



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000415640

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1520753-59.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEONARDO BARBOSA DAS CHAGAS, 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: **Negaram provimento ao recurso. 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, 29 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1520753-59.2024.8.26.0228

Apelante: Leonardo Barbosa das Chagas

Apelado: Ministério Público

Origem: 12ª Vara Criminal da Capital

Juiz(a) Prolator(a): Dra. Marcela Raia de Sant'Anna

Data do fato: 30/08/2024

Voto nº 37912

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em Exame 1. O apelante foi condenado por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 680 dias-multa. O réu apelou buscando absolvição ou, alternativamente, a redução da pena-base e a fixação do regime semiaberto. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a validade dos depoimentos de policiais como prova; (ii) a necessidade de demonstração do fim de mercancia para a configuração do crime de tráfico; (iii) a correta aplicação da dosimetria penal. III. Razões de Decidir 3. Os depoimentos de policiais são válidos como prova, desde que respeitado o contraditório, não configurando eiva processual. 4. O crime de tráfico de entorpecentes não exige a prova do elemento subjetivo do tipo, bastando a vontade consciente de realizar o ilícito penal. 5. A dosimetria penal foi corretamente aplicada, considerando maus antecedentes e reincidência, sem bis in idem. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. Depoimentos de policiais são válidos como prova. 2. O crime de tráfico não exige dolo específico. 3. Correta aplicação da dosimetria penal considerando antecedentes e reincidência. Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33; Código de Processo Penal, arts. 156, 202, 206, 207; Constituição Federal, art. 37. Jurisprudência Citada: STJ, RHC nº 37.033/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.10.2013; STF, HC nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.03.2012; STF, HC nº 114.390/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.08.2013.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 680 dias-multa.

¹ Folhas 88.

O réu apelou² buscando absolvição, nos termos do artigo 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente pretende a redução da pena-base com o afastamento dos maus antecedentes ou, se mantido o aumento, que seja na fração de 1/8 e a fixação do regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, além de prequestionar as matérias.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

O auto de apreensão⁵ e o laudo toxicológico⁶ positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes (cocaína, crack e maconha).

A autoria também é certa e recai sobre o acusado.

Tanto na polícia⁷ como em juízo o réu permaneceu calado em relação aos fatos.

Os policiais que atenderam a ocorrência relataram que passavam por um local conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistaram o réu, portando uma bolsa na cintura, o qual, ao notar a presença policial saiu correndo, dispensando-a pelo caminho. No entanto, mais a frente, foi abordado e, com ele, nada de ilícito foi encontrado. Contudo na bolsa foram localizadas porções de drogas variadas embaladas e prontas para a venda. Indagado acerca, respondeu que a bolsa não lhe pertencia. Ressaltaram que não perderam o acusado de vista em nenhum momento.

² Folhas 100.

³ Folhas 118.

⁴ Folhas 139.

⁵ Folhas 09.

⁶ Folhas 68.

⁷ Folhas 04.

Dessa forma, os policiais confirmaram a apreensão de drogas em poder do acusado.

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

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

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

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 MEIRELLES⁸.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA⁹ 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”*.

⁸ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

⁹ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

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 MALATESTA¹⁰ que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

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

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

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

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

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto

¹⁰ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

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)”¹¹.

No mesmo sentido a posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”¹².

Assim, visto a prova, a responsabilidade do réu pelas drogas apreendidas se infere pelo depoimento dos policiais, os quais confirmaram o encontro da variedade de entorpecentes na bolsa dispensada por ele ao ver a viatura policial.

A quantidade (79,29 g de cocaína; 2,06g de crack e 23,4 gramas de maconha¹³), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento – material apreendido, própria para a venda a varejo; local da abordagem conhecido como ponto de venda de drogas; e a visualização do acusado portando uma bolsa que fora dispensada com a aproximação policial, dão a necessária certeza de que os entorpecentes se destinavam ao tráfico ilícito.

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

¹¹ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

¹² STF – HC 87.662/PE – rel. Min. Carlos Ayres Britto – J. 05/09/2006.

¹³ Folhas 21 – dados baseados do auto de constatação.

“Confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g.(STJ - RHC nº 37.033/MG - Quinta Turma Relatora Ministra Laurita Vaz - j. 22.10.2013); de 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de 1,44g (STF HC nº 111.247/MG 2ª Turma Relator Ministro Ricardo Lewandowski - j. 27.03.2012), e de 104 'pedras' de crack, com o peso de 12,9 g.(STF HC nº 114.390/RS 1ª Turma Relator Ministro Luiz Fux j. 20.08.2013.)]”¹⁴.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama, de crack equivale a cerca de 0,1 grama e de maconha equivale a cerca de 0,6 grama. Portanto, as drogas encontradas com o réu são suficientes para **cerca de 317 porções individuais de cocaína, 21 porções individuais de crack e 39 porções individuais de maconha.**

Portanto, pela grande quantidade de entorpecentes, incontestemente que se destinavam 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 FILHO¹⁵, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO¹⁶, *“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*

¹⁴ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

¹⁵ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

¹⁶ *Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo* – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”.

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

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

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

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

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

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

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do

injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

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

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o 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”¹⁷.

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

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

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

¹⁷ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

¹⁸ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

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

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Da dosimetria penal

Na primeira fase a pena base foi aplicada acima do piso em 1/6 em face dos maus antecedentes ostentados pelo réu¹⁹. Assim a pena ficou estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

O pedido para aplicar a fração de 1/8 não comporta acolhimento.

Em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, firmou-se entendimento pacífico no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa.

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

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

¹⁹ Folhas 30/31 – Processo nº 1508125-14.2019 -

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015). - A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. - Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que a atenuante de confissão espontânea deve incidir na segunda fase da dosimetria da pena, mesmo que tenha sido parcial ou qualificada, seja judicial ou extrajudicial, ou, ainda, que dela o réu venha a se retratar, desde que tal manifestação seja utilizada para formar a convicção do magistrado e para fundamentar a condenação do réu. No caso, o réu negou a prática de qualquer delito, de forma que sua manifestação não concorreu para a formação da convicção do magistrado.

Inteligência do Enunciado n. 545 da Súmula desta Corte. Precedentes.

- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - foi utilizada arma de fogo e havia três agentes envolvidos na empreitada criminosa. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção

*de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação*²⁰.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6, PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, entendeu, alinhando-se ao STF, que a natureza e quantidade da droga são fatores a ser considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena.

2. "O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial" (AgRg no HC n. 733.841/PA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 6/5/2022).

3. Em face da quantidade de droga apreendida (quase 2kg de maconha), mostra-se cabível aplicar o patamar de 1/6 sobre o mínimo legal em obediência aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, bem como ao comando dos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 768.243/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022.)

Portanto, mantém-se o aumento em 1/6.

Na segunda fase presente a agravante da reincidência²¹, a pena foi aumentada novamente em 1/6, resultando-a em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

A defesa questiona que a sentença usou na primeira fase uma condenação que também serviria como reincidência e na segunda fase outra certidão para

²⁰ STJ - HC 403.338/SC - Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca - Quinta Turma - j.17/10/2017.

²¹ Folhas 30/31 – Processo nº 0013058-62.2016 – roubo.

aumentar a pena.

O fato de a certidão ter sido usada como maus antecedentes não torna a dosimetria equivocada, vez que nada impede que, havendo mais de uma certidão apta, uma delas seja usada como reincidência e as demais, como maus antecedentes, sendo este o expediente adotado pela magistrada.

Veda-se na realidade o uso da mesma certidão para aumento nas duas fases, o que não ocorreu no caso concreto. Observo que na primeira fase foi usada condenação diversa da segunda, o que a própria defesa não questiona.

Havendo mais de uma reincidência, é cabível que uma delas seja utilizada para agravar a pena, sendo as demais avaliadas para fins aumento da pena base a título de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria.

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE EXAME DO PEDIDO DE DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REGIME FIXADO COM BASE NOS ANTECEDENTES E NA MULTIRREINCIDÊNCIA. 3. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 241/STJ. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. POSSIBILIDADE DE VALORAR UMA COMO MAUS ANTECEDENTES E A OUTRA COMO REINCIDÊNCIA. 4. ARMA MUNICIADA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO. FATO QUE NÃO INTEGRA O TIPO PENAL. 5. PENA AQUÉM DE 4 ANOS E RÉU REINCIDENTE. OFENSA À SÚMULA 269/STJ. NÃO VERIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A ausência de análise sobre a detração, no caso concreto, não torna a sentença nula, uma vez que a detração da pena não teria o

condão de repercutir sobre a fixação do regime de cumprimento, portanto, não se verifica prejuízo ao paciente. De fato, o regime de cumprimento da pena não foi fixado com base apenas na quantidade de pena aplicada, mas também em virtude das circunstâncias judiciais e da multirreincidência específica.

3. O Magistrado de origem considerou duas condenações definitivas do paciente, uma como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e outra como agravante da reincidência, razão pela qual não há se falar bis in idem. De fato, o verbete n. 241 da Súmula desta Corte dispõe que "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Portanto, não havendo simultaneidade, não há qualquer ilegalidade.

4. O crime se consuma com o simples porte de arma de fogo, ainda que desmuniada, por se tratar de crime de perigo abstrato. Dessarte, o fato de a arma se encontrar municiada revela maior culpabilidade do agente, tratando-se de circunstâncias que desborda do tipo penal, razão pela qual não há se falar em bis in idem.

5. Não é possível alterar o regime de cumprimento de pena, porquanto devidamente fundamentado no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Como é cediço, regime não é fixado com base apenas na quantidade de pena aplicada, mas também levando-se em consideração a existência de reincidência e das circunstâncias judiciais valoradas negativamente.

Assim, não há se falar em incidência do enunciado n. 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

6. Habeas corpus não conhecido”²².

“Habeas corpus originário. Roubo majorado. Dosimetria da Pena. Réu que possui condenações anteriores e distintas. Reconhecimento de maus antecedentes e da reincidência. Possibilidade. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “a dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso [...] somente sendo cabível a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de equívoco flagrante ou de decisão teratológica” (HC 117.946, Rel. Min. Luiz Fux) 2. O magistrado sentenciante considerou condenações transitadas em julgado, anteriores e distintas, para aumentar a pena-base por maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência. Inocorrência de ilegalidade flagrante

²² STJ – HC 287.650/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 24/05/2016.

ou abuso de poder. Precedentes. 4. Habeas corpus indeferido”²³.

Portanto, na espécie, mantém-se a incidência dos maus antecedentes e da reincidência na dosimetria penal.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento e diminuição, a pena definitiva é de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

O redutor não será reconhecido em face da reincidência.

O regime fechado impõe-se e não há que se falar em qualquer reparo. Observo que foi apreendida variedade de entorpecentes **suficientes para a confecção de 317 porções individuais de cocaína, 21 porções individuais de crack e 39 porções individuais de maconha**. 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. Além disso, **o réu ostenta maus antecedentes e é reincidente**, o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA²⁴, 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’).”

²³ STF – HC 107456 – Rel. Min. Roberto Barroso – j. 03/06/2014.

²⁴ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.

FREDIE DIDIER JR.²⁵ define o prequestionamento como: *“o exame, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal”*.

Exige-se para que se possam apreciar os recursos Especial e Extraordinário a anterior análise das questões de direito federal ou constitucional, respectivamente, a fim de se preencher o requisito do prequestionamento. Trata-se de etapa do cabimento dos mencionados recursos, o que se faz por exame da tipicidade da lei federal ou constitucional em voga.

Tratando da necessidade de apreciação do tema pelo juízo *a quo* há dois verbetes dos tribunais superiores:

*“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo””*²⁶.

*“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”*²⁷.

Exposto, isso se discute se é necessário que o acórdão recorrido mencione expressamente os artigos de lei prequestionados pelo recorrente ou se basta que se manifeste sobre o assunto. Sobre isto se manifesta a doutrina mencionada no sentido de que: *“O que importa é a efetiva manifestação judicial – causa decidida. Não há aqui qualquer problema: se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria questionada e isso é o quanto basta”*²⁸.

Também esse é o entendimento que se extrai da lição do eminente Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira, em seu artigo “Prequestionamento”, publicado pela editora Revista dos Tribunais, na coletânea Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, de Acordo com a Lei 9.756/98, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, 1999, do qual se transcreve o trecho abaixo, extraído da página 252: *“A violação de determinada norma legal ou o dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, haja*

²⁵ Curso de Direito Processual Civil – Volume 3 – 8ª edição – Editora Juspodivm – 2010 – p. 260.

²⁶ Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

²⁷ Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

²⁸ Curso de Direito Processual Civil – Volume 3 – 8ª edição – Editora Juspodivm – 2010 – p. 260

sido o dispositivo expressamente mencionado no acórdão. Decidida a questão jurídica a que ele se refere, é o quanto basta”.

Portanto, tem-se admitido o denominado prequestionamento implícito como apto a ensejar o cabimento dos recursos excepcionais.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO - CONSTATAÇÃO DE ERRO DE PREMISSA FÁTICA - EMBARGOS ACOLHIDOS - RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - CABIMENTO - RAZÕES RECURSAIS SUFICIENTES À COMPREENSÃO DA IRRESIGNAÇÃO - RECURSO QUE MERECE TRÂNSITO - AGRAVO PROVIDO - DETERMINAÇÃO DE RECEBIMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1. Constatado que o julgado embargado adotou premissa fática equivocada, configurado está o erro de fato a justificar o acolhimento dos aclaratórios. 2. Se a matéria foi abordada pelo Tribunal local, ainda que sem menção a dispositivos de lei, é de se considerar cumprido o requisito do prequestionamento, ainda que de modo implícito. 3. Deve ser admitido o recurso especial cujas razões são suficientes à compreensão da irresignação da parte. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao agravo e determinar o recebimento do recurso especial interposto”²⁹.

Portanto, os fundamentos que autorizam a interposição dos recursos especial e extraordinário perante as Cortes Superiores não se vinculam à menção expressa de disposição legal da órbita federal, ou de norma constitucional.

Nesse cenário, evidente que o prequestionamento se situa no comando emergente do v. Acórdão, o qual, ao ferir, eventualmente, o texto da Constituição da República, ou de lei federal, irá ensejar o recurso ao Tribunal Superior.

²⁹ STJ – EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1279249 / PE – Rel. Min. Moura Ribeiro – Quinta Turma – DJe 06/06/2014.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO**
ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica