



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão
Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS, CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS DOS POLÍCIAS CIVIS. AGENTE QUE GUARDAVA E MANTINHA EM DEPÓSITO SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS VARIADAS, ACOMPANHADAS DE BALANÇA DE PRECISÃO. VERSÃO DEFENSIVA ISOLADA E DESPIDA DE PROVAS.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. CULPABILIDADE INIDÔNEA E BIS IN IDEM, ALÉM DE EXCESSO NA EXASPERAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DELITO PRATICADO DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME ABERTO PELA PRÁTICA DO MESMO CRIME. CONDUTA QUE MERECE MAIOR REPROVABILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. AUMENTO JUSTIFICADO.

DEFENSOR NOMEADO. COMPLEMENTAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO PUBLICADA SOB A ÉGIDE DA NOVA LEGISLAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

- Os depoimentos dos policiais harmônicos e coerentes entre si e em consonância com as demais provas dos autos podem servir para corroborar a prolação da sentença penal condenatória.

- A prática de novo delito durante o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto merece maior reprovabilidade mediante a negatização da circunstância judicial afeta à culpabilidade, não configurando bis in idem o reconhecimento da reincidência por conta da condenação pretérita.

- Confirmada ou decretada a condenação neste Juízo ad quem, admite-se a execução provisória da pena, tendo em vista o esgotamento do revolvimento da matéria fática e dos



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

2

elementos de prova, à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, sem que se possa falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ratificado quando do indeferimento das medidas cautelares objeto das ADCs 43 e 44.

- Faz jus aos honorários recursais previstos no art. 85, §§ 1º e 11, do Novo Código de Processo Civil, o defensor dativo que interpõe recurso contra decisão publicada na vigência da novel legislação, em observância ao Enunciado Administrativo 7 do Superior Tribunal de Justiça.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

- Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, da comarca de Tubarão (1ª Vara Criminal), em que é apelante Cristian Tomé Bratti, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, **por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento; fixar R\$ 1.000,00 (mil reais) a remuneração do defensor dativo, em complementação à verba honorária arbitrada na origem, pela extensão do seu trabalho a esta instância recursal, condicionada a expedição da respectiva certidão à certificação, de próprio punho pelo defensor, de que persiste sua atuação como dativo. Com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, determina-se ao Juízo de origem a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena, acaso isso já não esteja sendo observado. Custas legais.**

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Desembargadores Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 24 de maio de 2018.

Assinado digitalmente

Carlos Alberto Civinski
PRESIDENTE E RELATOR



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

3

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Cristian Tomé Bratti, dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, em razão dos seguintes fatos:

No dia 21 de setembro de 2017, por volta das 14 horas, nos fundos da residência n. 54, localizada na Rua Venâncio Aguilera, Bairro Oficinas, nesta cidade e Comarca, o denunciado, com vontade livre e consciente, tinha em depósito e guardava 695 gramas da substância entorpecente maconha e 120 gramas de cocaína, as quais estavam dispostas em 348 "petecas" e 6 "buchas" grandes, conforme Auto de Constatação de Drogas de fls. 101/102.

Na oportunidade, policiais civis que exercem suas funções na Divisão de Investigação Criminal (DIC) apuraram que um dos líderes do tráfico de drogas perpetrado na localidade do Morro da Caixa, estaria escondendo drogas em um terreno nas proximidade de sua residência.

Deste modo, realizando campana, verificou-se que o denunciado pulou o muro da residência n. 53 do Bairro Oficinas, local em que as drogas estavam escondidas, passando a contá-las e retirando-se do local em posse de certa quantidade de drogas.

No local monitorado, além das 695 gramas de maconha e das 120 gramas de cocaína, foi encontrada uma balança de precisão.

Assim, o denunciado tinha em depósito e guardava substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica em seus usuários, proibidas em todo o Território Nacional, por disposição da Portaria n. 344, de 12.05.198, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 63, de 27.09.2007, estando enquadradas na Lista F1 (Lista das Substâncias Entorpecentes de uso proscrito no Brasil), da mesma Portaria.(fls. 125-127)

Sentença: o Juiz de Direito Guilherme Mattei Borsoi julgou procedente a denúncia para condenar Cristian Tomé Bratti pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 251-255).

Trânsito em julgado: muito embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para o Ministério Público.

Recurso de apelação de Cristian Tomé Bratti: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) diante da insuficiência de provas, o apelante merece ser



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

4

absolvido, devendo ser aplicado para tanto o princípio *in dubio pro reo*, notadamente porque as circunstâncias da diligência policial não evidenciam, sem sombra de dúvidas, que o agente era o proprietário das drogas que foram apreendidas, não podendo o seu silêncio no interrogatório ser levado em conta para prejudicá-lo;

b) verifica-se a presença de *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o Magistrado majorou a pena-base com fundamento na culpabilidade e, em razão da mesma condenação, aplicou, na segunda fase do cálculo, a reincidência.

Requeru o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a absolvê-lo da conduta narrada na denúncia; subsidiariamente, reduzir a pena, sem olvidar da fixação da honorários advocatícios ao defensor nomeado (fls. 263-270).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

a) as razões defensivas são carentes de qualquer prova e contrárias a todo o teor probatório legalmente produzido nos autos, motivo pelo qual a condenação penal deve ser mantida;

b) a valoração da condenação anterior pela prática do crime de tráfico de drogas, referida na primeira e segunda fases do cálculo da pena não constitui *bis in idem*.

Postulou o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 277-283).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Paulo Antônio Günther opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para: alterar a primeira fase da dosimetria da pena, afastando a circunstância judicial referente à culpabilidade, mantendo-se, contudo, como desfavoráveis as circunstâncias do crime; e pela majoração da verba honorária em benefício do advogado do apelante (fls. 299-309).



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

5

Este é o relatório.

VOTO

Do juízo de admissibilidade

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Do mérito

Do pleito absolutório

A defesa sustenta que o apelante merece ser absolvido diante da insuficiência de provas, afirmando que deve ser aplicado ao caso o princípio *in dubio pro reo*.

Trata-se do delito descrito no art 33, *caput*, da Lei 11.343/2006:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa:

O delito aludido é de ação múltipla ou conteúdo variado, apresenta várias formas de violação da mesma proibição e basta para a consumação a prática de uma das ações ali previstas, sem a necessidade de efetiva comprovação da mercancia.

No caso, as elementares "guardar" e "ter em depósito" ficaram caracterizadas, diante da apreensão de 119,83 gramas de cocaína e 682,85 gramas de substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha (laudo pericial de fls. 156-159), acondicionadas em uma casa abandonada próxima à residência do apelante, local destinado ao depósito das drogas, denominado "mocó" na linguagem informal.

A materialidade e autoria delitiva encontram-se comprovadas nos autos e podem ser percebidas por meio do auto de exibição e apreensão de fl. 100, boletim de ocorrência de fls. 103-105, levantamento fotográfico de fls.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

6

108-112, laudo pericial 9202.17.01926 (fls. 156-159) e prova oral produzida no decorrer da instrução processual, em que pese a negativa do apelante.

Promovido o interrogatório do apelante nas fases indiciária e judicial, foram também ouvidas as duas testemunhas de acusação: os policiais Fernando Barreiros Machado e Tadeu Leopoldo Siqueira Júnior.

Ao ser interrogado na fase extrajudicial, o apelante informou que havia recém chegado no "Bar do Santo" para tomar café com seu pai, quando foi abordado pelos policiais civis, os quais o encaminharam à delegacia e falaram que ele estava portando determinada quantidade de droga. Negou a propriedade da substância entorpecente apreendida, afirmando que não estava em posse de nenhum ilícito e nem sequer havia entrado na casa onde houve a apreensão.

Sob o crivo do contraditório, ao ser interrogado, apresentou a mesma versão dos fatos, ressaltando que, ao realizarem a abordagem, os agentes públicos informaram que se tratava de uma intimação para depor, entretanto, ao chegar na delegacia, apresentaram as substâncias ilícitas apreendidas. Já vendeu drogas antes, possui uma condenação por tráfico de drogas e é réu em outro processo pelo mesmo delito. Conhece um dos policiais em decorrência da sua prisão em uma dessas ações penais, mas não possui problema com ele.

Aqui vale pontuar que a versão da defesa não encontra respaldo em nenhum elemento dos autos, destacando-se que o pai do apelante não compareceu, nem sequer foi arrolado, e o agente deixou de comprovar, ainda que minimamente, de onde provinha sua subsistência.

Já as testemunhas de acusação, os policiais civis, Fernando Barreiros Machado e Tadeu Leopoldo Siqueira Júnior, apresentaram depoimentos inteiramente harmônicos e coerentes, tanto na fase indiciária quanto sob o crivo do contraditório, narrando que, durante as investigações sobre o tráfico de drogas que afetava a região do Morro da Caixa, receberam informações que envolviam o apelante na gerência do tráfico de drogas na



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

7

região, bem como seu domicílio e o local onde este guardava as substâncias ilícitas, informalmente chamado de "mocó". Diante dos frutos das investigações, realizaram uma campana nas proximidades do suposto "mocó", oportunidade em que, por volta das 8h30min, flagraram o momento em que o apelante pulou o muro de um terreno onde havia uma casa abandonada, dirigiu-se aos fundos dela, mexeu em umas pedras e, após, passou a agir como se estivesse contando alguma coisa, o que possível visualizar do local estratégico onde estavam. Naquela ocasião, em razão da falta de efetivo de policiais civis e por estarem acampanados, o apelante logrou êxito em evadir-se do local, antes da abordagem policial, o que motivou a permanência da campana, a fim de observar se outra pessoa teria acesso ao local das drogas. Como mais ninguém voltou à casa onde as substâncias entorpecentes estavam escondidas, já no início da tarde, dirigiram-se até o local onde o apelante havia mexido nas drogas (imagens de fls. 20-22) e lograram êxito em apreender uma balança de precisão, aproximadamente 700g de maconha e mais de 100g de cocaína, estas divididas em mais de 300 porções. Em seguida, realizaram diligências no local e encontraram o apelante em um bar na região do Morro da Caixa, oportunidade em que efetivaram a prisão deste.

Dessa narrativa, vale destacar que o policial Fernando Barreiros Machado afirma que tem certeza que o apelante é a mesma pessoa que ele observou mexendo nas substâncias ilícitas, ressaltando que este é conhecido no meio policial, inclusive, já realizou a prisão dele em outra oportunidade, também pela prática de tráfico de drogas, não tendo ele, na abordagem tratada nestes autos, oferecido qualquer resistência ou negado a propriedade das drogas que lhe foram apresentadas.

No mais, os agentes públicos informaram que, após a prisão do apelante, a incidência da traficância no Morro da Caixa reduziu consideravelmente.

Ante o exposto, é necessário repisar que, o delito de tráfico de



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

8

drogas se consuma com a prática de um dos verbos descritos no tipo penal (art. 33 da Lei 11.343/2006), no caso em tela, muito embora o apelante afirme que não estava na posse imediata de entorpecentes ilícitos quando foi abordado, as circunstâncias relatadas pelos policiais dão conta de que ele era o proprietário das drogas e o único que tinha acesso ao referido "mocó que, estrategicamente, escolheu para guardar e manter em depósito o material entorpecente, encontrado de modo fracionado e em elevada quantidade, a configurar o crime em apreço.

No que tange às palavras dos policiais, esta Corte entende que seus depoimentos, quando livres de interesse pessoal, são suficientes para sustentar a imposição de decreto condenatório, já que possuem presunção de veracidade e legitimidade (Apelação Criminal 0004913-58.2012.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, deste relator, desta Primeira Câmara Criminal, j. 14-09-2017, v.u.).

Acerca da validade do depoimento de policiais, traz-se à colação a doutrina de Aury Lopes Jr.:

Toda pessoa poderá ser testemunha, afirma o art. 202 do CPP. Essa regra surge como recusa a discriminação historicamente existentes em relação a escravos, mulheres e crianças, ou ainda às chamadas "pessoas de má-reputação" (prostitutas, drogados, travestis, condenados etc.), que ao longo da evolução do processo penal sofreram restrições em termos probatórios.

Da mesma forma, não há se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento sem qualquer impedimento. (LOPES JUNIOR. Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 649)

Não dissente desse entendimento Damásio de Jesus:

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64 e 168/199). Assim, como já foi decidido, é "inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório" (TACrimSP, RT 530/372). (JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221).



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

9

Fernando Capez acrescenta que existem três correntes sobre a validade do testemunho de policiais: a) são suspeitos; b) não são suspeitos; c) o depoimento tem valor relativo, dado o interesse quanto à diligência que realizou. Acrescenta que os policiais não estão impedidos de depor e que, em regra, o juiz é quem deve atribuir o valor à prova de acordo com sua liberdade de convicção. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444).

Esta Câmara de Direito Criminal adota a segunda posição no sentido de que os policiais militares não são suspeitos e impedidos de depor, inclusive, quando os depoimentos estão em consonância com as demais provas dos autos.

Colaciona-se julgado desta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS CABALMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS APRESENTADAS DE FORMA HARMÔNICA E COERENTE. EFICÁCIA PROBATÓRIA QUE SÓ RESTA COMPROMETIDA EM CASO DE MÁ-FÉ. VERSÃO DO RÉU SEM RESPALDO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação do réu pela prática de tráfico de drogas. 2. O depoimento prestado por agente policial não pode ser desconsiderado ou desacreditado unicamente por conta de sua condição funcional, porquanto revestido de evidente eficácia probatória; somente quando constatada a má-fé ou suspeita daquele, pois, é que seu valor como elemento de convicção estará comprometido. (Apelação Criminal 2015.045478-0, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 11-8-2015, v.u.).

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado, o que pode ser observado nos termos da decisão monocrática prolatada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior no julgamento do AREsp 1220687, realizado em fevereiro de 2018: "De outro lado, conforme entendimento jurisprudencial consolidado, os depoimentos de testemunhas policiais, em regra, possuem plena eficácia probatória, sendo tal presunção afastada apenas na presença de motivos concretos que coloquem em dúvida a



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

10

veracidade de suas declarações".

No caso em tela, além dos depoimentos dos agentes públicos estarem corroborados pelas demais provas que instruem os autos, restou demonstrado, inclusive por meio do interrogatório do apelante, o qual afirma que não tem nenhum problema com os policiais que efetivaram sua prisão, que estes não possuíam interesse pessoal na condenação.

Dessarte, ante todo o exposto, não há falar em insuficiência probatória, motivo pelo qual o pleito absolutório não merece prosperar.

Da dosimetria da pena

Subsidiariamente, o apelante pugna pela reforma da primeira fase da dosimetria da pena, ao argumento de que deve ser afastada a circunstância judicial da culpabilidade diante da ocorrência de *bis in idem*, além disso, o aumento promovido foi exagerado e desproporcional.

Como a pretensão versa sobre a dosimetria, mostra-se pertinente a transcrição dos fundamentos utilizados pelo juízo singular no particular:

A culpabilidade, é elevada, diante da reiteração específica na traficância durante o cumprimento da pena em regime aberto, desprezando, a um só tempo, a conduta esperável de apenado, bem como, demonstrando, de modo concreto e inegável, sua propensão ao mundo do crime, motivo pelo qual elevo a pena em 1 ano de reclusão e 100 dias-multa (autos da execução penal 0002784-85.2014.8.24.0075).

Da mesma forma, a prática de crime durante a execução penal é circunstância desfavorável, que, contudo, a fim de evitar "*bis in idem*", não será computada para fins de elevação de pena.

Quanto aos antecedentes, verifico que o réu possui uma condenação com trânsito em julgado, conforme certidão de antecedentes (fls. 239). Contudo, para valoração nesta fase excetuam-se os autos utilizados para fins de reincidência, conforme dispõe a súmula 241/STJ.

A conduta social não é recomendável, pois o réu não trabalha, faz do tráfico sua profissão, conforme apurado na investigação.

A personalidade é mal formada, sendo pessoa perigosa, ante o rol de crimes por si praticados.

Os motivos e consequências são normais à espécie.

No caso a vítima é a sociedade, e esta em nada contribuiu para a prática delituosa.

Quanto à circunstância preponderante do art. 42 da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a quantidade de droga, 695 gramas de maconha e 120 gramas de cocaína, elevo a pena em mais um ano de reclusão e 100 dias-



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

11

multa.

Atendendo ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, dou preponderância à culpabilidade e a quantidade da substância apreendida, razão porque, somadas as elevações acima, fixo a pena-base em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa. (fls. 253/254).

Pois bem, é cediço que, para fixar a pena-base, o Juiz *a quo*, por se encontrar mais próximo dos fatos, deve levar em conta a reprovabilidade da conduta do agente, atentando para a intensidade do dolo, seus antecedentes criminais, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

As hipóteses referidas, presentes no art. 59 do Código Penal, são conhecidas como judiciais porque dependem da valoração do julgador. Nesse dispositivo encontram-se os limites do poder discricionário concedido ao magistrado para a determinação qualitativa e quantitativa da pena.

O universo existente entre a pena mínima e a máxima prevista no tipo penal aliado à análise das circunstâncias judiciais permitem ao Magistrado o estabelecimento da pena-base no patamar que seja suficiente aos objetivos da penalização do infrator, de modo que não existe norma que o obrigue a permanecer sempre próximo do *quantum* mínimo, salvo excesso não fundamentado.

No caso, o juízo singular considerou desfavoráveis a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e a quantidade das drogas apreendidas, todavia, o que ensejou a exasperação foi apenas a culpabilidade e a quantidade de drogas, sendo que, em relação a esta circunstância prevista no art. 42 da Lei 11.343/2006, o recorrente conformou-se, porque não a impugnou especificamente.

No que toca à culpabilidade, entende-se que não deve ser confundida com a imputabilidade do agente, ou seja, totalmente inadequado assentar o grau de consciência da ilicitude da conduta, a idade e a inexigibilidade de conduta diversa, porque tais elementos integram o conceito de culpabilidade que compõe o conceito analítico de crime.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

12

A culpabilidade para efeito do art. 59 do Código Penal é tida como o grau de reprovabilidade da conduta, isto é, a intensidade dolosa do agente.

Destaca-se, a propósito, a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Culpabilidade esse requisito talvez o mais importante do moderno Direito Penal constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem *objetivos ressocializadores* ou de recuperação social. A *culpabilidade*, aqui, funciona como *elemento de determinação* ou de *medição* da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como *fundamento da pena*, mas como *limite desta*, impedindo que a pena seja imposta *além* da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc. Por isso, constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que 'o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia'. Ora, essa *acepção de culpabilidade* funciona como *fundamento da pena*, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse *juízo* tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação, onde a culpabilidade tem função limitadora da pena, e não fundamentadora (*Tratado de direito penal: parte geral*. volume 1. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 758). (grifo no original)

Fernando Capez igualmente contribui:

Culpabilidade: [...] **Pretendeu o legislador que o "grau de culpabilidade"**, e não a culpabilidade, **fosse o fato a orientar a dosimetria penal. Assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma penação mais severa.** Do mesmo modo, o dolo e a culpa integram o fato típico, sendo elementos inseparáveis da conduta. Não poderiam, por essa razão, jamais atuar na fase de fixação da pena, pois a sua existência é pressuposto para que haja o fato típico. No entanto, **o grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado.** Em outras palavras, todos que agem com dolo ou culpa cometem crime doloso ou culposos, mas, **dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo, a pena será mais ou menos branda. Além do grau de dolo e culpa, todas as condições pessoais do agente, a avaliação dos atos exteriores da conduta, do fim almejado e dos conflitos internos do réu, de acordo com a consciência valorativa e os conceitos éticos e morais da coletividade, são considerados pelo juiz, ao fixar essa circunstância judicial.** (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) - 16 ed. fl. 485 – São Paulo: Saraiva, 2012). (grifo nosso)

Considerando essas balizas apresentadas, verifica-se que, no caso, a culpabilidade foi negada pelo fato de a prática delitiva ter ocorrido durante o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, decorrente de



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

13

condenação anterior também pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, ainda em execução nos autos 0002784-85.2014.8.24.0075.

Com efeito, vale acrescentar que a progressão para o meio aberto foi concedida em 21-6-2017 (fl. 282 dos autos da execução) e a prisão em flagrante pelo crime ora tratado ocorreu em 21-9-2017.

Tal circunstância, para fins de avaliar a intensidade dolosa do agente, é mais que suficiente para negativar sua culpabilidade. A conduta delituosa praticada durante o cumprimento da pena privativa de liberdade merece maior reprovabilidade.

Convém reiterar que o apelante cumpria pena em regime aberto pela prática de tráfico de drogas e, nessa condição, cometeu o mesmo delito tratado neste processo após três meses da obtenção de sua liberdade condicionada.

Ou seja, utilizou da confiança nele depositada pelo Estado e praticou novo delito da mesma espécie, quebrando, assim, a credibilidade que até então possuía. O comportamento ora tratado, portanto, é digno de maior repreensão.

Nota-se que para exasperar a pena-base utilizou-se como fundamentação tão somente o fato de o apelante ter cometido novo delito enquanto cumpria pena em regime aberto, afastando qualquer razão que remetesse aos antecedentes ou à reincidência, esta que, adequadamente, foi utilizada na segunda fase do cálculo dosimétrico como agravante, nos moldes da previsão dos artigos 61, inciso I, e 63, ambos do Código Penal, impedindo, portanto, a incidência de *bis in idem*.

Ora, o crime cometido durante o cumprimento de pena independe da reincidência do apelante, haja vista que seria completamente possível que um agente primário, em execução provisória da reprimenda, fosse agraciado com eventual benefício que lhe ensejasse soltura e cometesse, em liberdade, novo delito, o que seria tão reprovável quanto o caso em tela, mesmo que ausente a



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

14

reincidência.

Veja-se que a negatização da culpabilidade, assim analisada, tem respaldo nos próprios elementos que compõem tal vetor. O grau de reprovabilidade da conduta é passível de valoração quando constatado que o agente, ainda sob relativa tutela e fiscalização do Estado, faz "pouco caso" do próprio sistema criminal, da condenação anterior e dos regimes pelos quais passou até obter a liberdade mediante a progressão.

A situação destoa, portanto, da que se encontra o agente que cumpre regularmente a pena e obtém a sua extinção, no entanto, torna a cometer nova infração dentro do prazo depurador de 5 (cinco) anos a que alude o art. 64, I, do Código Penal.

Essa distinção conduz à conclusão de que não há falar em *bis in idem*.

Em caso análogo, as Quinta e Sexta Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentaram:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. COMETIMENTO DE DELITO DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA PELA PRÁTICA DE CRIME DA MESMA ESPÉCIE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE CDs E DVDs APREENDIDOS. REPROVABILIDADE ACENTUADA DA CONDOTA. INOCORRÊNCIA DE VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES NA PRIMEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. [...] 3. Ao contrário do que afirma o impetrante, **as instâncias ordinárias não valoraram o antecedentes criminais na pena base, mas apenas a culpabilidade, em razão do cometimento do crime de violação de direito autoral ter ocorrido enquanto o réu cumpria pena.** Ademais, valoraram-se as circunstâncias do crime, com base na expressiva quantidade de CDs e DVDs apreendidos. 4. **A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.** 5. No caso concreto, **as instâncias ordinárias sopesaram negativamente a culpabilidade pelo fato de ter o paciente cometido o crime enquanto cumpria pena restritiva de direitos de**



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

15

prestação de serviços à comunidade pela prática de idêntico delito anterior, nos termos da certidão de execução penal e da sentença condenatória. Trata-se, indubitavelmente, de circunstância que indica maior reprovabilidade da conduta, porquanto atesta a total imunidade de réu ao caráter preventivo individual negativo da pena, bem como a violação do compromisso assumido por ocasião do gozo do regime aberto, o que denota sua falta de senso de responsabilidade e a inalteração de sua postura. Precedentes. [...] 8. Nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, o regime fechado é, em tese, adequado, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 anos de reclusão, a culpabilidade do réu e as circunstâncias do crime foram negativamente valoradas e implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a reincidência do paciente, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269/STJ. Precedentes. [...] (HC 395.522/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017, v. u.).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (30 KG DE MACONHA). EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias ostentam idoneidade para agravar a pena-base mediante a valoração negativa da culpabilidade e circunstâncias do crime. 2. **O fato de o delito ter sido cometido logo após o agravante deixar o presídio demonstra um maior grau de reprovabilidade da conduta, não se confundindo esse fundamento com o reconhecimento dos maus antecedentes e da reincidência, inexistindo o alegado bis in idem.** 3. A quantidade da droga é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e, ao contrário do que o recorrente sustenta, não houve dupla utilização desse fundamento para exasperar a pena-base e vedar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que o afastamento desta se deu em razão da reincidência verificada. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 843.364/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016, v. u.).

Por essas razões, mantém-se a negativação da circunstância judicial atinente à culpabilidade, porquanto idônea e sem caracterizar *bis in idem*.

Quanto à infundada alegação de excesso no aumento promovido na pena-base, verifica-se que, conquanto não tenha expressado, o Magistrado *a quo* valorou a culpabilidade negativa em 1/5 (um quinto), equivalente ao acréscimo de 1 (um) ano e 100 (cem) dias-multa.

Conforme é cediço, as Câmaras Criminais desta Corte usualmente majoram a pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial. Tal fração também é adotada majoritariamente para as circunstâncias



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

16

agravantes e atenuantes.

Todavia, é consabido que não existe parâmetro legal a respeito de quanto o Magistrado pode acrescentar ou reduzir à reprimenda em função de cada circunstância.

A fração é adotada de forma proporcional pelos julgadores. O critério, muito embora deva ser simétrico, é discricionário e visa, acima de tudo, a individualização da pena consagrada constitucionalmente no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, e a proporcionalidade da reprimenda, nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Ou seja, a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) não é regra. Ocorre que este Tribunal de Justiça, Juízo *ad quem* incumbido do reexame das decisões de primeiro grau, tem entendimento de que o incremento por meio do patamar de 1/6 (um sexto) é suficiente e razoável.

Isso não significa que, em determinados casos, quando as particularidades recomendarem, o sentenciante, fazendo uso de certa margem de discricionariedade que lhe é reservada, utilize fração diferente, acompanhada, é claro, de fundamentação idônea e concreta, em função do princípio da individualização da pena (*vide* Revisão Criminal 1001714-76.2016.8.24.0000, Seção Criminal, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 22-2-2017, v. u.).

No caso, mostra-se viável a manutenção da fração de 1/5, que equivale ao acréscimo de 1 (um) ano na pena-base.

Os elementos abordados pelo juízo singular justificam tal aumento, pois não se tratou de mera reiteração criminosa durante o cumprimento de pena em regime aberto – poderia ter sido delito diverso, mais brando, culposo, etc. –, mas, sim, de cometimento do mesmo crime de tráfico de drogas, após três meses da liberdade condicionada conferida ao agente, num cenário de clara gravidade, porque envolveu quantidade significativa e variedade de entorpecentes.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso e mantém-se a



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

17

pena tal como aplicada pelo Togado de origem.

Execução imediata da pena

Reconhecida a responsabilidade penal e com o pleno exercício do duplo grau de jurisdição, deve ser adotada a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, que passou a vigorar a partir do julgamento do HC 126.292/SP e estabeleceu ser possível o cumprimento imediato da pena quando já existente o pronunciamento judicial em segundo grau de jurisdição, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória e sem que isso caracterize afronta ao princípio da presunção de inocência. Tal entendimento foi reafirmado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida.

Assim, plenamente possível a determinação de início imediato da execução da pena, após o julgamento do presente recurso de apelação, sobretudo porque eventual interposição de recursos para os Tribunais Superiores não impede a execução da sentença condenatória, haja vista a ausência de efeito suspensivo para tais recursos (a teor do art. 637 do Código de Processo Penal e art. 995 do Código de Processo Civil).

Com efeito, determina-se o início imediato da execução da pena ora imposta, de modo que o juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias, nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Dos honorários recursais

A partir da vigência da Lei 13.105/2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao processo penal (CPP, art. 3º), o defensor dativo que atua na defesa do réu, tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição, faz jus à complementação de verba honorária.

A razão disso subsiste na disposição dos §§ 1º e 11 do art. 85 do Novo Código de Processo Civil, que apresenta novas regras acerca da fixação de honorários, de modo a garantir a estipulação dessa verba também na esfera recursal, observando-se, ainda, que *"somente nos recursos interpostos contra*



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

18

decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC" (Enunciado Administrativo 7 do STJ).

Com efeito, assim preconiza o artigo 85, §§ 1º e 11, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Sobre o novo regramento, esclarece a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O CPC faculta a estipulação de verba honorária também para a fase recursal, de ofício ou a requerimento da parte. A nova verba, de acordo com o CPC 85 §11, deve respeitar os limites estabelecidos para a fase de conhecimento. A ideia contida na disposição é remunerar adequadamente o trabalho do advogado nessa fase, que pode ser tão ou mais intenso que na primeira instância. (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 433).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, intérprete máximo da legislação federal, tem jurisprudência firmada no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.022 DO NOVO CPC. INTUITO PROTETATÓRIO. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC. OMISSÃO SANADA EX OFFICIO. [...] 3. Constatação de omissão quanto à majoração dos honorários, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. 4. Embargos de declaração rejeitados com aplicação de multa. Omissão relativa à fixação dos honorários recursais sanada ex officio. (EDcl no AgInt nos EREsp 1564828/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 27/02/2018, v. u.).

Do inteiro teor do citado acórdão, mudando o que deve ser mudado, extrai-se:

[...] 3. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

19

Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrará-la *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando *reformatio in pejus*. 4. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados *ex officio*, sanada omissão na decisão agravada. (AglInt nos EREsp 1649709/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 13/11/2017).

Como visto, a partir do CPC/2015 e diante de recurso contra sentença publicada sob sua vigência, não se exige pedido expresso do defensor dativo que já atuava no feito para fixação da remuneração que lhe é devida, pois a providência complementar deve ser tomada de ofício, considerando o mandamento legal e a extensão do trabalho dativo.

Contudo, é prudente exigir que o próprio defensor nomeado, ao requerer a expedição da respectiva certidão da verba honorária recursal, certifique, de próprio punho, que permaneceu na condição de dativo neste grau de jurisdição, já que, em regra, sua nomeação foi para o exercício da defesa técnica no primeiro grau, que se exauriu na sentença.

No caso, por se tratar de sentença publicada em 14/03/2018 (fls. 251-255), ou seja, sob a égide do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18/03/2016, e de defensor dativo que assiste o feito desde a origem, é devida a complementação dos honorários advocatícios.

No que concerne ao montante, não se aparta dos fundamentos esposados na declaração de voto vencido deste relator, lançada nos autos 0004133-69.2016.8.24.0135, para avaliar o nível de atuação do defensor dativo na instância *ad quem*, a fim de considerar a qualidade técnica do trabalho e o grau de comprometimento com a dialeticidade recursal.

Se à luz desses parâmetros ficar constatada atuação primorosa, tem-se como devida a fixação de R\$ 1.000,00 a título de honorários recursais, o que foi verificado no caso em tela.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento; fixar R\$ 1.000,00 (mil reais) a remuneração do defensor dativo, em complementação à verba honorária arbitrada na origem, pela extensão do



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0004310-82.2017.8.24.0075, de Tubarão

20

seu trabalho a esta instância recursal, condicionada a expedição da respectiva certidão à certificação, de próprio punho pelo defensor, de que persiste sua atuação como dativo.

Este é o voto.