



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1931145 - SP (2021/0096129-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : CLAUDINE OLIVEIRA CARVALHO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TRÁFICO DE DROGAS E DIREÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006, C/C O ART. 309 DA LEI N. 9.503/1997, NA FORMA DO ART. 69 DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LAUDOS PERICIAIS VÁLIDOS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. ALEGAÇÃO DESPROVIDA DE SUSTENTAÇÃO PROBATÓRIA. VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTRAS PROVAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFESSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DESCABIMENTO. RÉU MULTIRREINCIDENTE.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem expressamente afirmou não ter vislumbrado nenhuma evidência concreta de mácula às provas dos autos, inexistindo qualquer sustentação probatória na alegação da defesa; ressaltou a validade dos atos praticados, tendo-se evidenciado apenas um mero erro material, o qual não se revelou apto a tornar nula a prova produzida, tendo ainda destacado que a defesa, no momento oportuno, sequer impugnou a perícia realizada, sendo certo haver nos autos outras provas da prática delitiva. Dessa maneira, não há como acolher o pleito defensivo, nos moldes postulados, sem o necessário revolvimento fático-probatório, vedado nos termos da Súmula n. 7/STJ.

2. A reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Apenas nos casos de multirreincidência deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.

3. No caso em exame, não se mostra possível proceder à compensação

integral entre a reincidência e a confissão espontânea, tendo em vista que o recorrente possui múltiplas condenações definitivas, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, permite a preponderância da circunstância agravante.

4. Recurso especial desprovido. Acolhida a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por **Claudine Oliveira Carvalho**, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500273-06.2019.8.26.0626.

Consta dos autos que o recorrente, denunciado pela prática, em tese, dos crimes de tráfico de drogas e de direção de veículo sem habilitação, foi condenado como incursão no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 309 da Lei n. 9.503/1997, na forma do art. 69 do Código Penal, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 8 meses e 12 dias de detenção, em regime inicial aberto, além do pagamento de 799 dias-multa, no mínimo legal (fls. 213/221).

A defesa interpôs apelação, a qual foi desprovida pelo Tribunal de Justiça paulista (fls. 280/295).

Nas razões do especial, alega a Defensoria Pública negativa de vigências aos arts. 158, 158-A e 386, I e II, do Código de Processo Penal; 59 e 67 do Código Penal; e 42 e 50 da Lei n. 11.343/2006.

Postula, em síntese, a absolvição por ausência de provas idôneas da materialidade delitiva, tendo em vista a quebra na cadeia de custódia (fls. 310/314); e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena do recorrente, com a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (fls. 314/317).

Oferecidas contrarrazões (fls. 323/331), a Corte de origem admitiu parcialmente o recurso na origem, no tocante ao art. 67 do Código Penal (fls. 334/335).

Devidamente autuado nesta Corte, os autos foram encaminhados ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que, diante da controvérsia suscitada, indicou o presente recurso especial como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo ao feito o rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do RISTJ, determinando, ainda, o encaminhamento dos autos ao Ministério Pùblico Federal para manifestação acerca da admissibilidade do apelo como representativo da controvérsia (fls. 342/344).

Aberta vista às partes, o Ministério Pùblico Federal manifestou-se pela admissão do presente recurso especial como representativo de controvérsia (fls. 348/350). A Defensoria Pùblica do Estado de São Paulo, por sua vez, não se opôs à afetação do presente recurso como representativo de controvérsia; todavia se manifesta no sentido de que o Tema fixado não inclua a ressalva da impossibilidade de compensação nos casos de multirreincidência (fls. 352/356).

Em julgamento efetivado em 5/10/2021, a Terceira Seção acolheu a proposta de afetação ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 376):

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO E/OU REVISÃO DA TESE N. 585/STJ (REsp n. 1.341.370/MT).

1. Delimitação da controvérsia: revisão da Tese n. 585/STJ para fins de adequar a redação à hipótese de multirreincidência, com delimitação dos efeitos da compensação para ambas as espécies de reincidência (genérica e específica).

2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ.

O Ministério Pùblico Federal, em novo parecer, manifesta-se *pela possibilidade de compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, seja ela genérica ou específica, ressalvados os casos de multirreincidência* (fls. 389/391).

A Defensoria Pùblica da União, na condição de *amicus curiae*, apresenta manifestação no sentido da admissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia, e, no mérito, pugna pelo seu provimento, com o fim de *aplicar a*

compensação integral entre a reincidência e a confissão, mesmo que haja mais de uma condenação anterior, em sintonia com a jurisprudência dessa egrégia Corte da Cidadania (fls. 396/401).

É o relatório.

VOTO

A questão suscitada no presente recurso já foi objeto de inúmeros julgados desta Corte e cinge-se em delimitar os efeitos da compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, irradiando seus efeitos para ambas as espécies (genérica ou específica), sendo imprescindível, ainda, adequar-se a redação do Tema n. 585/STJ à hipótese de multirreincidência.

Em 2012, diante da divergência entre as Turmas de Direito Penal, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, pacificou o entendimento, no sentido de ser possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

O acórdão, de minha relatoria, publicado no DJe 4/9/2012, recebeu a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

Como disse, na oportunidade, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Isso porque a confissão, por indicar arrependimento, demonstra uma personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa

reconhecer o erro e assumir suas consequências. Então, por demonstrar traço da personalidade do agente, o peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, nos termos do art. 67 do Código Penal, pois são igualmente preponderantes.

Em seguida, a Terceira Seção, em 10/4/2013, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, firmou, no julgamento do REsp. n. 1.341.370/MT, de minha relatoria, acórdão publicado no DJe de 17/4/2013, o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena (Tema n. 585/STJ).

Trago a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.
2. Recurso especial provido.

Desde então, a jurisprudência desta Casa Julgadora tem-se mostrado uníssona acerca do tema. Exemplificativamente: AgRg no AREsp n. 2021593/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 6/5/2022; AgRg no HC n. 718.078/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 8/4/2022; AgRg no AREsp n. 2.016.921/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/3/2022; AgRg no HC n. 623.987/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 17/12/2021, dentre outros.

Em 11/10/2017, o tema suscitou novo debate pela Terceira Seção, no julgamento do Habeas Corpus n. 365.963/SP.

Naquela ocasião, definiu-se que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Em outras palavras, a reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

Destacou-se ainda que, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser

reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Incidência da Súmula n. 545/STJ.

IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."

V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

VI - A fração de aumento decorrente da continuidade delitiva foi fixada em 1/5 (um quinto) com base em elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da reprimenda.

VII - Ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

VIII - A eventual possibilidade de aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC n. 365.963/SP, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 23/11/2017 - grifo nosso)

Deveras, a condição de multirreincidência exige maior reprovação do que a conduta de um acusado que tenha a condição de reincidente em razão de um evento único e isolado em sua vida.

Ora, se a simples reincidência é, por lei, reprovada com maior intensidade, porque demonstra um presumível desprezo às solenes advertências da lei e da pena, reveladora de especial tendência antissocial, por questão de lógica e de proporcionalidade, e em atendimento ao princípio da individualização da pena, há a necessidade de se conferir um maior agravamento na situação penal do réu nos casos de multirreincidência, em função da frequência da atividade criminosa, a qual evidencia uma maior reprovabilidade da conduta, devendo, assim, prevalecer sobre a confissão.

Assim, a recidiva prepondera nas hipóteses em que o acusado possui várias condenações por crimes anteriores, transitadas em julgado, reclamando repressão estatal mais robusta.

Essa questão foi analisada de forma específica pela Quinta Turma, no julgamento do REsp 1.356.527/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellize, DJe 25/9/2013, e também pela Sexta Turma no julgamento do REsp n. 1.424.247/DF, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, DJe 13/2/2015:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINCIDÊNCIA E CONFESSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL E EXATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVADO MULTIRE INCIDENTE. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. REGIMENTAL PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

2. A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

3. No caso, é impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da confissão do agravado na sentença, sua condição de multirincidente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de

reincidente por força de um único e isolado evento em sua vida.

4. Equiparar o acusado reincidente ao multireincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de preponderância da agravante de multireincidente sobre a atenuante da confissão, na busca da almejada pena justa.

5. Agravo regimental provido.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIREINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O disposto no art. 617 do Código de Processo Penal não foi objeto de debate pelo acórdão atacado, aplicando-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Eg. Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência.

3. Tratando-se de réu multireincidente, promover a compensação entre a confissão e a reincidência, implicaria em ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. A multireincidente exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente por força, apenas, de um único evento isolado em sua vida, devendo, pois, prevalecer sobre a confissão.

5. Agravo Regimental improvido.

Nessa linha de entendimento, vem prevalecendo a jurisprudência desta Corte, segundo se depreende dos seguintes julgados: AgRg no REsp n. 1.571.323/PE, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/3/2022; AgRg no AgRg no HC n. 700.192/SC, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 21/2/2022; AgRg no HC n. 675.632/SC, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 11/3/2022; AgRg no HC n. 710.909/SP, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, DJe 14/3/2022; AgRg no AREsp n. 2.011.317/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/2/2022; AgRg no AgRg no HC n. 700.192/SC, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 21/2/2022; AgRg no HC n. 702.243/SC, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 17/12/2021; REsp n. 1.889.326/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 16/12/2021; AgRg no HC n. 669.203/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 4/10/2021; AgRg no HC n. 654.637/MS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/6/2021, dentre outros.

Desta feita, proponho a readequação da Tese n. 585/STJ nos seguintes termos:

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.”

CASO CONCRETO

De um lado, a pretendida absolvição, por nulidade da cadeia de custódia, foi devidamente afastada pela instância ordinária, como se depreende dos trechos do acórdão ora impugnado, a seguir transcritos (fls. 282/287 - grifo nosso):

[...] A materialidade delitiva é demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão 5 , auto de constatação preliminar 6 , laudo de exame químico-toxicológico 7 e pela prova oral amealhada.

A simples alegação de que as substâncias entorpecentes submetidas ao laudo de exame químico-toxicológico podem não ser aquelas apreendidas com o apelante, desprovida de qualquer sustentação probatória, não tem o condão de invalidar os atos praticados por agentes dotados de fé pública.

Anote-se, de início, não haver qualquer irregularidade na simples nomeação de dois peritos *ad hoc*, pela Autoridade Policial, para a confecção do auto de constatação preliminar.

Com efeito, a Lei nº 11.343/06, em seu artigo 50, §1º, dispõe que “para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea”.

Assim é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Ademais, a ausência de descrição dos métodos empregados para a constatação preliminar das substâncias apreendidas fica suprida pelo laudo definitivo, o qual menciona a análise química realizada.

De outra parte, **verifica-se que tanto no auto de exibição e apreensão quanto no auto de constatação preliminar constam as drogas apreendidas e os lacres nas quais elas foram acondicionadas.**

E, como apontado pelo douto Promotor de Justiça subscritor das contrarrazões, “em que pese constar números diferentes de lacres entre o Auto de Constatação Preliminar de fls. 22 e 23 e o Laudo Químico-Toxicológico de fls. 210/214, o que se evidencia é um mero erro material, haja vista a correta indicação do número do Boletim de Ocorrência (RDO 2734/2019 fls. 08/11), circunstância que não se revela apta a tornar nula a prova produzida”. 8

Outrossim, não causa estranheza a descrição, no laudo, de pequenas quantidades de droga, uma vez que apenas uma amostra das substâncias é enviada à perícia, sendo o restante devolvido à Autoridade Policial.

A par disso, importante destacar que **a Defesa não impugnou a perícia realizada e tampouco se valeu da faculdade que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo 5º e o parágrafo 6º do artigo 159 do Código de Processo Penal no momento oportuno.**

Ademais, inequívoca a autoria, assim como a destinação da droga à mercancia.

Interrogado na delegacia, Claudine permaneceu silente.

Em Juízo, confessou a imputação. Afirmou que era foragido do sistema penitenciário, pois não regressou à prisão após a saída temporária. Recebeu a proposta de realizar uma entrega de drogas a uma mulher chamada Márcia, mediante pagamento de R\$ 2.500,00. Aceitou por estar desempregado. Contudo, Márcia não apareceu no posto de gasolina para receber os entorpecentes.

Sua confissão encontra respaldo na prova dos autos.

Com efeito, o policial militar Ângelo Márcio Uchoas, sob a égide do contraditório, corroborou os fatos descritos na denúncia. Esclareceu, em suma, que avistaram um veículo parado no cruzamento da rodovia com uma rua que dava acesso a um posto de gasolina. Decidiram perguntar ao condutor do veículo o que ocorria e orientá-lo. Contudo, ao avistar a viatura, ele acelerou em alta velocidade, em direção ao centro de Caraguatatuba. Por várias vezes, Claudine ingressou na contramão enquanto empreendia fuga. Ao passar por uma ponte, ele perdeu o controle do carro, colidiu e caiu no riacho. O réu escapou nadando por uma porta e, pela outra porta, saiu uma bolsa contendo entorpecentes. Ao resgatarem-na, verificaram que havia mais de cinco quilos de drogas, dentre maconha, cocaína e crack. Elas estavam embaladas em porções individuais. Efetuaram pesquisas e constataram que Claudine era procurado da Justiça e integrante da facção criminosa PCC.

No mesmo sentido em suma, o relato do miliciano Antônio Francisco de Moura Junior, ouvido na audiência judicial.

Urge destacar que nada impede que policiais, como quaisquer outras pessoas, testemunhem sobre fatos de que tiveram conhecimento. Repele-se a preconceituosa objeção que procura inquinar aprioristicamente os depoimentos prestados por esses agentes, como se, em princípio, não fossem dignos de credibilidade.

Seria impensável que o Estado, sem qualquer motivo concreto, desprezasse os depoimentos daqueles que ele mesmo constituiu e a quem confiou a tarefa de velar pela segurança pública.

Inexistindo qualquer indício de que os policiais militares tivessem algum interesse em incriminar falsamente o apelante, seus depoimentos, seguros e coesos, merecem crédito.

[...]

Ademais, nenhuma das testemunhas foi contraditada em momento oportuno. Ambas prestaram os depoimentos sob o dever de dizer a verdade.

Impende destacar ainda que as testemunhas policiais, em contraditório judicial, podem esclarecer e acrescentar detalhes sobre a diligência realizada.

Não há entre os depoimentos qualquer divergência relevante, a ponto de colocar em dúvida os relatos das testemunhas.

Aliás, não se pode olvidar que a legislação processual penal em vigor não obriga a participação de testemunhas civis no momento em que ocorre a prisão em flagrante, mostrando-se, pois, legítimo o procedimento dos policiais militares.

Sabe-se, de resto, que é muito difícil, notadamente em casos como o dos autos, arrolar testemunhas estranhas aos quadros da polícia.

Lado outro, irrelevante a não comercialização da droga no exato momento da prisão. A prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes independe da venda da droga ou posse de dinheiro, restando bem delineada nos autos a configuração do delito, na modalidade de trazer consigo entorpecente para fim de tráfico.

A natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes 299 pedras de crack, com massa de 119g, 2.252 porções de cocaína, com massa de 3,026g, e 151 porções de maconha, com massa de 650g, somadas à tentativa de fuga do réu, à sua confissão judicial, aos depoimentos dos policiais militares e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, não deixam dúvidas quanto à traficância.

Não pairam dúvidas, pois, de que as drogas apreendidas pertenciam ao acusado e eram destinadas ao comércio ilícito.

Logo, **inviável acolher-se a pretensão absolutória.** [...]

De fato, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que, de acordo com o art. 50, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, o laudo de constatação provisória não precisa ser elaborado por perito, podendo ser realizado por pessoa idônea, motivo pelo qual não se pode pretender que a pessoa responsável pelo exame preliminar seja

portadora de diploma de curso de nível superior. Doutrina. Precedentes. (RHC n. 52.746/GO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/11/2014).

Além disso, a Corte de origem, soberana na análise das circunstâncias fáticas, concluiu pela ausência de qualquer evidência concreta da irregularidade suscitada pela defesa, asseverando ser o caso de *mero erro material*, dado que *tanto no auto de exibição e apreensão quanto no auto de constatação preliminar constam as drogas apreendidas e os lacres nas quais elas foram acondicionadas*, tendo ainda consignado que a *Defesa não impugnou a perícia realizada e tampouco se valeu da faculdade que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo 5º e o parágrafo 6º do artigo 159 do Código de Processo Penal no momento oportuno*, destacando, por fim, a existência de outras provas da prática delitiva, tais como os depoimentos dos policiais, revestidos de eficácia probatória (fl. 284).

Tal o contexto, a reversão do julgado demandaria a análise de elementos fáticos, providência inviável nos termos da Súmula 7/STJ. Veja-se, a propósito, o AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.966.466/PR, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 19/5/2022.

Quanto à negativa de vigência ao art. 67 do Código Penal, na hipótese dos autos, colhe-se da sentença (fl. 218 – grifo nosso):

[...] Apurada a responsabilidade, passo a fixar a pena, atendendo ao método trifásico da dosimetria. Para o delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06: Na primeira fase, nos termos do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, verifico que o **réu é portador de maus antecedentes** (fls. 107/110), razão pela qual elevo a pena em 1/6. Ainda nesta fase, entendo que a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos levam grande risco concreto ao bem jurídico protegido, razão pela qual elevo a pena em mais 1/6, totalizando o aumento de 1/3 nesta fase. Assim sendo, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 666 (seiscentsos e sessenta e seis) dias-multa. **Na segunda fase, presente a agravante da multirreincidência, bem como a atenuante da confissão. Assim, compenso uma reincidência com a confissão e utilizo as demais para elevar a pena em 1/5.** Destarte, agravo a pena em 1/5, perfazendo 08 (oito) anos de reclusão, além de 799 dias-multa. Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição de pena. Tendo em vista tratar-se de réu portador de maus antecedentes e multirreincidente, compreendo que não estão preenchidos os requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Sendo assim, torno definitiva a pena de 08 (oito) anos de reclusão, além de 799 dias-multa. Para o crime previsto no artigo 309 da Lei n.º 9.503/97: Na primeira fase, nos termos do artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu é portador de maus antecedentes, razão pela qual elevo a pena em 1/6. Assim sendo, fixo a pena-base em 07 (sete) meses de detenção. **Na segunda fase, presente a atenuante da confissão, bem como a agravante da multirreincidência. Assim, compenso uma reincidência com a confissão e utilizo as demais para elevar a pena em 1/5.**, perfazendo 08 (oito) meses e 12 dias de detenção. Na terceira fase

inexistem causas de aumento ou de diminuição da pena. Assim sendo, fixo a pena final para este delito em 08 (oito) meses e 12 dias de detenção. Em razão do concurso material fixo a pena final em de 08 (oito) anos de reclusão e 08 (oito) meses e 12 dias de detenção, além de 799 dias-multa. [...]

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva mediante os seguintes fundamentos (fls. 287/290 - grifo nosso):

[...] 3. Passo ao exame das reprimendas.

3.1. Pelo crime de tráfico de drogas, a pena-base foi fixada em 1/3 acima do mínimo legal 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, tendo em vista a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas, bem como os maus antecedentes do acusado, devidamente comprovados pela menção, na r. sentença, às certidões de fls. 107/110 dos autos.

Não se pode olvidar que foram apreendidos mais de três quilos de drogas, distribuídas em milhares de porções individuais, o que acentua a censurabilidade incidente sobre a conduta, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

A exacerbada quantidade da droga não é ínsita ao próprio tipo do tráfico de entorpecentes, que pode envolver desde poucos gramas da droga até toneladas, o que faz variar a sua censurabilidade concreta.

Anote-se, ainda, que **o apelante ostenta quatro condenações definitivas, pelos crimes de receptação, uso de documento público falso, tráfico de drogas e associação para o tráfico.** 9 A propósito, havendo pluralidade de certidões, referentes a condenações diversas, nada impede que uma delas seja computada como reincidência e as demais como maus antecedentes, sem que isso caracterize *bis in idem*.

Nesse sentido:

[...] *Mutatis mutandis*, nada impede que uma condenação configure maus antecedentes, servido as demais para a reincidência, se não transcorrido o lapso depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Diante disso, mantém-se a pena de partida, tal como estipulada.

Na segunda fase, **não há falar-se em compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Ao que consta, o réu é multirreincidente, fato que, sem dúvida, prepondera sobre a atenuante da confissão.**

Nesse sentido, já decidiu o C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

[...]

Diante disso, mantenho a exasperação em 1/5, perfazendo 8 anos de reclusão, e 799 diárias. [...]

Da transcrição acima, constata-se, em relação à segunda fase da dosimetria, que o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça paulista não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte.

Aplicando-se a nova redação do Tema n. 585 ao caso sob exame, verifica-se a impossibilidade de se proceder à compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, tendo em vista a multirreincidente do réu (o acusado possui quatro condenações por crimes anteriores, transitadas em julgado – fl. 288), circunstância que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, permite a preponderância da circunstância agravante.

Assim, **nego provimento** ao recurso especial. Acolhida a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.