



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001380

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504692-09.2023.8.26.0536, da Comarca de Cubatão, em que é apelante RAFAEL DA SILVA REIS DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 22.260

Apelação nº 1504692-09.2023.8.26.0536

Comarca: Cubatão

Apelante: Rafael da Silva Reis dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação. Tráfico de drogas e posse ilegal de munições de uso restrito. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria sobejamente comprovadas. Posse de munições. Crime de perigo abstrato. Aplicação do princípio da insignificância inviável. Conduta típica. Condenação mantida. Penas bem dosadas. Regime inicial fechado. Manutenção. Recurso desprovido.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 353/365, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que **Rafael da Silva Reis dos Santos** foi condenado às penas de 12 (doze) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 938 (novecentos e trinta e oito) dias-multa, no piso, porque incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e no artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 69, do Código Penal, sendo-lhe indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, recorre a defesa (fls. 381/391).

Busca a absolvição por insuficiência probatória, destacando contradições nos depoimentos das testemunhas e o conteúdo das câmeras corporais dos agentes públicos, desprovido de áudio. Além disso, pleiteia a aplicação do princípio da insignificância quanto ao crime do artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, ressaltando a ausência

de perigo concreto. Subsidiariamente, busca a redução das basilares ao mínimo legal. Requer os benefícios da justiça gratuita.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 399/408), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu **desprovimento** (fls. 421/426).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não tendo sido aventadas preliminares, passo à análise do mérito.

Conforme a denúncia (fls. 88/93):

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 30 de novembro de 2023, por volta das 10h00, na Avenida Beira Mar, à altura do número 331, mais precisamente no Beco da Borracha, Vila dos Pescadores, nesta cidade e comarca de Cubatão, RAFAEL DA SILVA REIS DOS SANTOS, qualificado às fls. 29, trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 337 (trezentos e trinta e sete) pinos de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme autos de exibição e apreensão de fls. 22/23 e autos de constatação preliminar de fls.10/11.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, RAFAEL DA SILVA REIS DOS SANTOS, qualificado às fls. 29, portava, sem autorização legal, 11 (onze) cartuchos de munição ponto 40, um cartucho de munição 556, um carregador de pistola modelo caracol, além de uma réplica de fuzil AK47 que foram devidamente apreendidos (fls.22/23).”

A materialidade se comprovou pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01 e 09), auto de constatação (fls. 10/11), auto de exibição e apreensão (fls. 22/23), boletim de ocorrência (fls. 25/28), relatório final (fls. 63/65), laudo de exame químico toxicológico (fls. 116/118 e 161/163), laudo pericial da réplica de fuzil AK47 (fls. 157/160), laudo pericial do carregador e cartuchos de arma de fogo (fls. 165/169), laudo pericial da mochila (fls. 191/195) e prova oral colhida.

O **peso líquido** da substância apreendida constou do laudo definitivo: 180,5 gramas de cocaína.

A autoria é indubitosa.

A prova foi assim considerada na r. sentença:

“Ouvida em juízo (mídia à fl. 183), a testemunha Luiz Fernando Calixto Shenki, policial militar, narrou, em suma: que estavam em operação na Vila dos Pescadores; que em datas anteriores tinha havido um confronto na região, pelo que foram designados para realizar operação no local; que quando incursionavam por uma viela, o acusado correu da equipe e entrou em uma habitação; que fizeram contato pela porta; que o réu abriu a porta e autorizou a entrada da equipe; que assim que entraram já foi possível ver a réplica do fuzil em pé, apoiada na parede; que o réu confessou que havia drogas guardadas na casa, em uma mochila; que abriram a mochila, o réu retirou o carregador caracol e localizaram cocaína e as munições; que o réu admitiu que era

responsável pelas drogas e pelo carregador; que o réu admitiu que realizava o tráfico de drogas na comunidade há um certo tempo e que era corriqueiro, mas não se recorda há quanto tempo exatamente; que o réu indicou nomes de indivíduos supostamente envolvidos nos confrontos com a polícia em datas anteriores; que foi apreendido um celular e o réu admitiu que o utilizava para se comunicar com outros indivíduos envolvidos na prática do tráfico; que apreenderam certa quantia em dinheiro; que portavam câmeras corporais por ocasião da operação; que as imagens não são entregues à delegacia, pois vão direto para uma nuvem no sistema; que só são encaminhadas ao delegado caso este solicite; que não conseguiu ver se, quando o réu correu, já estava com a mochila; que os policiais que realizaram a operação não acompanharam o réu em audiência de custódia; que o réu falou por ocasião da abordagem e já ali o réu admitiu a prática dos delitos; que se requererem as imagens estas vão confirmar tudo que o depoente falou em juízo; que o dinheiro apreendido estava fracionado, em notas pequenas, somando aproximadamente duzentos reais. Seu depoimento, portanto, corroborou e complementou aquilo que dissera na fase inquisitorial (fls. 07/08).

Ouvida em juízo (mídia à fl. 183), a testemunha Sérgio Odonez Martinez Júnior, policial militar, narrou, em suma: que não conhecia previamente o réu; que se recorda pouco da ocorrência; que lembra que havia uma réplica de um fuzil, um carregador de caracol, munições e drogas; que o réu estava em uma residência, em um barraco; que estava em operação na comunidade, viram a porta entreaberta e, salvo engano, visualizaram o fuzil encostado na parede; que não tem certeza

se a porta estava aberta, não se recorda muito; que não se recorda exatamente de ter visto o réu; que não se recorda muito bem da ocorrência, mas lembra de ter encontrado esses materiais; que salvo engano havia maconha e cocaína, mas não se recorda a quantidade; que as drogas e o carregador estavam dentro de uma mochila; que não lembra o que o acusado falou no momento; que salvo engano portavam câmeras corporais; que na ocasião estavam em operação; que não havia ordem específica para prender o réu; que não sabe se a casa onde estavam as drogas era monitorada; que não lembra o que foi perguntado ao réu; que não lembra se os policiais advertiram o réu do direito ao silêncio, mas que sempre advertem. Seu depoimento, portanto, corroborou e complementou aquilo que dissera na fase inquisitorial (fls. 05/06).

Interrogado na fase inquisitorial (fls. 16/17), o réu disse que: “é viciado em maconha sintética, conhecida como K2, atuando como olheiro nos locais de tráfico e quando foi detido estava apenas com a réplica de fuzil e as munições. Mora sozinho e não o conhece quem o contrata para ser olheiro, recebendo R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por semana. Se soubesse não falaria pois teme por sua vida”.

Interrogado em juízo (fls. 264/265), o réu afirmou em síntese: que tem 28 anos; que, antes de ser preso, morava na Vila dos Pescadores, na Rua Beira Mar, em Cubatão; que morava sozinho; que é solteiro; que tem uma filha de quatro anos, que mora com a mãe e não tem deficiência; que estudou até o 3º ano do ensino médio; que é eletricitista, instalador e montador de andaime; que fazia dois meses e alguns dias que estava desempregado; que, antes disso, trabalhava com

CTPS assinada; que estava se mantendo nesses dois meses fazendo tatuagens; que já foi preso por porte de arma; que teve que pagar multa, prestar serviços comunitários e “assinar”; que, à época, dos fatos já havia cumprido a pena inteira; que, no dia dos fatos, os policiais arrombaram sua residência; que o réu estava dormindo, levantou para ver o que estava acontecendo; que os policiais perguntaram se havia algo de ilícito na residência; que o depoente disse que a única coisa ilícita que possuía era a réplica de fuzil; que em sua casa havia ainda uma cápsula de munição de fuzil, que o réu achou na rua e levou para casa por achá-la bonita; que comprou a réplica de fuzil pois praticava airsoft; que a única munição encontrada em sua residência já estava deflagrada; que o depoente não guardava droga nenhuma, tampouco os demais objetos descritos na denúncia; que os policiais o ameaçaram, perguntando sobre um tal de “japonês” e o depoente disse que não sabia sobre ele; que os policiais pisaram no pescoço do depoente; que um dos policiais falou “vamo levar”, “vamo levar”; que pararam em frente à uma escola, penduraram a réplica do fuzil em seu pescoço e tiraram uma foto; que os policiais disseram que, como o depoente não tinha nada para “dar para eles”, iriam levá-lo para a delegacia; que na delegacia o depoente falou que não tinha droga nenhuma; que forjaram a situação; que não conhecia os policiais que entraram em sua casa; que praticava tiro de airsoft na Combat Armas, perto da Miguel Couto, mas não sabe se o lugar ainda existe.

[...]

As imagens de câmeras corporais existentes e disponibilizadas

exibem claramente um policial militar conversando com o réu, que estava em pé à porta, e não deitado dormindo, como narrou em juízo. Disse ainda a testemunha Luiz Fernando que, assim que entraram, foi possível ver a réplica de fuzil em pé, apoiada em uma parede, ocasião em que o próprio réu confessou manter drogas em sua residência, tendo ainda sido encontradas munições e um carregador.

Por outro lado, o policial Sérgio, embora com memória menos detalhada dos fatos - o que se justifica em razão do grande número de ocorrências a que atende diariamente e é próprio da natureza da prova oral - recordou-se de ter visto a porta entreaberta, o que é compatível com a narrativa do policial Luiz Fernando de que fizeram contato com o réu à porta do barraco e é igualmente compatível com a gravação da câmera corporal juntada à fl. 316, que mostra o agente público e o réu conversando à porta.

Friso que as imagens de câmeras corporais existentes e disponibilizadas exibem claramente um policial militar conversando com o réu, que estava em pé à porta, e não deitado dormindo, como narrou em juízo. A prova oral e as imagens da câmera corporal confirmam a versão dos policiais, que não teriam qualquer motivo para prejudicar injustamente um inocente, e refutam a versão do réu, que ademais, como se verá, é, objetivamente falando, pouco crível.

[...]

Em nenhum momento, durante toda a gravação disponibilizada, os policiais agridem o réu, como por ele alegado em juízo. Pode-se constatar, sim, uma conversa mais exaltada em alguns momentos, o que

é completamente compreensível diante da situação de estresse, em meio a uma operação policial, em local perigoso às forças de segurança pública, tanto que, dias antes, uma criança fora baleada em confronto com criminosos no local.

A defesa alega, ainda, que um dos policiais aparece saindo de outro cômodo, nos fundos da casa, já com a mochila na mão, insinuando que o flagrante teria sido forjado. No entanto, o que se vê nas imagens é que a mochila já estava em cima da cadeira quando os policiais adentraram na residência. Depois de conversar com o acusado, um dos policiais tira a mochila de cima da cadeira e a coloca em cima da mesa para averiguar o que havia ali dentro. De acordo com os depoimentos dos dois policiais, o próprio réu teria dito “que havia drogas guardadas na casa, em uma mochila” (mídia à fl. 183).”

Pois bem.

Pese a irresignação, a condenação do acusado pelos crimes dos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 era mesmo de prevalecer, pois robusta prova azealhada em seu desfavor.

De início, ressalto que pequenas incongruências nos depoimentos dos policiais militares são comuns ante o decurso do tempo e a quantidade de ocorrências atendidas cotidianamente, sendo certo que suas declarações se mostraram compatíveis nos seus aspectos fulcrais.

Nesses termos, na fase extrajudicial, os agentes públicos assim descreveram os fatos (fls. 06/08):

“QUE estava com outros policiais militares, com a viatura E02220, participando da operação denominada OPERAÇÃO Impacto, objetivando a repressão aos mais diversos crimes. Que, se dirigiram até esta cidade de Cubatão/SP, mais especificamente na Vila dos Pescadores. Após adentrarem no local, após incursão a pé, quando na Rua Beira Mar, beco da Borracha, número 331, quando puderam visualizar o indivíduo aqui presente, identificando-o como a pessoa de RAFAEL DA SILVA REIS DOS SANTOS, adentrar em um barraco existente no local dos fatos. Em seguida o autuado fechou a porta repentinamente, fazendo com o depoente e demais policiais estranhassem tal atitude. De imediato, dirigiram-se ao autuado, vindo a abordá-lo, quando este disse: perdi, perdi, e de imediato informou que o "BO", estava na mochila. Ato contínuo, o depoente e demais policiais ao abrirem tal mochila puderam localizar 337 pinos de cocaína, 11 cartuchos de munição ponto 40, um cartucho de munição 556, um carregador de pistola modelo caracol e a quantia de R\$ 159,00 (cento e cinquenta e nove reais). Em seguida após uma vistoria no interior do barraco puderam localizar uma réplica de fuzil tipo AK 47 e o aparelho celular Samsung. Que, indagado, o autuado aqui presente, este confessou que praticava o tráfico de entorpecente e que utilizava de seu aparelho celular para se comunicar com outros traficantes do bairro Vila dos Pescadores e ainda informava para outros traficantes sobre a entrada de viaturas policiais no interior da comunidade, atuando como olheiro. Que, o autuado informou ainda que estava envolvido no

confronto entre policiais militares e traficantes ocorrido no dia 28/11/2023 e que este ainda teria visualizado que o indivíduo de vulgo "MACAMBIRA" ou "MACA", efetuou os disparos que atingiram uma criança no interior da comunidade. Por tudo isto, foi detido o indiciado RAFAEL DA SILVA REIS DOS SANTOS, que juntamente com o material discriminado em auto próprio foram apresentados nesta distrital à apreciação da Autoridade Policial."

Em juízo, o policial militar Luiz Fernando ratificou tais declarações, dando conta da prática delitiva pelo acusado. Estavam em uma operação na Comunidade dos Pescadores, onde ocorreu, dias antes, um confronto entre criminosos e policiais, resultando no ferimento de uma criança. Incursionaram em "vielas", tratando-se de local com histórico de confrontos e criminosos armados. Viram um indivíduo correr e adentrar uma habitação, para onde rumaram de imediato. Fizeram contato com o réu à porta, tendo ele autorizado a entrada. No imóvel, viram a réplica de fuzil apoiada na parede e, em entrevista, o acusado confirmou que havia drogas e material ilícito na casa, indicando-lhes uma mochila. Dentro da mochila havia um carregador caracol, munições e as porções de cocaína. Ele admitiu a responsabilidade pelos objetos, bem como que realizava a traficância na comunidade. Apreenderam um aparelho celular no interior da habitação e, segundo o réu, era utilizado para comunicar-se com outros traficantes. Também encontraram certa quantia em espécie, em torno de cem ou duzentos reais, em notas fracionadas. Portavam câmeras corporais, elucidando que as imagens não são entregues na delegacia, indo direto para a "nuvem" (mídia - fl. 183).

Basta consulta à mídia da audiência para se verificar que o agente público narrou os fatos com segurança e convicção, tudo de forma pormenorizada e em consonância com suas declarações extrajudiciais, não havendo quaisquer razões para descrédito. Nesses termos, a defesa nada trouxe a infirmar os seus firmes depoimentos, inexistindo indícios mínimos de uma falsa incriminação, como se quer fazer crer.

Conquanto a testemunha Sérgio, ouvido na audiência em continuação, não tenha se recordado dos detalhes da ocorrência - fato bastante compreensível ante o decurso do tempo e o número de ocorrências semelhantes atendidas pela Polícia Militar - confirmou a apreensão de uma mochila com drogas, carregador do tipo caracol e munições na residência do acusado, onde também havia uma réplica de fuzil (mídia – fl. 335).

Conforme posicionamento firmado nos Tribunais Superiores, o testemunho de agentes públicos (policiais civis, militares e guardas municipais), além de gozarem de fé pública, deve ser valorado como qualquer outro depoimento, estando sua admissão condicionada à prudente apreciação de seu conteúdo e cotejo com os demais elementos probatórios inseridos no processo penal.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL.
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DILIGÊNCIA*

*REALIZADA NO DOMICÍLIO DO AGRAVANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. FUNDADAS RAZÕES. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ENTORPECENTES DISPENSADOS PELO SUSPEITO ANTES DA ABORDAGEM POLICIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. **PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO.** REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. (...) **3. A jurisprudência desta Corte é firmada no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso"** (HC n. 477.171/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). (...) **5.** Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1770014/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020).*

Anoto que as imagens das câmeras corporais não desmentem os depoimentos dos agentes públicos. Ao revés, é possível vê-los chegando e mantendo contato com o acusado à porta, tal como alegado sob o crivo das partes. A mochila já estava sobre a cadeira quando da chegada dos policiais militares (02min25s) e não ocorreu nenhuma agressão, ao contrário do que afirma o apelante.

Desse modo, a gravação disponibilizada à fl. 316 apenas reforça a prova oral colhida em juízo, incriminando sobremaneira o acusado. A ausência de áudio na referida mídia é fato irrelevante, eis que o necessário para a formação do juízo de convicção do julgador encontra-se registrado em vídeo e foi confirmado sob o crivo do contraditório.

Aliás, nada indica que foram os policiais militares quem retiraram o áudio das gravações, mesmo porque, conforme explicado na

audiência, estas são automaticamente encaminhadas para a “nuvem” e ali permanecem para o caso de eventual solicitação das autoridades.

Tampouco se evidenciou indevida manipulação das imagens durante a diligência, como se alega, mormente porque as câmeras ficam acopladas aos uniformes dos agentes públicos e, evidentemente, não captam todos os pormenores do local dos fatos, acompanhando os movimentos dos policiais militares.

Acrescento ser bastante conveniente ao réu admitir apenas a posse da réplica do fuzil e de uma cápsula deflagrada, como bem constou na r. sentença. Entretanto, sua versão mostrou-se totalmente isolada nos autos, não havendo motivos para uma falsa incriminação, muito menos evidências nesse sentido.

A quantidade de droga apreendida, superior a 180 gramas de cocaína, fracionada em quase 340 porções, impossibilita desfecho outro que não a condenação pelo tráfico de drogas, pois evidente a finalidade de entrega ao consumo de terceiros.

Ademais, foram apreendidos e periciados uma réplica de fuzil, um cartucho de munição de fuzil 556 (deflagrado), um carregador cilíndrico de pistola .40 (inoperante) e **11 cartuchos de munição .40 íntegros e aptos para a realização de disparos** (fls. 165/169).

No mais, não há se falar em atipicidade da conduta por ausência de lesividade, pois o delito de posse ilegal de munição é crime de perigo

abstrato, de sorte que se dispensa a demonstração de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado. Basta, assim, a simples posse das munições, tal como ocorreu no caso em exame.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE MUNIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA POSSE DE MUNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MINORANTE DO ART. 33, §4 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consoante anteriormente explicitado, de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com o porte de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo. Por esses motivos, via de regra, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição (HC 391.736/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017; HC 393.617/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 20/6/2017). 2. Não obstante, vale lembrar, no ponto, que esta Corte acompanhou a nova diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que passou a admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese da posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento hábil a deflagrá-la. Saliente-se, contudo, que, para que exista, de fato, a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, deve-se examinar o caso concreto, afastando-se o critério meramente matemático. 3. No caso em apreço, verifica-se que a munição foi apreendida em contexto de investigação do envolvimento do réu com tráfico de drogas, tanto assim que o paciente, de fato, foi condenado por tráfico de entorpecentes. Nesse contexto, descabida a flexibilização do entendimento consolidado desta

Corte, já que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância, máxime o reduzido grau de reprovabilidade da conduta (STF, HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004). 4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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 integrem organizações criminosas. 5. In casu, a Corte de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado, por entender que as circunstâncias fáticas do crime denotam a habitualidade delitiva do paciente, pois foi apreendido caderno com anotações referentes ao tráfico, demonstrando que ele realizava o comércio ilícito com regularidade, não se tratando de um episódio isolado em sua vida. Assim, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 814.415/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 16/6/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE MATERIAL EVIDENCIADA. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÕES. DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. DELITO NÃO PRATICADO NO CONTEXTO DE OUTRO CRIME. RÉU PRIMÁRIO QUE NÃO OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. VIDA PREGRESSA DELITUOSA NÃO CONFIGURADA. OFENSA À INCOLUMIDADE PÚBLICA. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que "o crime de posse ou porte irregular de munição de uso permitido, independentemente da quantidade, e ainda que desacompanhada da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto de lesão,

não havendo que se falar em atipicidade material da conduta"
(AgRg no RHC n. 86.862/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 28/2/2018). Assim, via de regra, inaplicável, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida. 2. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de quantidade pequena de munição de uso permitido, desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC n. 143.449/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9/10/2017; HC n. 154390, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 7/5/2018). 3. Alinhando-se ao entendimento do STF, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior passaram a admitir o reconhecimento da atipicidade da conduta perpetrada por agente, pela incidência do princípio da insignificância, nas hipóteses de ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Precedentes. 4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que "para que exista, de fato, a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, deve-se examinar o caso concreto, afastando-se o critério meramente matemático" (AgRg no HC 554.858/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 12/5/2020, DJe 18/5/2020), de forma que deve ser considerado todo o contexto fático no qual houve a apreensão da munição, a indicar a patente ausência de lesividade jurídica ao bem tutelado. 5. Na hipótese, consta do acórdão recorrido que "o denunciando portou e transportou 16 (dezesseis) cartuchos de munição intactos, calibre .20, marca CBC, [...] de uso permitido". Embora a inicial acusatória mencione a apreensão dos cartuchos em local conhecido pelo intenso tráfico de drogas, nenhum outro crime foi imputado ao agravante, não havendo notícia de que as munições apreendidas fossem dirigidas ao tráfico de drogas. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.271.395/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 29/5/2023.)

No mais, não há como acolher o pedido de absolvição por atipicidade material mediante aplicação do princípio da insignificância. Isso porque, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, o

princípio vem sendo aplicado, de forma excepcionalíssima, a depender das circunstâncias do caso concreto, na hipótese de posse de pequena quantidade de munição e com a observância de quatro vetores, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso dos autos não se verificam esses vetores.

Ainda que não tenha sido apreendida arma de fogo em conjunto, houve a apreensão de **11 munições intactas e aptas à realização de disparos**, quantidade que se mostra penalmente relevante, mormente diante das circunstâncias da sua apreensão, em conjunto com drogas em considerável quantidade, cápsula deflagrada, carregador do tipo caracol e réplica de fuzil.

Mantém-se, pois, a escorreita condenação.

Passo à análise das penas.

Assim constou na r. sentença:

“O preceito secundário do tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 prevê como pena “reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

Na primeira fase da dosimetria, merece destaque a natureza da droga apreendida em poder do réu (vetor preponderante, conforme art. 42 da Lei nº 11.343/2006). Segundo consta, foram apreendidas

337 porções de cocaína, num total de 180,5 gramas líquidas, o que é suficiente para atingir quantidade elevada de usuários, dado que cada "carreirinha" de cocaína pesa poucos miligramas, cuidando-se de substância particularmente deletéria à saúde humana, dotada que é de elevado potencial viciante. Diferentemente daquele que trafica apenas droga menos nociva (a exemplo da maconha), o agente que comercializa cocaína vulnera de forma mais intensa a saúde pública, bem jurídico protegido pelo tipo, o que deve ensejar reprimenda mais dura, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena.

Ainda no que toca as circunstâncias judiciais, a culpabilidade do acusado é também particularmente elevada, pois se encontrava em pleno cumprimento de pena por outro delito quando da prática deste novo crime (Execução da Pena nº 0003747-11.2019.8.26.0157). Conforme certidão de antecedentes (fls. 37/38) a execução da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, de 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias, se iniciou em 16/09/2022, logo, à época dos fatos objeto desta ação (30/11/2023), o réu ainda estava em cumprimento de pena, a denotar que a reprovabilidade de sua conduta é maior.

Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça que a prática do crime enquanto o agente está “em pleno cumprimento de pena privativa de liberdade por outro crime denota maior desvalor da conduta do agravante e configura motivação válida para exasperar a pena-base” (STJ, AgRg no HC n. 752.992/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023).

As demais circunstâncias judiciais são neutras ou ínsitas ao tipo penal.

Tendo em conta a diferença entre a pena mínima e a pena máxima abstratamente previstas no preceito secundário do tipo penal em referência, em respeito ao princípio da individualização da pena e a fim de evitar distorções na dosimetria e violação ao princípio da proporcionalidade, na dimensão de proibição de proteção insuficiente, hei por bem majorar a pena em 1/8 do intervalo entre esses limites para cada circunstância judicial negativa. Nesse sentido, o entendimento consolidado de ambas as Turmas com competência criminal do Superior Tribunal de Justiça (destaques

meus) [...]

Assim, ante a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais (quantidade da droga e culpabilidade do agente), exaspero a pena mínima em 2/8 do intervalo entre esta e a pena máxima abstratamente cominada ao delito, pelo que fixo a pena-base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, ausentes atenuantes. Presente, porém, a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), ante a condenação criminal pelo delito do art. 16, caput, da Lei. 10.826/2003, sofrida nos autos nº 15002945-34.2017.8.26.0536, que tramitaram perante a 3ª Vara Judicial de Cubatão, com início do cumprimento da pena em 16/09/2022 (fls. 37/38).

Pelo exposto, exaspero a pena-base em 1/6, chegando à pena intermediária de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa.

Na terceira fase, não há minorantes ou agravantes a serem consideradas. Registro que o réu não faz jus à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando que é reincidente (fls. 37/38), o que afasta o privilégio referido (“desde que o agente seja primário [...]” art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006).

Assim, torno definitivas, para o delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, as penas em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, estes pelo mínimo unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente na época dos fatos, corrigido monetariamente desde então, considerando a ausência de maiores elementos acerca da capacidade econômica do réu.

O preceito secundário do tipo penal previsto no art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003 prevê como pena “reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”.

Na primeira fase da dosimetria da pena, a culpabilidade do acusado é também particularmente elevada, pois se encontrava em pleno cumprimento de pena por outro delito quando da prática deste novo

crime, como já exposto acima. As demais circunstâncias judiciais são neutras ou ínsitas ao tipo penal em referência.

Assim, ante a valoração negativa de uma circunstância judicial (culpabilidade), exaspero as penas mínimas em 1/8 do intervalo entre esta e a pena máxima abstratamente cominada ao delito, pelo que fixo as penas-base em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, ausente atenuantes, já que o réu confessou somente a posse do rifle de Airsoft e da munição de fuzil percutido, negando a posse dos 11 (onze) cartuchos de munição calibre .40 (S&W).

Presente, contudo, a agravante da reincidência (fls. 37/38), como já exposto, pelo que exaspero a pena-base em 1/6, chegando a pena intermediária de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 07 (sete) dias e o pagamento de 63 dias-multa.

Na terceira fase, não há minorantes ou atenuantes a serem consideradas, pelo que torno definitivas, para o delito do art. 16, caput, da Lei 10.826/2003, as penas de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 07 (sete) dias e o pagamento de 63 dias-multa, estes pelo mínimo unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente na época dos fatos, corrigido monetariamente desde então, considerando a ausência de maiores elementos acerca da capacidade econômica do réu.

Considerando-se que os delitos foram praticados em concurso material, em observância ao art. 69 do Código Penal, somo as penas aplicadas aos delitos do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e do art. 16, caput, da Lei 10.826/2003 chegando às penas finais e definitivas de 12 (doze) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão e pagamento de 938 dias-multa, estes pelo mínimo unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente na época dos fatos, corrigido monetariamente desde então, considerando a ausência de maiores elementos acerca da capacidade econômica do réu.

Considerando o quantum da pena aplicada e a reincidência do réu, o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, nos termos no art. 33, caput e §§ 2º e 3º, do Código Penal.

As penas aplicadas se mostram irrepreensíveis.

Registra-se que a utilização da quantidade de droga apreendida como fundamento para exasperar a pena-base não revela qualquer irregularidade. Ao contrário, a quantidade e a natureza das substâncias ilícitas devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria, como prescreve o artigo 42 da Lei de Regência.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DEVIDA. CABÍVEL O REGIME MAIS GRAVOSO E INVIÁVEL SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Jurisdição ordinária sopesou negativamente a quantidade da droga apreendida para exasperar a pena-base da Acusada, o que está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que, "[d]e acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal [...]" (HC 437.745/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019). 2. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, mostra-se cabível a fixação do regime inicial mais gravoso, bem como não se recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 820.675/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.)

In casu, foram apreendidas 337 porções de cocaína com peso líquido superior a 180 gramas, quantidade que destoa do usual, principalmente se considerada em conjunto com a sua natureza, o que não pode ser desconsiderado nesta etapa do cálculo.

Ademais, conforme consta, o réu estava em cumprimento de pena à época dos fatos, circunstância reprovável que enseja acréscimo nas basilares. Segundo entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PENA-BASE. CULPABILIDADE. AGENTE QUE PRATICA O CRIME DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Esta Corte Superior tem entendido que embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes opostos em razão de decisão monocrática devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal. 2. Na espécie, foram utilizados fundamentos idôneos para negatar a circunstância judicial da culpabilidade, **considerando que o crime foi cometido enquanto o recorrente cumpria pena por delitos anteriores, o que justifica a elevação da pena-base, em razão da reprovabilidade da conduta e do menosprezo às decisões judiciais**. Precedentes. 3. Nos termos do entendimento desta Corte "A valoração negativa da culpabilidade fundada na maior reprovabilidade do comportamento do agente em razão de o delito ter sido cometido enquanto cumpria pena pela prática de crime anterior não configura bis in idem quando reconhecida a reincidência, que se refere a acréscimo objetivo operado apenas em função da existência de condenação definitiva anterior (AgRg no HC 639.218/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021). 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no HC n. 723.071/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022.).

Observe, ainda, que em relação ao patamar de acréscimo da basilar, o Magistrado sentenciante utilizou a operação que leva em consideração a diferença entre o mínimo e o máximo da reprimenda

prevista no preceito secundário do tipo penal, a qual deve ser utilizada exclusivamente para se definir o *quantum* correspondente a cada circunstância judicial desfavorável a ser acrescentada à pena mínima e não sobre o intervalo encontrado.

No caso do crime em comento, esse intervalo corresponde a 10 anos (pena mínima de 05 e máxima de 15 anos). Dividindo-se 10 anos por oito circunstâncias judiciais, o acréscimo é estabelecido em 01 ano e 03 meses para cada uma delas que seja desfavorável ao réu. Da mesma forma, em relação à pena de multa (pena mínima de 500 e máxima de 1.500 dias-multa), de modo que o aumento corresponde a 125 dias-multa.

Neste sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE, EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 5. A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade, devendo o julgador pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. 6. **Considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência e passaram a reconhecer como critérios ideais para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador**, ou de 1/6, a incidir sobre a pena mínima (AgRg no HC n. 800.983/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023.). Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça majorou a

pena-base em 1 ano e 6 meses, em atenção à negatização dos antecedentes e das circunstâncias do delito, **não podendo se falar em desproporcionalidade ou ofensa a razoabilidade, uma vez que corresponde a 1/8 sobre o intervalo da pena abstratamente estabelecida no preceito secundário do tipo para cada circunstância judicial negativa, o que se encontra no mesmo sentido jurisprudência desta Corte Superior.** 8. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.324.309/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 29/9/2023.)

Destarte, havendo a valoração de **duas** circunstâncias judiciais desfavoráveis e aplicados os parâmetros acima expostos, a pena-base resulta em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no piso, o que fica mantido.

Na segunda fase, a comprovada reincidência (fls. 37/38 - crime do artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, com trânsito em julgado para a defesa em 05/08/2019) ensejou aumento em mais 1/6 (um sexto), resultando em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, ora mantidos.

Não era mesmo o caso de se conceder o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em se tratando de réu reincidente, óbice legal à obtenção do benefício.

Em relação ao crime do artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, a pena-base foi acrescida de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, tendo em vista a prática do delito durante o cumprimento de pena (aliás, pelo mesmo crime). Reitero que se trata de circunstância reprovável e que demonstra

o menosprezo do acusado para com a justiça e as instituições, nos termos supramencionados, motivo pelo qual o acréscimo fica mantido.

Na segunda fase, a agravante da reincidência (fls. 37/38) ensejou aumento em mais 1/6 (um sexto). Ausentes outras causas modificativas, a pena resultou em 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além do pagamento de 63 (sessenta e três) dias-multa, no piso.

Bem reconhecido o concurso material, nos termos do artigo 69 do Código Penal, somam-se as reprimendas impostas, perfazendo a sanção definitiva de **12 (doze) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão e o pagamento de 938 (novecentos e trinta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

O **regime inicial fechado** era o único cabível diante da pena aplicada, superior a oito anos de reclusão, bem como das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da nódoa recidiva, consoante artigo 33, § 2º, alínea “a” e § 3º, do Código Penal.

No que concerne à hipossuficiência econômica em relação ao pagamento das custas processuais, o apelante poderá pleitear a Justiça Gratuita na fase de execução da sentença. Nessa ocasião, quando o réu for chamado para satisfazer a obrigação, é que deverá demonstrar ao Magistrado suas condições financeiras e postular eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas, observado que decorrem de expressa disposição do art. 804 do Código de Processo Penal. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE INCÊNDIO. ART. 250, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "B", DO CP. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DESPESAS PROCESSUAIS. SUSPENSÃO. EXIGIBILIDADE. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...). 2. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções (AgRg no AREsp n. 1371623/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 30/4/2019). 3. Não é possível em recurso especial analisar o pedido de justiça gratuita que visa suspender, desde já, a exigibilidade do pagamento das despesas processuais, uma vez que o momento adequado de verificação da miserabilidade do condenado, para tal finalidade, é na fase de execução, diante da possibilidade de alteração financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório (AgRg no REsp 1699679/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 6/0/2019, DJe 13/8/2019). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1601324/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Relator