



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

Registro: 2025.0000433325

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500405-74.2024.8.26.0598, da Comarca de Jaú, em que é apelante MATEUS HENRIQUE ROSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do réu para 07 (sete) meses de detenção, regime semiaberto, mantida, quanto ao mais, a sentença. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



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

Apelação Criminal n. 1500405-74.2024.8.26.0598

Apelante: M.H.R.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú

MM. Juiz de Direito: João Pedro Vieira dos Santos

Voto n. 12.552

APELAÇÃO. CRIME DE RESISTÊNCIA. (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA ORAL JUDICIAL APTA A MANTER A CONDENAÇÃO DO RÉU. (2) PALAVRA DE POLICIAIS. VALIDADE. (3) CRIME DE RESISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. (4) DOSIMETRIA DA PENA. (5) REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. (6) REGIME SEMIABERTO. MANUTENÇÃO. (7) PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de resistência. Circunstâncias do caso concreto indicam o dolo adequado à espécie.

2. Validade dos depoimentos de agentes públicos. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS

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

AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007; HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998 e HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. 26/03/1996 – DJU de 18/10/96) e do STJ (AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 776.703/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuino Rissato – Quinta Turma – j. 02/08/2022 – DJe de 16/08/2022; AgRg no AREsp 1.858.776/PR – Rel. Min. Ministro Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. 26/04/2022 – DJe de 03/05/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1.970.832/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. 29/03/2022 – DJe de 04/04/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

3. Crime de resistência. A norma penal do art. 329, "caput", do Código Penal, visa a tutelar o normal funcionamento da administração pública, garantindo o princípio da autoridade e o prestígio da função pública dos seus agentes e daqueles que lhes prestam auxílio, na consecução dos seus fins, não restando dúvidas de que o réu, ao não obedecer a ordem de parada e, ainda, ter tentado agredir a policial militar Graciele Aparecida, opôs-se à execução de ato legal, mediante violência, tudo a caracterizar a violência a funcionário público competente, reclamada pelo tipo penal previsto no art. 329, "caput", do Código Penal, que não exige dolo específico para a sua caracterização.

4. Dosimetria da pena. Fixação da pena-base em patamar menor.

5. Reincidência. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal, pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

6. Regime semiaberto mantido, ante a comprovada reincidência do réu.

7. Parcial provimento do recurso defensivo, somente para redução da pena do réu.

VOTO

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

M.H.R. foi denunciado como incurso nas penas do art. 329, "caput" e do art. 147, "caput", ambos do Código Penal e, ainda, do art. 21, do Decreto-lei n. 3.688/41 (fls. 85/86).

Sobreveio audiência de instrução, debates e julgamento, oportunidade na qual o réu se viu condenado, nos termos do art. 329, "caput", do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, regime semiaberto, absolvido do crime previsto no art. 147, "caput", do Código Penal e da contravenção penal, prevista no art. 21, do Decreto-lei n. 3.688/41, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 135/142).

Recorreu a defesa do réu **M.H.R.** requerendo: **(a)** a desclassificação do crime de resistência para o crime de desobediência; **(b)** a fixação da pena-base no mínimo legal; **(c)** a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 171/179).

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 182/183).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** manifestou-se pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 198/210).

É o relatório que se acresce ao da sentença.

Dou parcial provimento ao apelo defensivo.

O réu **M.H.R.** foi denunciado como incurso do art. 329, "caput" e do art. 147, "caput", ambos do Código Penal e, ainda, do art. 21, da Lei das Contravenções Penais, nos seguintes termos:

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

"1. Consta nos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 27 de julho de 2024, por volta das 22h21min, na Rua Emílio Rampazo, nº 698, Centro, na cidade de Mineiros do Tietê, nesta comarca, MATEUS HENRIQUE ROSA, qualificado na fl. 13, agrediu fisicamente Maria Inês de Souza, sua genitora, sem, contudo, provocar-lhe lesões aparentes (vias de fato).

2. Nas mesmas circunstâncias do item anterior, o referido denunciando ameaçou a mesma vítima, por palavras e gestos, de provocar-lhe mal injusto e grave.

3. Em seguida, o denunciado opôs-se à execução de ato legal, mediante violência e grave ameaça praticada contra os policiais militares Graciela Aparecida Sanches e Danilo José Venâncio, funcionários competentes para executá-lo.

Consoante se apurou, o denunciado é filho da vítima Maria Inês, usuário de

drogas e não possui ocupação lícita remunerada. Na data apontada, sem qualquer motivo, ele desferiu um soco no nariz da genitora, sem provocar lesão aparente, apenas deixando a região atingida dolorida. Em seguida, o indiciado pegou uma enxada e ameaçou a mãe, dizendo que iria matá-la, deixando-a temerosa. Com medo, a referida vítima correu para a via pública e o denunciando a seguiu, momento em que pessoas que ali estavam a socorreram e chamaram a polícia. Então, o denunciando, que estava descontrolado e bastante agressivo, passou a ameaçar as pessoas que ajudaram a mãe dele e deixou o local em seguida.

A Polícia Militar foi acionada, policiais rapidamente foram ao local e tomaram conhecimento do ocorrido por intermédio da vítima. Saíram então à procura de MATEUS e o encontraram nas proximidades, ainda carregando a mencionada enxada. Foi dada ordem de parada, mas ele desobedeceu, abandonou a enxada e continuou a caminhar. Os policiais o acompanharam e quando se aproximaram dele foram recebidos com violência, pois que ele tentou agredi-los com socos e chutes, sendo necessário o emprego de força física moderada para contê-lo, algemá-lo e colocá-lo no compartimento da viatura. Durante o trajeto até a delegacia, em seguida, o denunciado, por várias vezes, ameaçou a policial militar Graciela, dizendo que a mataria e mataria a família dela.

Formalmente ouvido, o denunciado demonstrou total descontrole e agressividade, falou de forma desconexa e não relacionada com os fatos (fl. 09).

Realizada audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva (fl. 58/61).

A vítima ofereceu representação criminal (fl. 10).

Ficou evidenciado nos autos, como se vê, que as infrações penais descritas

nos itens 1 e 2 ocorreram em virtude da relação doméstica que existia entre o denunciando e a vítima Maria Inês. Não é possível a transação penal e nem a suspensão condicional do processo em virtude do disposto no artigo 41, da Lei 11.340/06." (fls. 85/86).

A materialidade criminosa está consubstanciada no boletim de

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

ocorrência (fls. 35/38), bem como na prova oral trazida aos autos.

A autoria criminosa é certa e deve ser imputada ao réu **M.H.R.** que, interrogado em Juízo, negou ter praticado os fatos narrados na denúncia, disse não ter agredido as vítimas e que somente empurrou o policial militar (fls. 132/134 - mídia digital). Mas, ver-se-á, a prova existente nos autos permite a manutenção da sentença condenatória.

A vítima **M.I.S.**, arrolada pela acusação, em Juízo, negou tivesse sido agredida ou ameaçada pelo réu. Disse que, no dia dos fatos, o réu foi ao seu quarto, pegou a fotografia do irmão falecido e começou a chorar e que ele havia "misturado várias coisas" (pinga, gardenal e Diazepam). Contou que ele apertou o nariz da declarante apenas para tirar um cravo, não sabendo precisar o que falou na fase extrajudicial, pois estava à base de calmante, assim como o réu que nunca a agrediu, negando, de outra banda, que ele a tivesse ameaçado com um enxadão, mas que saiu na rua em poder dele (fls. 132/134 – mídia digital).

Já **Graciela Aparecida**, policial militar, testemunha arrolada pela acusação, ao ser ouvida em Juízo, declarou que foi acionada para atender a uma ocorrência de violência doméstica. No local, encontrou a vítima, que disse que havia sido agredida com um soco e ameaçada com uma enxada pelo réu. Observou que o réu correu para o interior da residência com uma enxada na mão e ele não obedeceu a ordem de parada. Disse que quando o réu foi abordado, ofereceu resistência e tentou agredi-la, mas foi impedido por seu colega de farda (fls. 132/134 – mídia digital).

Por fim, o policial militar **Danilo José**, testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, ratificou o depoimento judicial da testemunha **Graciela Aparecida**, policial militar (fls. 132/134 – mídia digital).

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

Essas são as provas coligidas aos autos.

Deveras, a prova oral judicial, corroboradora da não menos robusta prova oral extrajudicial, comprovou que o réu **M.H.R.**, na data dos fatos, foi o autor do crime de resistência narrado na denúncia, conclusão inafastável a que se chega pelos firmes depoimentos das testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório, **Graciela Aparecida** e **Danilo José**, ambos policiais militares.

Aliás, em se tratando de policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexistente qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexistente qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do SUPREMO

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

TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO INTERNO NO *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENDIDO JUÍZO ABSOLUTÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. RETERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo inadmissível a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *ex vi* do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

3. **O testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo. Precedentes: HC 209.923-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/06/2022; RHC 208.086-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08/03/2022; HC 214.062-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/12/2022.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 223.425-AgR/RJ – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. *HABEAS CORPUS* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Revelando o *habeas corpus* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TRÁFICO DE DROGAS – DUPLA PUNIÇÃO – INOCORRÊNCIA. Demonstrada condutas autônomas, em contextos diversos, não cabe cogitar de dupla punição ante único crime. **TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, de policiais.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistente inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."

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

(STF – HC 150.760/PR – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** - Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. **DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE.** REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

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

(STF – HC 87.662-5/PE – **Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO** – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007);

"O valor de **depoimento testemunhal de servidores policiais** - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."

(STF – HC 73.518-5/SP – **Rel. Min. CELSO DE MELLO** – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. **POLICIAL. TESTEMUNHA: VALIDADE.** CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE.

[...]

II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

[...]

V. - HC indeferido."

(STF – HC 76.381/SP – **Rel. Min. CARLOS VELLOSO** – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

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

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS**. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meios idôneo e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NATUREZA DO ENTORPECENTE. ELEMENTOS IDÔNEOS A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA BASILAR. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - PCC. ELEMENTO APTO A EXASPERAR A PENA-BASE. **DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. REVESTIDOS DE FÉ PÚBLICA. VALOR PROBANTE. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.** ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. TESE NÃO DISCUTIDA NA INSTÂNCIA A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DOS AUTOS A JUSTIFICAR O INCREMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Depoimentos de policiais revestidos de fé pública. Valor probante confirmado. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e verossímeis. Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 776.703/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto -

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

Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR AS CONDENAÇÕES. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INVIABILIDADE. GRAVIDADE DAS CONDUTAS PERPETRADAS E REITERAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 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.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 782.347/RJ – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUTOR DO FATO ATRIBUIU A SI FALSA IDENTIDADE. SUPERVENIENTE RETIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO À ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROVOCADA PELA PARTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos dos autos indicam que, ao ser preso em flagrante, o Paciente teria atribuído a si falsa identidade. Essa conduta, nos termos entendimento consolidado por esta Corte no Enunciado n. 522, da súmula de jurisprudência, é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de

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

que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 765.898/MG – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV - Registre-se, ainda, que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e coerentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - a absolvição dos pacientes - requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 740.458/SP – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/08/2022);

"PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE DROGAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. ÔNUS DE PROVAR A AFIRMAÇÃO DE QUE O TRÁFICO ERA EXERCIDO POR TERCEIRA PESSOA. NÃO CUMPRIMENTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. CERTEZA DO JUÍZO CONDENATÓRIO. PROVAS TESTEMUNHAIS. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO.** ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO

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

E DIVERSIDADE DE SITUAÇÕES FÁTICAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. "In casu, além dos relatos da outra testemunha, (usuária e compradora da droga), 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" (AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/11/2021).

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AREsp 1.858.776/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 26/04/2022 – DJe de 03/05/2022);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO. PARADIGMAS FIRMADOS EM HABEAS CORPUS, MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA E HABEAS CORPUS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDA. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. CONFRONTO ENTRE OS ELEMENTOS OBTIDOS NAS FASES EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. CRIVO DO CONTRADITÓRIO. **VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO. PRECEDENTES.** AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. São válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. (AgRg no Ag 1336609/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14/08/2013).

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg nos EDcl no AREsp 1.970.832/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 29/03/2022 – DJe de 04/04/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM

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

SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL
NÃO PROVIDO.

[...]

3. 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.

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(STJ – AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

Por isso, força convir, os depoimentos judiciais dos policiais militares, testemunhas arroladas pela acusação, merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação de sentença condenatória.

Deste modo, abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, especialmente diante dos seguros depoimentos (extrajudicial e judicial) dos policiais militares, sob os mais variados pretextos, todos ao arrepio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

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

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha

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

havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daquele* outro fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária –, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador –, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas. Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual. O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I -, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta." (STF – AP 470/MG – Voto **Min. CEZAR PELUSO** – Tribunal Pleno – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in Rivista di Diritto Processuale, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo

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

Cabral (Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N° 2, aprilegiugno, 2005, passim).

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*.

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto ciò che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra". (...) La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice. (...) Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale,*

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

come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima dela presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.)

(LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: *'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade'* (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que *'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, v. g., em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

'IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório**. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

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

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]*'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156).** III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante. (HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que '*[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão*' (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as

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

alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."
(STF – AP 470/MG – Voto **Min. LUIZ FUX** – Tribunal Pleno – j. em
28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo
II, pág. 838/842).

No caso concreto, os depoimentos judiciais, prestados pelos policiais militares, testemunhas arroladas pela acusação, foram seguros e coerentes, demonstrando, de forma inequívoca, ter sido o réu **M.H.R.** o autor do crime de resistência, pelo qual foi denunciado e condenado, uma vez que estava com uma enxada na mão e, quando determinado que a jogasse no chão, ele não obedeceu e, posteriormente, tentou agredir a policial militar Graciela Aparecida com socos e chutes, também proferindo ameaças de morte à sua mãe, às filhas e à família.

O crime de resistência, previsto no art. 329, "caput", do Código Penal ("*opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio*"), foi amplamente configurado pela prova carreada aos autos.

Isso porque, a norma penal do art. 329, "caput", do Código Penal, visa a tutelar o normal funcionamento da administração pública, garantindo o princípio da autoridade e o prestígio da função pública dos seus agentes e daqueles que lhes prestam auxílio, na consecução dos seus fins, não havendo dúvidas de que o réu, ao não obedecer a ordem de parada e ainda ter tentado agredir a policial militar **Graciela Aparecida**, opondo-se à execução de ato legal, tipificou o crime sob luzes, que se viu perfeitamente caracterizado.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 (JHONATAN e ALISSON) E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL (ALISSON). CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXISTÊNCIA DE PROVA PRODUZIDA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO JUDICIAL. INVIÁVEL REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. **CONDENAÇÃO PELO CRIME DE RESISTÊNCIA. PRESENÇA DE PROVA JUDICIALIZADA. INVIÁVEL REFORMA DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO FIRMADO NA ORIGEM.** DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. QUANTUM DE INCREMENTO PUNITIVO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIÁVEL. APENADOS NÃO ADMITIRAM ATOS CONFIGURADORES DO TIPO CRIMINAL DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SÚMULA N. 630/STJ. REGIME PRISIONAL INICIAL. MODALIDADE FECHADA IMPOSTA A JHONATAN. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR PENAS ALTERNATIVAS. MONTANTE DA PENA DEFINITIVA COMBINADO COM A REINCIDÊNCIA. PERDIMENTO DE BENS. QUESTÃO QUE NÃO DEVE SER EXAMINADA NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

- Relativamente ao delito de resistência, há prova oral judicializada de que o agravante ALISSON teria a intenção deliberada de se opor mediante violência, como de fato o fez, com socos e pontapés, à execução do ato legal consistente na sua prisão em flagrante pelo policial LUIZ FERNANDO (fl. 73). Inviável a reforma do quadro fático-probatório pressuposta pela pretendida absolvição do agravante.

- Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 800.468/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 06/03/2023);

"HABEAS CORPUS. PENAL. **CRIME DE RESISTÊNCIA. ORDEM EFETIVADA POR GUARDAS MUNICIPAIS NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. HIPÓTESE DE CONFIGURAÇÃO DO DELITO. ATIPICIDADE AFASTADA.** FLAGRANTE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE NA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE

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

ILEGALIDADE. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. VALORAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. VEDADO O BIS IN IDEM. RÉU MULTIRREINCENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCENTE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O Código Penal, em seu art. 329, define como crime de resistência a conduta de: "Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio". Do teor do dispositivo, depreende-se que a conduta prevista como crime se consuma quando o funcionário competente, ou quem lhe esteja prestando auxílio, efetua uma ordem legal e o agente opõe-se à execução do ato.

3. O artigo usa o termo "funcionário competente ou quem esteja lhe prestando auxílio". Assim, na hipótese, resta saber se os guardas municipais que deram a ordem de parada ao paciente se enquadram no termo em questão, ou seja, se eram funcionários competentes para determinar o ato ou se estavam prestando auxílio aos que o eram.

4. Sobre o tema, inegável reconhecer a legalidade do exercício do policiamento preventivo pela Guarda Municipal, seja com competência própria (prevista em decretos ou leis municipais), seja em auxílio à Polícia Militar. Portanto resta claro que os guardas municipais, no exercício de suas atribuições legais e no limite delas, podem dar ordens que, se não cumpridas, podem dar ensejo ao crime de resistência por parte do agente que as descumpriu.

5. A outra elementar do tipo penal de resistência a ser analisada no caso é a legalidade do ato a que se opõe o agente. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a legalidade da ordem de parada feita ao paciente, consignando que os guardas municipais "durante patrulhamento de rotina, visualizaram o réu e um outro indivíduo na posse do que lhes pareceu ser uma arma de fogo e uma sacola com objeto branco, fato que deu ensejo ao sinal de parada, evidentemente, com intuito de colaborar com a proteção da população local" (e-STJ, fl. 51).

6. Desta feita, constatada a legalidade do exercício do policiamento preventivo pelos guardas municipais e a legalidade da ordem de parada, não se visualiza, no caso, flagrante ilegalidade na condenação do paciente pelo crime de resistência, tendo em vista que se negou efetuar a parada. Outrossim, não se observa ilegalidade na condenação pelo crime de embriaguez ao volante, esta constatada, em flagrante delito, durante a abordagem feita pelos guardas municipais após o cometimento do crime de resistência.

[...]

11. Writ não conhecido."

(STJ – HC 712.710/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 15/02/2022 – DJe de 21/02/2022).

Por derradeiro, não há que se falar na "desclassificação" (sic) do crime de resistência para o crime de desobediência. Isso porque, como

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

restou claro pelos depoimentos dos policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório, o réu além de não obedecer a ordem de parada dada pelos policiais, tentou, mediante violência, desferir socos e chutes na testemunha **Graciela Aparecida**, o que não ocorreu somente em razão da intervenção do seu colega de farda, o policial militar **Danilo José**, circunstâncias que, sem qualquer sombra de dúvida, configuram o crime de resistência previsto no art. 329, do Código Penal, não se falando em crime de desobediência.

Portanto, como bem focado na sentença, era caso, mesmo, de se condenar o réu. Nesse sentido, a sentença:

"É o relatório.

Fundamento e decido.

Ausentes preliminares, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais penais, passo à análise do mérito da acusação propriamente dito.

A demanda é parcialmente procedente.

Vejamos.

A materialidade do crime de resistência restou plenamente comprovada pelas imagens de fls. 14 e 16.

Os elementos informativos colhidos em sede policial, por sua vez, foram corroborados pela prova oralizada produzida em Juízo, que também comprova a autoria. M.I.S., vítima, declarou ao Juízo, em síntese, que, no dia dos fatos, o réu foi ao seu quarto, pegou a fotografia do irmão falecido e começou a chorar. Ele misturou várias coisas (pinga, gardenal e Diazepam). Ele apertou o nariz da declarante apenas para tirar cravo. Ela soube precisar o que disse na fase extrajudicial, pois estava louca de calmante, assim como o réu, o qual, aliás, nunca a agrediu. Eras comuns as discussões entre eles. A declarante já foi internada no Perlatti. Negou que o réu a tenha ameaçado com um enxadão, mas ele saiu na rua em poder dele para ameaçar quem estivesse mexendo com a declarante. Ele pegou o enxadão para protegê-la, apesar de que não havia ninguém a ameaçando (isso foi da cabeça dele). A molecada que chamou a Polícia Militar. A declarante não sabia nem onde estava e não viu o réu conversando com os

Policiais. Negou que tenha sido ouvida em solo policial e tudo que constou é mentira.

GRACIELA APARECIDA SANCHES, testemunha, Policial Militar, relatou, em síntese, que foi acionada via COPOM para atender uma ocorrência de violência doméstica em Mineiros do Tietê. Próximo do local dos fatos, deparou-se com a vítima e umas pessoas que estavam cuidando dela. Ela contou que o réu a tinha agredido com um soco e a ameaçado com uma enxada. Havia muita gente para cuidar dela. Então, o réu correu para o interior da residência e, ao verificar o que estava ocorrendo, a depoente constatou que ele estava com o enxadão na mão. Ele não obedeceu a ordem de parada, jogou o enxadão no chão e saiu andando. Quando o

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

abordaram, ele ofereceu resistência e tentou agredir a depoente, mas foi impedido pelo outro Policial. Em seguida, o réu saiu correndo, mas foi logo detido e algemado pelo Policial. A depoente é vizinha da vítima e do réu. A vítima já tinha sido orientada várias a tomar as providências legais, mas não o fez. A depoente orientou-a tanto em serviço ordinário quanto em dias de folga, oportunidade em que a vítima foi até o seu portão para solicitar ajuda. A vítima diz que tem medo do réu e que ele não tem para onde ir. No dia dos fatos, ele estava alterado. A vítima faz tratamento psicológico, mas no dia dos fatos, aparentemente, ela estava normal. Quando chegou ao local, notou que o réu já estava distante da vítima, pois outras pessoas a ajudaram. Não viu o réu proferindo ameaças, o qual já estava próximo à sua casa com o enxadão na mão. Então, determinou-lhe que o jogasse no chão e colocasse as mãos na cabeça, mas ele não obedeceu. A depoente desceu da viatura, oportunidade em que ele caminhou, colocou o enxadão no chão e continuou andando. Em dado momento, ele tentou agredir a depoente com socos e chutes. Acredita que ele assim agiu por já conhecê-la e, por isso, ignorou sua autoridade. Depois, ele correu e foi alcançado pelo outro Policial. Colocado na viatura, o réu ameaçou matar a mãe, as filhas e a família da depoente. Não foi a primeira vez que ela a ameaçou, mas foi a primeira em que precisou intervir contra ele em serviço.

DANILO JOSÉ VENÂNCIO, testemunha, Policial Militar, afirmou, em síntese, que foi acionado via COPOM para atender uma ocorrência de violência doméstica. O acionamento foi feito pela população. Quando chegou ao local, deparou-se com a vítima, a qual lhe disse que o réu a tinha agredido com um soco e ameaçado os populares com uma enxada na mão. Mais adiante, viu o réu em poder dela e, após ter determinado que ele parasse, ele ignorou, jogou a enxada no chão e continuou andando. A Policial tentou abordá-lo e realizar uma revista pessoal, ocasião em que tentou agredi-la com socos. Foi necessário contê-lo e algemá-lo. Ele foi colocado na viatura e conduzido à Delegacia de Polícia. No caminho, ele ameaçou a Policial e a sua família (iriam pagam por ele estar sendo preso). O depoente já atendeu ocorrências anteriores em que ele proferiu ameaças, mas nunca havia desrespeitado ou ameaçado por ele. O depoente não se recordou se o réu usou especificamente o verbo matar. A Policial não tinha ferimentos aparentes. M.H.R., réu, negou o cometimento das infrações penais na fase extrajudicial (fls. 9).

Interrogado em Juízo, ele manteve tal versão, aduzindo que estava na sua casa bebendo com a vítima, sua mãe. Depois, ela saiu da casa e ele foi ao seu quarto jogar videogame. Em dado momento, ouviu alguém batendo no seu portão e constatou que era a Policial feminina, a qual lhe disse que estava preso em razão de ter agredido a vítima. Como não entendeu a situação, empurrou a Policial e caiu no chão, oportunidade em que o outro Policial o chutou. Soube que os vizinhos acionaram a Polícia. À época, já tinha cumprido sua pena. É servente de pedreiro e usuário de drogas (maconha e cocaína).

Pois bem.

Como se vê, o contexto probatório reproduzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa converge, suficientemente, à constatação de que o réu praticou, ao menos, o crime de resistência, porquanto a sua autodefesa lacônica e inconsistente já de per si (dentre o mais, quis

fazer crer que, como não entendeu a razão da sua prisão, apenas

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

empurrou a Policial Graciela e, após ter caído no chão, foi chutado pelo Policial Danilo), permaneceu absolutamente isolada nos autos (CPP, art. 156, caput, primeira parte), notadamente diante das imagens (fls. 14/6) e dos firmes e coerentes relatos judiciais dos Policiais Militares, os quais confirmaram que o réu não obedeceu à ordem de parada, tentou agredir a Policial Graciela com socos e chutes, bem como tentou fugir do local, mas foi logo alcançado, detido, contido e algemado pelo outro Policial com o emprego de força física moderada. Como se não bastasse, após ter sido colocado no compartimento adequado da viatura policial, ele ameaçou a Policial Graciela e a sua família, no sentido de que iriam pagar por ele estar sendo preso, não havendo que se falar, portanto, em desclassificação para o delito de desobediência. Nesse contexto, então, é relevante asseverar que o alegado abuso sofrido pelo réu não se delinea pelo resultado apontado pelo exame de corpo de delito (fls. 53/4) nem é de todo incompatível, em princípio, com o necessário uso de força física para conter a fuga e a resistência, bem como colocar-lhe as algemas, conforme os depoimentos dos Policiais.

Observe-se, ainda, que não se encontram nos autos sequer indícios, quanto menos razoáveis, de uma injusta incriminação ressaltando que nem o próprio réu conseguiu sequer conjecturar alguma hipótese plausível para tanto, não havendo, assim, nenhum motivo para se duvidar da versão apresentada pelos Policiais Militares que diligenciaram no caso, em relação aos quais, aliás, aplica-se a sabida presunção de legitimidade dos atos praticados na condição de agentes públicos que são e aqui em nada infirmada com dados substanciosos. Ademais, confira:

[...] Assim em que pese a mística envolvendo o depoimento policial, este só deve ser visto com reservas quando, por elementos concretos existentes nos autos, existirem circunstâncias que apontem para o fato de que o policial tem interesse em acusar o réu para justificar eventual excesso que tenha cometido, ou outras razões concretas que apontem para a sua suspeição, ainda que exista contradição, circunstância normal em face da própria natureza da atuação e do número de casos que um policial atende. [...] (TJSP, Apelação Criminal 1500862- 91.2020.8.26.0616; Relator (a): Silmar Fernandes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/02/2021; Data de Registro: 05/02/2021). Ainda a respeito [...] Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. [...] (STJ, AgRg no REsp 1863836/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020).

Lembre-se, ainda, de que indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. [...] (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 1997, pág. 318).

Ressalte-se que o vício informado não se confunde necessariamente com dependência, mas só reforça a experiência do que normalmente ocorre quanto à constatação do crescente, banalizado e

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

inconsequente prazer buscado nas drogas e consumo excessivo de álcool¹. Tanto assim que o réu conseguiu produzir uma autodefesa articulada, sem entremostrear qualquer comprometimento em efetivos termos de responsabilização penal. De mais a mais, porque é sabido que não exclui a imputabilidade penal a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos (CP, art. 28, II).

Por outro lado, tal desfecho condenatório não deve alcançar o réu quanto às demais infrações penais, pois, confrontando a prova oral alhures relatada com os demais elementos de convicção produzidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, é forçoso reconhecer que não é possível a prolação de um édito condenatório nos termos em que relatados pela denúncia.

Deveras, em declarações ao Juízo, a própria vítima negou, por várias vezes, que o réu a tenha agredido e a ameaçado com a enxada, contradizendo o constante das suas declarações extrajudiciais (fls. 10). Então, considerando que a autodefesa do réu não foi infirmada pelos depoimentos dos Policiais Militares, os quais, aliás, sequer presenciaram agressão e a ameaça, é imperioso concluir que as evidências trazidas da fase inquisitiva, não confirmadas sob o contraditório, evidenciaram dúvida e inconsistência, as quais, portanto, devem ser resolvidas em benefício do réu, dado o secular princípio que rege a causa penal nesta fase processual. Até porque não vislumbro outras provas presenciais e/ou suficientes que pudessem ser produzidas em Juízo.

Assim, quanto ao delito de resistência, vê-se que a prova judicializada é clara e atinge grau de suficiência probatória necessário para amparar um juízo condenatório para além de qualquer dúvida razoável. O fato é típico e ilícito, bem como o réu é culpável, não havendo excludentes de ilicitude ou culpabilidade que afastem a sua condenação.

Afora isso tudo, só convém frisar que o julgador não está obrigado a refutar

expressamente todos os argumentos declinados pelas partes na defesa de suas posições processuais, desde que, pela motivação apresentada, seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Inteligência do art. 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal.²

Logo, outra conclusão não há, senão a **CONDENAÇÃO** do réu, motivo pelo qual, apenas com a ressalva antes observada, passo à **DOSIMETRIA** das penas, em observância ao sistema trifásico idealizado por Nelson Hungria, previsto expressamente nos arts. 59 e 68 do CP, o que faço motivadamente, em obediência ao disposto no art. 93, IX, da CRFB." (fls. 135/142).

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá

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

plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. **O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.**

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

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

PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Certa a condenação do réu, passo ao exame da dosimetria da pena.

Destarte, na dosimetria da pena do réu devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar a pena em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

Quiçá das mais importantes - se não a mais - das normas do Código Penal, é o mencionado artigo, que propicia a concretização do justo, isto é, que norteia a justa retribuição estatal àquele que infringiu alguma norma penal, praticando um determinado crime. Paradoxalmente, entretanto, é este artigo costumeiramente desrespeitado, ao menos sob o ponto de vista da sua integralidade, poucos Magistrados atentando para os seus requisitos, que seguidos permitem o estabelecimento da pena necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Diz-se isso porque, no mais das vezes, sabe-se lá por qual

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

insondável motivo, o Magistrado costuma transformar o art. 59, "caput", do Código Penal em uma espécie de binômio, no qual importariam, unicamente, os antecedentes criminais do réu e a sua eventual primariedade, esquecendo-se de considerar os demais requisitos: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. E tudo isso, insista-se, sob o enfoque da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado. Por isso, quando bem aplicado, quando analisado em sua inteireza, o artigo em pauta torna-se valioso e fundamental instrumento para que o Estado, que para si chamou a pacificação social, possa aplicar a pena justa, seja ela qual for.

Como lembrado por **Guilherme de Souza Nucci**:

"Política da Pena Mínima: tem sido hábito de vários Juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59, do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao Juiz ponderar, na aplicação da pena, 'a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado', para estabelecer 'a gradação material do perigo'. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que ele delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as 'consequências' do crime (CP, art. 59). Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a

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

cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas Comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo para análise: na figura fundamental, dispõe o Julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de Justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais da fixação da pena, preordenados a torná-los 'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, "caput" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inque. 2000)."

(Código Penal Comentado, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).

Convergindo para o entendimento acima, único que se crê adequado mas antes disso, legal, **Juan Carlos Ferre Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito** ensinam que é a partir da individualização judicial da pena que o Magistrado consegue, desde uma estruturação em torno das disposições legais, estabelecer a espécie e a quantidade da pena adequada, diria eu, justa, a cada autor de um determinado crime. E na linha do afirmado, após dissertarem, com a profundidade recomendada, inclusive acerca dos limites da pena, voltam as suas atenções para a determinação da pena-base, ápice, verdadeiro vértice do triângulo em que se enfeixam os critérios que norteiam o sistema trifásico de fixação da pena.

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

Assim, é do ensinamento dos autores:

"O art. 59 do CP brasileiro traz uma série de critérios para se cumprir adequadamente com esta tarefa:

A culpabilidade. Para se poder aplicar qualquer tipo de pena, é imprescindível constatar a culpabilidade do sujeito. Dita culpabilidade nunca pode se basear na retribuição, mas sim na prevenção, e é essencialmente graduável. Conforme a necessidade preventiva da pena, e atendendo aos limites que marcam o princípio de proporcionalidade, o juiz deve raciocinar sobre a quantificação da pena na medida da culpabilidade.

Os antecedentes. Faz-se referência aos antecedentes criminais do condenado. O sistema penal de um Estado social de Direito, que não se baseia na pura retribuição, deve colocar os antecedentes criminais do condenado em um lugar secundário. Estes antecedentes não devem ser considerados se forem suscetíveis de valoração para fins de reincidência, que sendo uma circunstância agravante, será observada no passo seguinte (vide infra, ponto 3.3.3). Tampouco cabe considerar 'antecedente' a forma de vida do sujeito, como seus costumes ou ocupações, na medida em que não sejam criminosas (ou seja, penalmente típicas e antijurídicas). Nem os meros processos iniciados contra a pessoa, ou as sentenças condenatórias recorríveis. Em conclusão, os antecedentes a que faz referência o art. 59 do CP resumem-se a condenações anteriores por crimes, que não estão compreendidas dentro do conceito de reincidência (arts. 63 e 64 do CP, ou seja, se anteriores à primeira condenação, se passados mais de cinco anos da condenação anterior, ou se tratar de crimes militares ou políticos).

A conduta social. Refere-se à forma de vida do condenado, ou seja, um critério que pode ser utilizado em seu favor ou contra ele. A manutenção desta pauta deve ser questionada. É que nenhum órgão jurisdicional pode ser totalmente objetivo na hora de julgar o comportamento social de outros (em troca, deve-se exigir-lhe objetividade ao analisar o comportamento criminoso). Podem aparecer prejuízos e parâmetros que em nada têm a ver com a medida de uma pena. E também podem renascer as propostas mais aberrantes, que materializem a persecução penal da marginalidade (cultural, sexual, econômica etc). Por outro lado, não devemos esquecer que o ato dos sujeitos que não respeitam estritamente todos os parâmetros sociais foi, em muitas ocasiões, positivo para a sociedade, foi o motor das trocas mais audaciosas, e nem por isso, menos relevantes.

A personalidade do agente. Toda indagação sobre a personalidade baseia-se nas abordagens da psicologia e da psiquiatria. O sujeito já foi considerado imputável e, portanto, merecedor de pena. Sua personalidade já teve que ser considerada na culpabilidade. Quais parâmetros da personalidade, alheios à culpabilidade, podem ser úteis para aumentar ou reduzir uma pena que já foi declarada merecida e necessária? Como ocorre com a valoração da conduta social, a indagação sobre a personalidade não deve cobrir a exaltação de prejuízos morais ou sociais do que alguns julgadores podem fazer uso e abuso.

Os motivos. Podem aumentar ou diminuir a pena. São aspectos subjetivos, os últimos fins que levam ao cometimento do fato criminoso.

As circunstâncias do crime. São elementos acidentais, que fazem

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

referência ao maior, ou menor, desvalor da ação, ou do resultado, tudo aquilo que pode ser suscetível de graduação (maior ou menor injusto, maior ou menor quantidade de dolo etc.) Não se podem considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, pois sua consideração corresponde ao passo seguinte (vide infra, ponto 3).

As consequências do crime. Refere-se ao dano real ou potencial causado, ou seja, o desvalor do resultado. Logicamente o crime pode ter outras consequências indiretas (afetação de terceiros, suicídios, prejuízos que escapam da relação entre autor e o bem jurídico tutelado etc). Mas estes resultados não podem ser considerados, porque não se pode responder em maior medida por algo que não se conhece, aquilo que excede o requerido pelo tipo penal e pode não estar abrangido pelo dolo.

O comportamento da vítima. A atuação da própria vítima pode influir na realização do crime. O que pode repercutir em um aumento ou diminuição da pena, conforme o caso.

O determinante será considerar como devem ser avaliados estes elementos pelo órgão jurisdicional. Não se trata de uma mera operação aritmética, mas de uma solução ponderada e racional. O ponto básico de referência é a prevenção especial positiva (ressocialização), complementada em um segundo plano pela prevenção geral positiva (seriedade da ameaça) e pelo princípio da proporcionalidade. Estes fins e princípios proporcionam ao juiz a principal referência para desenvolver um processo lógico, relacionando o fato criminoso e seu autor com determinada medida de pena. O juiz deverá considerar todos os critérios enunciados pelo art. 59 do CP, mediante uma ponderação cujo centro deve ser a culpabilidade do autor. A partir dali ajusta-se a pena-base com o auxílio dos demais critérios."

(Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Princípios Fundamentais e Sistema, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011).

Pode-se afirmar, corolário do que se sustenta, ainda em atenção ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que estipula que a Lei regulará a individualização da pena, aqui entendido o art. 59, "caput", do Código Penal, não haver impedimento, antes disso, ser imperiosa a fixação da pena-base acima do mínimo legal toda vez que se demonstrar que as diretrizes do sobredito artigo codificado são desfavoráveis, total ou majoritariamente, ao réu. De sorte que somente se tais diretrizes forem favoráveis ao réu é que terá cabimento a fixação da pena-base no seu mínimo legal; do contrário, necessariamente, deverá ela ser fixada acima do mínimo legal. Nesse sentido, por sinal, invoco antecedente da relatoria do excelso Ministro que, outrora, iluminou esta Corte de Justiça: STF - HC n. 88.284/SC – 2ª T - **Rel. Min. Cezar Peluso** - j . 24.04.2007 - v.u. Decorre desse entendimento, como diferente não haveria de ser sustentado, inexistir

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

impedimento para a fixação da pena-base no máximo previsto em lei, ou bem acima do seu mínimo, impondo-se o afastamento de fetichismos preconceituosos que, abstrata e genericamente, voltam-se contra essa possibilidade que é legal. Entendimento outro ao que se sustenta, "contrario sensu", imporia, também, que se voltasse contra a fixação da pena-base no mínimo previsto em lei, como se os parâmetros extremados, a representar suposto radicalismo de um lado e de outro, não refletissem, para um determinado caso concreto, medida de estrita obediência aos cânones constitucionais e legais, a aplicação da Justiça concreta, a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. É ainda **Guilherme de Souza Nucci** quem menciona, sobre o tema, Doutrina alheia, menção feita na obra antes destacada, quando se tangencia a questão da possibilidade de aplicação da pena-base no máximo previsto em lei:

"Na doutrina, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** que 'o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente'. (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 164-165).".

E tudo isso, insisto, para os fins da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, haja vista que a reprovação do crime tem a ver com o castigo impingido ao réu enquanto a prevenção tem a ver com o exemplo que se dá à sociedade, valendo para fins dissuasórios.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o Juízo de Origem

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

fixou a pena-base acima do mínimo legal, 01 (um) ano de detenção, o que entendo demasiado. Isso porque, embora correta a fixação acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias do caso concreto, o "quantum" fixado foi cinco vezes superior ao mínimo legal estabelecido na Lei para o crime de resistência, que é de (02) dois meses de detenção, considerando, ainda, que não houve a efetiva lesão corporal contra a policial militar. Assim, fixo a pena-base do réu em 06 (seis) meses de detenção.

Na segunda fase, presente a circunstância agravante da reincidência (processo-crime n. 1509069-80.2022.8.26.0302 – fls. 48/49 e processo-crime n. 1500855-42.2018.8.26.0302 – fls. 49/50), a pena foi agravada em 1/6 (um sexto), totalizando, agora, 07 (sete) meses de detenção.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto

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

condenatório, vir a sofrer consequências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas 'b' e 'c' do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência a obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do

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

condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

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

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL *A QUO*. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas*

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

Corpus nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido.

Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF – RE 453.000-RG/RS – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

Nada a ser considerado na terceira fase da dosimetria da pena

Pena final do réu: 07 (sete) meses de detenção.

O regime inicial para o cumprimento da pena foi o semiaberto, diante da comprovada reincidência do réu, o que se mantém por estar devidamente fundamentado, art. 33, §3º, do Código Penal, não havendo como

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

atender ao pleito defensivo para a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Isso porque, a jurisprudência é sólida ao autorizar regime mais gravoso para o réu que ostente circunstância judicial negativa ou seja reincidente (**caso dos autos, haja vista ser ele reincidente**), conforme o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006). AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO.

[...]

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do §2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 217.347 AgR/SP – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 23/08/2022);

"Processual penal. Agravo regimental em Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de colaboração com o tráfico de drogas. Direito ao silêncio. Prejuízo. Demonstração. Necessidade. Dosimetria da pena. Fatos e provas. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

5. A imposição do 'regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na hipótese dos autos, o regime inicial fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida. O acórdão impugnado 'manteve o regime inicial fechado em razão da presença (a) de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP); e (b) da agravante da reincidência. Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado' (HC 116.574, Rel. Min. Teori Zavascki).

[...]

9. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 213.544 AgR/SC – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/08/2022);

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENAÇÃO PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À PESSOA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

[...]

2. **A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e a eventual reincidência do apenado, conforme remissão do artigo 33, §2º e §3º, do mesmo diploma legal.**

3. **A circunstância especial de o agente ser reincidente constitui fundamento idôneo para a imposição de regime mais severo** (semiaberto), medida que se mostra adequada e necessária para a repressão e prevenção do crime e atende ao disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

[...]

6. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 216.154 AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 04/07/2022 – DJe de 08/07/2022);

"EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A existência de circunstância judicial desfavorável e a reincidência do agravante são justificativas idôneas para a imposição de regime fechado.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 210.394 AgR/DF – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 03/06/2022).

Não bastasse este entendimento da SUPREMA CORTE, no mesmo sentido se alinha o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA NO HABEAS CORPUS. SOMENTE INOBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS OU FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. RAÇÃO DE 2/3. USO DE ARMA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

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

GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

VIII - Descabida a inovação recursal em sede de agravo regimental quanto à pretensão de fixação de regime inicial fechado. Ademais, ainda que assim não fosse, tem-se que o mesmo foi devidamente fundamentado, sendo o agravante reincidente e condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, cabível o regime fechado, notadamente tendo a pena-base sido majorada em razão dos antecedentes e das consequências do delito, bem como em face da gravidade concreta da conduta, praticada com violência real às vítimas em concurso de quatro agentes, assim como da condição de reincidente do agravante, o que legitima a imposição do regime mais gravoso. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido."

(STJ – AgRg no HC 740.038/SP – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) – Quinta Turma – j. em 23/8/2022 – DJe de 26/8/2022);

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REINCIDÊNCIA ATESTADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. LAPSO ENTRE A DATA DA EXTINÇÃO DA PENA DO DELITO ANTERIOR E O DIA DO COMETIMENTO DE NOVO CRIME. PERÍODO DEPURADOR NÃO APERFEIÇOADO. ENTENDIMENTO INAFASTÁVEL. REANÁLISE DE PROVAS. ÔBICE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Regime inicial. A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado ostente circunstâncias judiciais favoráveis e o quantum de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando este for reincidente. Confira-se: AgRg no REsp n. 1.712.438/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 26/03/2018; HC n. 402.449/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/08/2017.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 604.483/SP – **Rel. Min. Felix Fischer** – Quinta Turma – j. em 6/10/2020 – DJe de 16/10/2020).

A pena privativa de liberdade, acertadamente, não foi substituída por penas restritivas de direitos, em razão da comprovada reincidência do réu. Incabível, também, o "sursis" (art. 44, II e art. 77, I, ambos



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

do Código Penal).

Mais não se precisa dizer.

Com essas considerações, **dou parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do réu para 07 (sete) meses de detenção, regime semiaberto**, mantida, quanto ao mais, a sentença.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator