e *HC 497365/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 11.4.2019 – DJe 29.4.2019, para exemplificar.

A Lei nº 13.969/2019, Pacote Anticrime, estabeleceu no artigo 112, § 5º, da Lei de Execução Penal, em conformidade à exegese jurisprudencial: "Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo (progressão - acresceu-se), o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006.

E não padece de inconstitucionalidade a norma em questão, numa primeira leitura, porquanto o tráfico não é, textualmente, segundo redação da Carga Magna, crime hediondo ou equiparado a ele, deve ser insuscetível de fiança, graça ou anistia, mas não para outros efeitos. Ademais, pelas condições objetivas e subjetivas necessárias para a diminuição, primariedade, bons antecedentes, não reiterar no crime ou integrar organização criminosa, condiz com o espírito da lei ser mais flexível quando o agente comete esse tipo de comércio ilegal de drogas e afins, ao contrário, faz-se efetivar a individualização da pena, a proporcionalidade e a razoabilidade, princípios inerentes à aplicação da pena.

Dessa maneira, o regime aberto revela-se adequado para repressão, prevenção especial e geral. Não poderá alegar falta de oportunidade para emendar-se, tampouco a necessidade de rever seus conceitos de licitude e necessidade econômica.

Incabível a substituição da pena corporal de Luiz Fernando por restritivas de direitos, por ser superior a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I, do Código Penal) e diante da reincidência (artigo 44, inciso II).

Caso isso fosse feito, ele não teria consciência da ilicitude que fez.

O artigo 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, o que não é o caso.

Para Natali Michele, aplicando-se o artigo 44, § 2º c/c o artigo 77, inciso III, ambos do Código Penal, substituiu-se a pena corporal por **prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas**, pelo tempo da pena privativa, cujo melhor disciplinamento será feito no Juízo das Execuções, verificando-se as aptidões da apelante e disponibilidade de tempo, segundo o artigo 46 e parágrafos do estatuto repressivo, e **prestação pecuniária no valor equivalente a um (1) salário mínimo**, para a correta repressão, prevenção (especial – não cometimento do mesmo delito e geral – realização de outras infrações penais) e ressocialização criminais. A substituição é permitida, desde que haja requisitos legais, pelo HC nº 97.256-RS (Relator Ministro Ayres Britto do STF, de setembro de 2010) e Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal.

Observa-se, ainda, a Súmula Vinculante 139 do Supremo Tribunal Federal: "É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (artigo 59 do CP), observados os requisitos do artigo 33, § 2º, alínea c e do artigo 44, ambos do Código Penal."

Para o caso de descumprimento e conversão, o regime será o inicial aberto, como já dito.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo provimento do recurso para fixar as penas-base no piso, redimensionando-se a pena de **Luiz Fernando** para cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa e a pena de **Natali Michele** para dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta (250) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Foi concedido o direito de recorrer em liberdade para **Natali Michele** (fls. 235), mas denegado para **Luiz Fernando** (fls. 233). Ele permanecerá nessa condição, pois ainda subsistem os motivos para sua prisão. Ele ficou preso durante toda a tramitação, por crime equiparado a hediondo, combatido mundialmente, logo, para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, a custódia é a melhor medida, sobretudo por se tratar de reincidente.

Os recorrentes já são beneficiários da Justiça Gratuita (fls. 236). Por causa disso, as obrigações decorrentes de sucumbência ficarão sob condição suspensiva (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil).

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.