



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000000114

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501318-53.2024.8.26.0599, da Comarca de Tietê, em que é apelante FÁBIO CÉSAR GALHARDO DE PAULA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, rejeitaram a preliminar arguida e negaram provimento ao recurso Defensivo, nos termos que constarão do acórdão**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente) E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 2 de janeiro de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO nº 12.449

APELAÇÃO nº 1501318-53.2024.8.26.0599

COMARCA: Tietê (2ª Vara Criminal)

APELANTE: Fábio César Galhardo de Paula

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR REJEITADA E RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto por Fábio César Galhardo de Paula contra sentença que o condenou por tráfico de drogas, nos termos do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de cinco anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 dias-multa.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) nulidade da prova por suposta violação de domicílio; (ii) absolvição por insuficiência probatória; (iii) aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; (iv) imposição de regime inicial diverso do fechado.

III. Razões de Decidir

3. A nulidade da prova foi rejeitada, pois a entrada dos policiais na residência do acusado foi justificada pelo estado de flagrância, característico do crime de tráfico de drogas.

4. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por depoimentos coerentes dos agentes estatais e confissão do réu, não havendo espaço para absolvição por insuficiência probatória.

5. A aplicação do redutor de pena foi afastada devido à reincidência do réu, conforme entendimento do STJ.

6. O regime inicial fechado foi mantido, considerando a gravidade do delito e a reincidência do réu.

IV. Dispositivo e Tese

5. Preliminar Rejeitada. Recurso Defensivo não provido.

Tese de julgamento: 1. A entrada em domicílio sem mandado é justificada em casos de flagrante delito de tráfico de drogas. 2. A reincidência impede a aplicação do redutor de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e § 4º; Código de Processo Penal, art. 157.

Jurisprudência Citada: STJ, HC 222.173/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 22.11.2011. STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j.

15.03.2018.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de **Fábio César Galhardo de Paula** contra a r. sentença de fls. 186/189, que o declarou incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, condenando-o à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, a ser atualizado em sede de execução.

Nas razões de seu recurso, pleiteou a Defesa, em síntese: a) preliminarmente, a nulidade do feito, em razão de suposta violação de domicílio; b) a absolvição por insuficiência probatória; c) o reconhecimento da causa de diminuição de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 e sua aplicação em seu patamar máximo; d) a imposição de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado (fls. 212/216).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas contrarrazões (fls. 222/227).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 242/249).

É o relatório.

Ab initio, cumpre salientar que a nulidade ventilada pela Defesa não merece guarida.

Com efeito, a alegação de falta de mandado de busca e apreensão, autorização do acusado ou justa causa para a entrada dos policiais na residência do acusado não possui o condão de desnaturar a validade das diligências efetuadas, diante da natureza permanente do crime de tráfico de drogas e, consequentemente, da notória existência do estado de flagrância, justificador da ação dos agentes estatais.

Neste sentido:

***“HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. TESE DE INOCÊNCIA. REEXAME DE PROVAS INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.*”**

1. O Paciente foi preso em flagrante delito na posse de 01 (uma) porção de "maconha" e 04 (quatro) porções de "haxixe", tendo sido encontrados, ainda, em sua residência, "cocaína", uma balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao tráfico.

2. Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de

drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente.

3. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

4. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida.

5. A apreciação da tese de inocência do Paciente demanda, inevitavelmente, o reexame da matéria fático-probatória, o qual, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ.

6. Ordem denegada.” (STJ – 5ª Turma, Habeas Corpus nº 222.173/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Outrossim, as diligências policiais restaram mais que justificadas, pois, conforme relatado, os agentes policiais efetuavam patrulhamento de rotina ostensivo pelo local dos fatos, conhecido como ponto de venda de entorpecentes, oportunidade em que

avistaram um homem saindo da “biqueira”, razão pela qual decidiram abordá-lo. Em revista pessoal, localizaram consigo uma porção de *crack*, a qual ele afirmou ter acabado de adquirir com o acusado, já conhecido nos meios policiais por traficar no local. Então, ingressaram na “biqueira” e avistaram o acusado, o qual, ao perceber a aproximação da equipe, empreende fuga e ingressou no interior de sua residência, mas foi perseguido e abordado, sendo localizadas consigo porções da *maconha*, *cocaína* e *crack*. Em entrevista informal, o réu confessou que estava ali efetuando o tráfico de drogas. Ademais, acionaram a equipe canina, tendo sido localizadas, nos fundos da residência, mais porções de *maconha*.

Portanto, sobre todos os ângulos de análise, mostra-se absolutamente descabida a tese de nulidade baseada na “Teoria dos frutos da árvore envenenada” e em suposta violação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, passando-se à análise do mérito recursal.

Consta da denúncia que, no dia 09 de agosto de 2024, por volta da 15h53min, na Rua D. Pedro I, nº 174, Bairro Jardim Bandeirantes, na cidade e comarca de Tietê, **FÁBIO CÉSAR GALHARDO DE PAULA** vendeu 01 (uma) porção de *cocaína*, bem como trazia consigo, para fins de tráfico, 53 (cinquenta e três) porções de cocaína na forma solidificada vulgarmente conhecida como *crack*, 10 (dez) porções de *maconha* e 18 (dezoito) porções de *cocaína*, bem como guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico ilícito, 23 (vinte e três) porções de *maconha*, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 09/13), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 18/19), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 87/98) – o qual apontou o caráter entorpecente das substâncias apreendidas, bem como pela prova ora oral colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

O réu **Fábio César Galhardo de Paula**, interrogado em juízo, confessou a prática delitiva, afirmando que, na data dos fatos, realmente estava efetuando o tráfico de drogas, sendo que foi abordado no interior da sua residência, enquanto estava sentado no sofá, após os policiais ingressarem no imóvel pelos fundos (mídia SAJ).

Por óbvio, a confissão apresentada pelo réu, incólume de quaisquer máculas ou imperfeições, tem valor probante incontestável, eis que encontra amparo nas demais provas amealhadas aos autos.

Nesse sentido, são aplicáveis à espécie os seguintes julgados, *in verbis*:

“A confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos autoriza a condenação do acusado, mormente se amparada no conjunto probatório.”
(TACRIM-SP AP Rel. Penteado Navarro RJD 15/47).

Ainda:

“A confissão judicial constitui elemento seguríssimo de convicção. Apenas especialíssima e incomum circunstância que lhe evidencia a insinceridade justifica sua recusa.”
(TACRIM-SP AP Rel. Walter Tintori RJD 12/112).

Por outro lado, policiais militares **Rafael Marcelo Leite** e **Paulo Ricardo Pereira de Godoy dos Santos**, ouvidos em juízo esclareceram que, na data dos fatos, efetuavam patrulhamento de rotina ostensivo pelo local dos fatos, conhecido como ponto de venda de entorpecentes, oportunidade em que avistaram um homem saindo da “biqueira”, razão pela qual decidiram abordá-lo. Em revista pessoal, localizaram consigo uma porção de *crack*, a qual ele afirmou ter acabado de adquirir com o acusado, já conhecido nos meios policiais por traficar no local. Então, ingressaram na “biqueira” e avistaram o acusado, o qual, ao perceber a aproximação da equipe, empreende fuga e ingressou no interior de sua residência, mas foi perseguido e abordado, sendo localizadas consigo porções da *maconha*, *cocaína* e *crack*. Em entrevista informal, o réu confessou que estava ali efetuando o tráfico de drogas. Ademais, acionaram a equipe canina, tendo sido localizadas, nos fundos da residência, mais porções de *maconha* (mídia SAJ).

Por seu turno, o policial militar **Jardel da Silva**, ouvido perante a autoridade policial, aduziu que: “*em apoio a polícia militar foi até o local dos fatos e, realizando busca pelo quintal da residência do indiciado com utilização do cão, foram localizadas 23 porções de maconha entre algumas telhas. Que o indiciado e o autor Dirceu já estavam detidos pelos policiais militares. Nada mais.*” (fl. 06).

Como se vê, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o réu e trazia consigo e guardava as drogas apreendidas pelos policiais. O modo de acondicionamento dos entorpecentes, em porções individuais e prontas para o consumo, sua quantidade, sua diversidade e, ainda, as circunstâncias em que se deram os fatos e sua prisão, evidenciam com segurança que se destinavam à traficância ilícita, afastando-se a tese defensiva absolvição por insuficiência probatória.

Ressalta-se, por oportuno, que policiais civis e militares, bem como guardas municipais não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o réu, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação. A esse respeito, inclusive, é entendimento da jurisprudência que:

“a prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (STF, HC 74.522, in D.J. 13/12/1996);

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecente e receptação – Condenação – Depoimento de delegados de polícia que atestam a apreensão da substância entorpecente com o acusado e as circunstâncias das investigações – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, especialmente quando prestadas em juízo, sob a garantia do contraditório, não se podendo desqualificá-lo somente em razão de sua condição profissional” (Apelação Criminal nº 990.08.052356-2, 4ª. Câmara Criminal, Rel. Salles Abreu, j. 28/4/2009).

E o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes.3. Habeas corpus não conhecido.” (HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014);

Impunha-se, portanto, a condenação do réu, não havendo cogitar-se de absolvição por insuficiência probatória ou mesmo a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, já que suas atitudes se coadunam, perfeitamente, com a figura delitiva prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:

“Art. 33. 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”.

E não é demais lembrar que os atos de trazer consigo ou guardar entorpecentes em tais condições já estão mencionados no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 como caracterizadores do crime previsto em tal dispositivo, sendo dispensável, portanto, prova da *traditio*.

É o que basta para a condenação por tráfico, conforme demonstra o seguinte julgado:

"O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância" (TJSP - ac 6.635 - Rei. Onei Raphael - RJTJSP 70/371).

Portanto, deve ser mantida a condenação do réu pelo crime previsto no aludido artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 era medida que se impunha, passando-se à análise da reprimenda que lhe foi imposta.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juízo sentenciante fixou a reprimenda em seu patamar mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria da pena, incidiu a circunstância atenuante da confissão espontânea, a qual foi plenamente compensada pela circunstância agravante da reincidência.

Por fim, na terceira fase da dosimetria da pena, inexistiram causas de aumento ou diminuição da reprimenda, tornando-a definitiva.

De fato, não é caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, já que o recorrente é reincidente, não fazendo ao benefício. É imposição expressa da lei a não concessão do benefício diante da presença de tal agravante.

Nesse sentido, o entendimento firmado perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“[...] Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art.33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 6. Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido” (STJ HC 427.620/SP, Rel.

Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, J. 15.03.2018, DJe 20.03.2018) – grifei

Importante ressaltar, ainda, ser totalmente descabido cogitar de *bis in idem* pelo fato de a reincidência ser considerada, num momento, como circunstância agravante para elevar a pena e, em outro, como causa impeditiva do benefício do referido parágrafo 4º, mesmo porque ambos os ensejos decorrem de previsões legais expressas e específicas, endereçadas a finalidades claramente diferentes.

Nesse ritmo, cabe trazer à baila a glosa de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“Reincidência para elevar a pena e impedir o benefício: não há bis in idem, pois são campos diversos, usando-se a mesma circunstância pessoal. [...] Quando se menciona a reincidência como agravante, levando à elevação da pena, pode-se voltar a tratar do mesmo tema em matéria de benefícios penais, tais como a concessão de sursis ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Na individualização da pena, há três estágios. No primeiro, quando se fixa o quantum da pena, há três fases. Portanto, a mesma circunstância não pode incidir duas ou mais vezes para elevar o montante da pena; nada impede que se possa utilizá-la para impedir algum benefício, de que espécie for. Não fosse assim, seria bis in idem levar em conta, por exemplo, a personalidade do acusado para fixar a pena-base e, depois, analisá-la para efeito da escolha do regime de

cumprimento da pena. Mas não há dupla incidência, pois são campos diversos de aplicação da circunstância, que pode, inclusive, ser interpretada de variadas formas. Por isso, a reincidência é elemento para o aumento da pena, mas também serve de fator para ponderar a não concessão do tráfico privilegiado” (Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2013, p. 328) – grifei

Assim, a pena totaliza o montante de 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no mínimo legal permitido, encontrando-se plenamente adequada com as peculiaridades do caso vertente.

Diante do delito praticado pelo acusado, não é caso de imposição de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, uma vez que regime menos gravoso, além de incompatível com a gravidade do delito, seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, o réu praticou o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que é equiparado aos hediondos, gera imensa intranquilidade social e produz efeitos nefastos a usuários e à sociedade, responsável por grande parte dos crimes violentos que ocorrem em nosso país. Se não bastasse, o apelante é, ainda, reincidente.

E nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção

de regime prisional mais brando no caso dos autos.

Outrossim, mostra-se desarrazoada a aplicação do benefício de substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos, eis que, entende-se tal modificação ser incabível e não ser recomendável, pois não preenchido o critério legal previsto no inciso III do artigo 44 do Código Penal. Ademais, a pena fixada é superior a quatro anos e o apelante é reincidente, fatores que vedam a concessão da benesse.

Impende anotar, ainda, que isso não impede que eventual pleito de aplicação do raciocínio previsto no artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal seja formulado em sede de Execução Penal, na qual poderão ser analisadas, se o caso, pretensões de detração da pena e de eventual modificação de regime.

Com efeito, a inovação normativa inserida pela Lei nº 12.736/12, que acresceu o parágrafo 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal, permitindo a aplicação do instituto da detração já no momento da prolação da sentença condenatória pelo juízo de conhecimento, deve ser interpretada sistematicamente com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), bem como com legislação extravagante. Nesse diapasão, o artigo 112 da LEP determina que o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário, requisito essencial para a concessão de progressão de regime prisional.

Nesta toada, frisa-se que a demonstração efetiva dos requisitos supramencionados é encargo probatório do apelante, de tal modo que, não preenchidos os pressupostos legais, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

há como fixar-se regime inicial mais benéfico para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, pelo voto da relatora,
REJEITA-SE A PRELIMINAR ARGUIDA E NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso Defensivo, mantendo-se a r. sentença prolatada, tal como lançada.

FÁTIMA GOMES

Relatora