



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001579

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504556-12.2023.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante CLAUDIONOR JESUS DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **“Afastaram a preliminar arguida e, negaram provimento ao recurso interposto por Claudionor Jesus dos Santo, mantendo-se, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.”**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

**Apelação Criminal n.º1504556-12.2023.8.26.0536 Comarca de Santos
- 5ª Vara Criminal**

Apelante: Claudionor Jesus dos Santos

Apelado: Ministério Público

TJSP – 12ª. Câmara Criminal

Voto n.º50767

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES DE DROGAS – RECURSO DA DEFESA- PRELIMINAR – INVASÃO DOMICILIAR - Não há nulidade por violação de domicílio quando a polícia adentra à casa de terceiros, acusado, diante de fundadas razões e de situação de flagrante delito.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA –IMPOSSIBILIDADE – Demonstradas satisfatoriamente a autoria e a materialidade do crime de tráfico de entorpecente, de se manter a condenação do agente, decretada em primeiro grau.

REDUÇÃO PENA-BASE – INVIABILIDADE – Devidamente valoradas - **MAUS ANTECEDENTES** – Devidamente configurado.

CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME – Durante a prática delitiva ele invadiu uma residência, colocando em risco a segurança e vida dos moradores do local.

QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS - A circunstância judicial culpabilidade é desfavorável se a quantidade de drogas apreendidas não for desprezível e a natureza e a variedade da droga justificam o aumento da pena base (precedentes do STJ).

RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO – ART.545 DO STJ – IMPOSSIBILIDADE - Não se pode reconhecer a ocorrência de confissão espontânea. No caso concreto, o apelante não confessou formalmente os fatos em hipótese alguma. Perante a d. autoridade policial, nada disse. Em juízo, negou autoria do delito.

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - PROVAS QUE INDICA A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA

– Apreensão de armamento, além de R\$934,00 em dinheiro, uma balança de precisão, um rádio comunicador HT, um telefone e duas cadernetas com anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas, circunstância que vem sendo ponderada pela jurisprudência como um critério objetivo a ser utilizado para impedir a aplicação do benefício da causa de diminuição prevista no artigo 33, 4º, da lei antidrogas, por se tratar de uma circunstância que revelaria a dedicação do agente a atividades criminosas.

ALTERAÇÃO DO REGIME – **INVIABILIDADE.** De rigor a fixação do regime fechado para inicial cumprimento da pena se as circunstâncias do caso concreto, tamanha a quantidade de droga apreendida, qualquer outro regime não se mostraria recomendável.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA - A substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos é inviável quando não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Recurso improvido.

Vistos.

1 - Trata-se de apelação interposta por

Claudionor Jesus dos Santos contra a r. sentença datada de 23 de outubro de 2024, prolatada pelo MM. Juiz da 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso IV, ambos da Lei 11343/06, e o condeno a cumprir sete anos, três meses e quinze dias de reclusão em regime inicial fechado e a pagar 729 dias-multa (fls.438/447).

A defesa em suas razões, requer preliminarmente, requer que todas as provas colhidas na diligência policial sejam reconhecidas ilegais, por força dos Artigos 5º, inciso LVI, da CF e 157 do CPP, além da teoria dos frutos da árvore envenenada, com a consequente absolvição do apelante, com fulcro no Artigo 386, inciso VII do CPP, no mérito, a e absolvição do apelante, com fulcro no Artigo 386, inciso VII do CPP, com a reforma da sentença condenatória, subsidiariamente, postula p reconhecimento da confissão, em homenagem a Súmula 545 do STJ, aplicação em favor do apelante, da benesse prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06, a consequente fixação de regime inicial diferente do fechado, para fins de cumprimento da pena (fls.484/492).

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu pela manutenção da decisão (fls.497/503).

D. Procuradoria Geral de Justiça, pelo improvimento do recurso (fls.516/531).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Da preliminar arguida.

Do reconhecimento da nulidade das provas obtidas em razão de alegado ingresso irregular em domicílio.

Como cediço, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IX, autoriza a violação de domicílio em situações excepcionais, entre elas, quando em caso de flagrante delito.

Sobre o tema, relembro que o c. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recursp Extraordinário nº 603.616/RO, **com Repercussão Geral reconhecida** (Tema nº 280), estabeleceu a interpretação de que *“a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”* (RE XXXXX, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, REPERCUSSÃO GERAL).

Durante aquele julgamento, os Ministros da Suprema Corte debateram acerca do anonimato, concluindo que essa figura, embora necessária e relevante para o noticiamento de crimes, não possui valor persuasivo suficiente para fins de formação do que se entende por essas sobreditas *“fundadas razões”*.

Outrossim, insta salientar que não desconheço a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser necessária a prova da voluntariedade do consentimento do morador, devendo a operação ser registrada em áudio e vídeo, consoante julgado abaixo transcrito:

“A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em

caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada a prova enquanto durar o processo. STJ. 6ª Turma. HC XXXXX/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/03/2021 (Info 687).

Entrementes, é de se pontuar que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, não se exigindo a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso de policiais na residência de investigados ou mesmo de autorização de proprietário do imóvel, porquanto as autoridades policiais têm o dever de reprimir e de fazer cessar as atividades criminosas, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Nessa vertente, é firme a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em que pese o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu *domicílio*, tal direito não é absoluto, porquanto, *"tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida"*. (HC XXXXX/PO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015).

O Superior Tribunal de Justiça assenta, ainda,

que “O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, **especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo.** Afere-se a justa causa para o ingresso forçado em domicílio mediante a análise objetiva e satisfatória do contexto fático anterior à invasão, considerando-se a existência ou não de indícios mínimos de situação de flagrante no interior da residência”. (AgRg no HC XXXXX/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021).

1. “HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE REJEITADA. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO. IDONEIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. PETRECHOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. Rejeitada a preliminar de nulidade da prisão em flagrante, ao argumento de ausência de mandado judicial e

invasão de domicílio. O tráfico de drogas é um crime permanente e a situação de flagrância consubstancia-se como excepcional causa que admite a mitigação da garantia individual de inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal.” (STJ, HC 540823/SP, 5ª T, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/02/2020).

Nos casos de crime, o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revelará legítimo quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, quando indicarem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Assim, a entrada em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, segundo a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, de justa causa, compreendida como o contexto fático anterior à invasão que permita à conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência e de controle judicial posterior da ação policial, consistente na apuração da justa causa, tudo com o fim de garantir a adequada mitigação do direito fundamental à intimidade.

Delimitadas tais diretrizes, passo ao exame da atuação dos policiais no caso e, sobre esta, tenho que o contexto fático anterior os legitimou a ingressarem na residência, sem ordem judicial, porquanto o acusado tenha sido detido nas dependências de uma casa, a casa pertencia a terceiros e não ao imputado, que adentrou no local à revelia da vontade e do conhecimento dos moradores do local.

O acusado havia sido visto armado, invadindo uma residência. Ele praticava pelo menos dois delitos, o porte de arma e a violação de domicílio. Era de se prever que a conduta desandasse em

violência contra os moradores.

Apesar dos argumentos defensivos, os residentes, que estão identificados no BOPM (fl. 262), no dizer dos policiais, autorizaram ingresso na moradia. O informe dos militares merece crédito. Nas imagens das câmeras corporais, Alessandro, em nenhum momento, questiona a entrada dos policiais. Pelo contrário, dialoga com eles polidamente, ao mesmo tempo em que é tratado com todo respeito.

Conquanto o acusado tenha sido detido nas dependências de uma casa, a casa pertencia a terceiros e não ao imputado, que adentrou no local à revelia da vontade e do conhecimento dos moradores do local.

As gravações das câmeras corporais dos policiais militares não deixam dúvidas a esse respeito, fato que se pode depreender até mesmo da interação dos militares com os moradores do local. As gravações indicam que, inclusive, o acusado nem sequer era conhecido dos moradores do imóvel.

Observa-se que o ingresso domiciliar não se deu ao arrepio da legalidade, mas foi resultado de perseguição e abordagem do acusado, que notoriamente envolvia ilícitos, dentre eles o tráfico de drogas. Assim, diante dos fortes indícios do delito de tráfico de drogas, configura-se a existência de fundadas razões para as autoridades policiais crerem que estavam na presença da prática flagrante de um crime permanente, que, consoante o art. 5º, XI, da CF/88, e o entendimento do STF esposado no Tema de Repercussão Geral 280, é circunstância que permite a invasão domiciliar sem mandado judicial.

Diante da invasão armada a uma residência familiar, os policiais, deveriam efetivamente prestar socorro aos moradores, pois temendo que o réu, estivesse praticando violência ou grave ameaça contra os moradores, forçaram o portão. Aliás, uma moradora, de nome Maria, surgiu, explicaram o que ocorria, ela imediatamente lhes abriu o portão e permitiu que eles avançassem até o fundo do terreno e olhassem a casa. Os militares perceberam que o imóvel comportava duas casas. Maria esclareceu que seu irmão Alessandro residia na moradia contígua. Os policiais bateram à porta de Alessandro. Ele demorou um pouco para abrir, pois dormia. Informado do que se passava, ele liberou a entrada dos policiais. No quintal dos fundos, em um banheiro destacado da casa, os policiais encontraram o réu. Ao lado dele, a mochila vista momentos antes.

Ademais, também não se pode perder de vista a difícil e complicada realidade social brasileira, quanto ao crescente aumento da violência urbana, sujeitando as forças policiais a tomarem decisões urgentes no desempenho de suas funções, notadamente, tendo em vista a dinâmica e a sofisticação dos crimes, sob pena de perda do objeto.

Assim, havendo elementos seguros a legitimar a ação dos militares, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, inadmissível interpretar suas ações, no caso dos autos, como ilícitas, sob pena de se permitir, em hipóteses iguais, que o domicílio deixe de ser lugar de preservação da intimidade para se transformar em um espaço de criminalidade.

Logo, não há falar-se em violação à norma

insculpida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, tampouco em ilegalidade na ação dos policiais, porquanto presente, justa causa para a ação, ou seja, indícios da existência da ocorrência de crime grave, equiparado a hediondo, situação incompatível com a espera de uma ordem judicial para legitimar a entrada dos policiais na residência.

Assim, havendo elementos seguros a legitimar a ação dos militares, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, inadmissível interpretar suas ações, no caso dos autos, como ilícitas, sob pena de se permitir, em hipóteses iguais, que o domicílio deixe de ser lugar de preservação da intimidade para se transformar em um espaço de criminalidade.

Há de se convir, no entanto, que só se justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, o que se concretizou, tanto que o apelante trazia consigo as drogas, portava uma pistola da marca Taurus, calibre 9mm, municada com 8 cartuchos íntegros, arma de fogo e munição de uso restrito, além de R\$934,00 em dinheiro, uma balança de precisão, um rádio comunicador HT, um telefone e duas cadernetas com anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas.

De resto, registro despicienda a expedição de mandado de busca e apreensão, posto que o acusado, em tese, encontrava-se em flagrante delito de crime permanente. E, nessas hipóteses, como já dito, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, ou seja, enquanto mantiver a droga sob guarda.

Assim, considerando que o estado de flagrância

constitui uma das exceções constitucionalmente previstas à inviolabilidade domiciliar (art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal), assim como nos casos de desastre, para prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial, não há falar-se em ilicitude das provas obtidas através da ação policial, tampouco na prisão do réu.

Em igual sentido, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CASO CONCRETO. TESE DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO COMPROVADA. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA E FUNDADAS RAZÕES. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. Decisão vergastada pelos próprios apreensão, sob o fundamento de que a inviolabilidade de domicílio encontra exceção em caso de flagrante delito. III - O entendimento dominante acerca do tema nesta Corte, no sentido de que "é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência" (AgRg no REsp n.1.637.287/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/05/2017). [...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC XXXXX/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF),

QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 04/04/2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. INGRESSO FRANQUEADO. LEGALIDADE DA MEDIDA. PROVA LÍCITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O mandado de busca e apreensão é desnecessário quando se trata de situação de flagrante delito por crime permanente, como no presente caso (art.33, das Lei nº11.343/06). 2. O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garante ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC n.306.560/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015). 3. Uma vez franqueada a entrada dos policiais responsáveis pelo ato, torna-se dispensável o mandado judicial, afastando-se, portanto, qualquer ilegalidade; [...] (AgRg no REsp XXXXX/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 04/02/2021)

Desta feita, considerando a natureza do delito de tráfico de drogas como crime permanente, no qual a situação de flagrância se prolonga no tempo, não há que se falar em nulidade do

flagrante por suposta violação de domicílio, sendo dispensável a apresentação de mandado de busca e apreensão, tendo em vista a evidente flagrância delitiva, que é de natureza permanente e, portanto, preexistia à operação policial.

Nesse aspecto em que há fundadas suspeitas da prática de crime, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de admitir a violação de domicílio, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO DE POLICIAIS. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. ATITUDE SUSPEITA. FUNDADAS RAZÕES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N.11.343/2006. HABITUALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO . AGRAVO DESPROVIDO. 1. O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo. 2. Afere-se a justa causa para o ingresso forçado em domicílio mediante a análise objetiva e satisfatória do contexto fático anterior à invasão, considerando-se a existência ou não de indícios mínimos de situação de flagrante no interior da residência. 3. Investigação policial originada de informações obtidas por inteligência policial e diligências prévias que redundam em acesso à residência do acusado não se traduz

em constrangimento ilegal, mas sim em exercício regular da atividade investigativa promovida pelas autoridades policiais. (...) (AgRg no HC XXXXX/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021)

Na espécie, o acusado havia sido visto armado, invadindo uma residência, praticava pelo menos dois delitos, o porte de arma e a violação de domicílio. Era de se prever que a conduta desandasse em violência contra os moradores, legitimando a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial, pois devidamente justificada pelas fundadas razões referidas.

Também foi apreendido a quantia de R\$934,00 em dinheiro, uma balança de precisão, um rádio comunicador HT, um telefone e duas cadernetas com anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas, droga, material usualmente relacionado ao comércio ilícito.

Posto isso, a alegação de que a entrada dos policiais na residência onde o apelante estava configura prova ilícita, não merece prosperar.

Logo, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo apelante.

Mérito. Absolvição. Entendo que não assiste razão ao apelante.

Consta da denúncia que, no dia 21 de novembro de 2023, pela manhã, na Rua Santa Cristina, nº 999, no Morro do São Bento, em Santos, Claudionor Jesus dos Santos, trazia consigo diversas porções de cocaína, pesando aproximadamente 712g

(setecentos e doze gramas), de crack (derivado da cocaína), pesando 452g (quatrocentos e cinquenta e dois gramas) e de Cannabis Sativa L (maconha), pesando 157g (cento e cinquenta e sete gramas), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, fazendo-o para fins de entrega a consumo de terceiras pessoas, tráfico, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 14/15 e Auto de Constatação Preliminar de fls. 6.

Além disso, nas circunstâncias acima, Claudionor Jesus dos Santos, possuía, detinha e portava uma pistola da marca Taurus, calibre 9mm, municiada com 8 cartuchos íntegros, arma de fogo e munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que, nas circunstâncias dos fatos, o denunciado carregava uma mochila contendo as drogas acima e portava a referida pistola. Policiais militares realizaram diligência pelas proximidades para apurar comunicações recebidas por meio do Disque Denúncia (nº W2311133736 e nº W2311123266), quando avistaram o denunciado em área conhecida pela prática de tráfico.

O denunciado se deslocava pelos telhados de algumas moradias ostentando uma pistola em punho e levando uma mochila saco nas costas, depois se embrenhou por trás de uma residência.

Os policiais, então, entraram essa moradia onde o denunciado ingressado e ele foi localizado em um banheiro nos fundos da propriedade, confessando informalmente a prática do tráfico e indicando onde havia deixado a mochila-sacola que portava.

Na bolsa foram apreendidas as drogas e o armamento acima, além de R\$934,00 em dinheiro, uma balança de precisão, um rádio comunicador HT, um telefone e duas cadernetas com anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas.

O denunciado foi preso em flagrante.

A denúncia foi oferecida aos 11 de dezembro de 2023 e, recebida por despacho em 18 de dezembro de 2023 (fls.98/100).

O acusado foi notificado e apresentou defesa preliminar (fls.133/134).

A materialidade dos fatos pode ser demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 06/07), auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), boletim de ocorrência (fls. 19/22), laudos de exame em arma e munições (fls. 102/107), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 135/138, repetido as fls. 168/171), BO/PM (fls. 262/272) e, finalmente, gravações das câmeras corporais (fls. 317/318).

A autoria é inconteste.

Ao ser interrogado em juízo Claudionor disse que era usuário de cocaína e de álcool. No fatídico dia, o interrogado descia a escadaria do morro em direção ao bar, “pernoitado”, quando deparou os “meninos” do tráfico subindo a mesma escadaria. A certa altura, os “meninos” começaram uma correria, durante a qual um dos sujeitos deixou cair uma das três “sacolas” que carregava. Como o declarante conhecia o tal sujeito, resolveu “salvar” aquela “sacola” e correu para dentro de uma casa, fechando o portão atrás de si. O

interrogado não sabia exatamente o que estava acontecendo, mas acreditava que, “salvando” a “sacola”, poderia ganhar alguma droga em troca. Não sabia exatamente o que estava dentro da “sacola”, mas ela parecia pesada. Depois de entrar no imóvel, o interrogado subiu então por uma escada, até em cima de uma laje, onde deparou três cachorros, os quais obrigaram o declarante a pular para o quintal abaixo. Percebeu então que estava sem saída, razão pela qual começou a bater na porta da casa do morador para ver se conseguia entrar. Quando os policiais militares começaram a bater na casa vizinha, o interrogado até pensou que foi porque ele estava batendo na porta da outra casa. Depois, soube até que havia drones na operação policial. O declarante conhecia os moradores da casa, apenas de vista, mas eles não o viram entrar no local. O interrogado pretendia sair por detrás desse imóvel, em direção à sua própria casa.

Em seu depoimento judicial, o policial militar Felipe da Cruz Fernandes de Almeida disse que, no fatídico dia, cedo, a equipe realizou uma operação no morro, começando pela praça da Alegria e seguindo pela escadaria. O local em que a operação foi realizada é de alta periculosidade conhecido pelos confrontos armados entre a polícia e traficantes de drogas. Pelo que se recorda, a equipe estava apurando duas denúncias realizadas através do “disque-denúncia”, uma das quais, era a respeito de um indivíduo integrante do “PCC”, conhecido como “Assombroso” ou “Assombrado”. Os detalhes do “disque-denúncia” estavam de posse do tenente. Os moradores do local teriam dado conta de que o tal “Assombrado” estaria por aquele horário na praça da Alegria. Subindo pela escadaria, a equipe visualizou um indivíduo correndo à vista dos policiais, os quais passaram então a

seguir no encalço do suspeito. Quando a equipe se aproximou, o tenente conseguiu visualizar o suspeito, Claudionor, pulando para o muro de trás de uma residência. O tenente avisou à equipe, alertando que o suspeito estava armado. A equipe realizou o cerco, em “L”, virando uma esquina. Observaram então que a casa para dentro da qual o acusado pulou não tinha fundo para mais nada. Os policiais então resolveram chamar os moradores da casa para que franqueassem a entrada, conquanto fosse muito cedo. Como ninguém atendia, os policiais desconfiaram que o imputado poderia ter rendido à mão armada os moradores do imóvel, razão pela qual resolveram forçar a entrada no local. Nesse momento, a moradora da casa atendeu os policiais militares, franqueando a entrada no imóvel. Havia duas casas, como se fossem geminadas, edificadas no mesmo terreno. Analisando o local, os policiais concluíram que o acusado havia pulado para dentro da casa do lado, em que morava o irmão da mulher que os atendeu, razão pela qual o declarante e o tenente foram até esse imóvel para verificar, ao passo que o outro policial ficou na casa da mulher fazendo a segurança. Os policiais então deram a volta e bateram à porta do irmão da mulher, Alessandro, que os atendeu e, alertado sobre a situação, franqueou a entrada aos policiais militares. Os policiais então se dirigiram aos fundos do imóvel. O tenente avistou o acusado dentro de um banheiro existente em uma área externa, verbalizando então contato com o imputado. Nesse momento, Claudionor saiu com as mãos erguidas e, indagado pelo oficial, prontamente informou que a arma estava dentro da “mochilinha” que ele deixou dentro do banheiro em que estava escondido. Dentro da sacola havia mesmo uma pistola preta, drogas diversas, dinheiro e, salvo engano, outros utensílios utilizados no tráfico. O acusado confessou que

estava no tráfico e, após ser algemado, foi conduzido ao Distrito Policial.

O TEN/PM Gabriel Henrique Rampim Natali corroborou integralmente o depoimento do seu colega de farda. Esclareceu que, subindo pela escadaria, pôde observar por cima dos telhados, atrás de uma residência, um indivíduo “gordo”, com uma arma em punho e uma mochila do tipo “sacola” nas costas. A equipe tentou realizar o cerco para interceptar aquele indivíduo. Os policiais então constataram que não havia mais nada nos fundos daquela residência. Tentaram contatar os moradores, mas, suspeitando que eles já teriam sido feitos reféns pelo suspeito, tentaram forçar a entrada naquele imóvel. A moradora atendeu e franqueou a entrada no terreno. Os policiais então perceberam que o suspeito estava nos fundos da residência ao lado, pertencente ao irmão daquela mulher. O declarante então deixou um policial fazendo a segurança do local e seguiu com o outro para a residência do irmão daquela mulher. No local, bateram ao portão e foram atendidos pelo morador, que franqueou a entrada aos fundos da residência. O declarante então visualizou Claudionor, escondido dentro de um banheiro. O acusado se entregou sem resistência e apontou onde estavam os “ilícitos”. Havia a arma, drogas variadas e rádio. Inquirido a respeito, o imputado disse que não conhecia o proprietário do imóvel em que havia se escondido. O morador também disse desconhecer o acusado. Os “disque-denúncias” não faziam referência ao imputado.

Ao contrário do sustentado pela defesa, tudo indica com clareza que a apelante praticou o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Apesar de o réu ter negado a prática delituosa,

como geralmente acontece nos crimes de tráfico, não podem sobrepor aos testemunhos prestados pelos policiais, principalmente quando a defesa não fez qualquer prova capaz de desconstituir ou desacreditar a veracidade desses depoimentos.

Os depoimentos dos policiais, os quais esclareceram sob o crivo do contraditório, em detalhes e demonstrando segurança, como se deram a diligência, descreveram que o local em que a operação no Morro foi realizada é de alta periculosidade conhecido pelos confrontos armados entre a polícia e traficantes de drogas. Estavam apurando denúncia sobre a presença de um integrante do “PCC” no local. Enquanto incursionavam pelo Morro, os militares observaram o ora recorrente, que portava uma pistola e começou a fugir ao visualizar os policiais. O apelante nem sequer era o alvo da denúncia anônima. Enquanto ele fugia, adentrou em um pequeno conjunto de casas, escondendo-se dentro de um banheiro de área externa, sem conhecimento dos moradores.

Como é cediço, o testemunho policial é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos do acusado ou quisessem indevidamente prejudicá-lo, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

Ressalvo, que inexistente razão para se creditar maior credibilidade ao interrogatório judicial do acusado (o qual não tem compromisso de dizer a verdade) do que aos depoimentos firmados pela testemunha e policial (os quais são ouvidos mediante advertência legal).

Suas palavras estão em sintonia com as provas

produzidas, não havendo qualquer evidência de má-fé ou abuso de poder, tornando-se a presente testemunha válida e eficiente.

A saber:

In casu, não há dúvida razoável de que os policiais aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar o apelante, razão pela qual, deve ser, como foi, devidamente considerado tais depoimentos testemunhais na formação do juízo de condenação e de tipicidade.

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). 4. *A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).* 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).

"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." (AgRg nos DEDcl no AgRg no AREsp 1.619.050/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 4/5/2020).

(..) O depoimento testemunhal de policiais, especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mormente quando corroborado com o interrogatório do réu na fase inquisitiva(...). TJMS, AC, nº 2011.013791-6/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Primeira Turma Criminal, j. 15/08/2011.

Ademais, é sabido que em delitos da natureza do caso ora em comento, a prova testemunhal, de regra, restringe-se às declarações dos policiais envolvidos na operação, uma vez que é muito difícil que outras pessoas, sejam consumidores, traficantes ou testemunhas, na maioria das vezes temerosas pelas consequências que tal ato possa acarretar, forneçam informações ou prestem depoimentos em feitos envolvendo tóxicos.

A jurisprudência pátria já firmou entendimento nesse sentido, conforme demonstra o aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça que a seguir transcrevo:

"(...) Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação

do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. [...] É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento"(AgRg no REsp 1863836/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 14/10/2020).

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. 2 Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida, 24 (vinte e quatro) invólucros com crack, revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. 1, 3 e 4- Omissis. (HC 162131/ES; Rel. Min. Og Fernandes; Sexta Turma; j. 25/05/2010; p. DJe 21/06/2010).

Não entendo que os depoimentos dos policiais devam ser tomados com cautelas.

Isto porque, os depoimentos dos policiais evidenciam a dinâmica dos fatos.

Não se infere dos autos qualquer prova de abuso de autoridade pelos policiais, ou de que teriam qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando situação inexistente e incriminando um inocente. Não havendo, dessa forma, razão alguma para se desconfiar de suas palavras.

Acerca da validade do depoimento de policiais explica Julio Fabbrini Mirabete:

Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha (Processo penal, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira segue o entendimento de Damásio E. de Jesus:

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). 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) (Código de processo penal anotado. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167).

PROVA - TESTEMUNHA – Depoimentos de policiais militares – Valor Probante - Inexistência de testemunhas civis – Irrelevância: “O simples fato das testemunhas de acusação serem policiais não é obstante para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas. É obvio que pelas múltiplas atividades desenvolvidas pelos policiais seria demasiado rigor exigir-se a pompa de testemunhas presenciais, quando se sabe que o usual é a recusa de estranhos para testificarem o caso.” (TJSP – 3ª Câmara – AP. 206.259-3/4 – j. 04.06.1996 – rel. Des. Segurado Braz – RT 732/623).

Acrescente-se, ainda, que, não se pode condenar a prova apenas porque os policiais deixaram de arrolar testemunhas alheias aos quadros policiais. Ninguém se envolve como testemunha processual, principalmente em caso de tráfico, pois é de ter em conta que nos locais em que ocorre o tráfico de entorpecentes, opera a lei do silêncio, razão pela qual é extremamente difícil arrolar testemunhas dispostas a testemunhar contra traficantes.

PROVA - TESTEMUNHA – Depoimentos de policiais militares – Valor Probante - Inexistência de testemunhas civis – Irrelevância: “O simples fato das testemunhas de acusação serem policiais não é obstante para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas. É obvio que pelas múltiplas atividades desenvolvidas pelos policiais seria demasiado rigor exigir-se a pompa de testemunhas presenciais, quando se sabe que o usual é a recusa de estranhos para testificarem o caso.” (TJSP – 3ª

Câmara – AP. 206.259-3/4 – j. 04.06.1996 – rel. Des. Segurado Braz – RT 732/623).

Como já decidiu, “...*não se pode admitir solução absolutória ou desclassificação, apenas e tão somente porque não foi arrolada nenhuma testemunha alheia ao quadro policial. Em processo envolvendo tóxicos, máxime a traficância, as testemunhas, quase sempre, são policiais. “Civis” não se arriscariam a sofrer represálias. Assim, é absurda a tese de que os policiais devam levar testemunhas “civis” para acompanharem o seu trabalho, apoiada na premissa de que eles são sempre suspeitos e elas sempre idôneas. O trabalho desses policiais é, geralmente, realizado com grande risco pessoal e seria maior absurdo, ainda, expor pessoas que não estão preparadas e nem são pagas para isso, numa diligência que tem por finalidade flagrar traficantes e usuários de tóxicos. ...*” (TJSP – 6ª Câmara. 3º Grupo da Seção Criminal – AC nº486.595.3/0 – j. 15.02.2007 – Rel. Des. Debatin Cardoso).

Percebe-se que a tese defensiva restou isolada do contexto probatório e traduz evidente manobra visando ao afastamento de sua responsabilização penal, não se mostrando suficiente para abalar a credibilidade dos seguros e harmônicos depoimentos prestados pelos agentes públicos.

Registre-se que a comprovação da prática do tráfico de drogas não se dá apenas de forma direta, ou seja, pela flagrância do agente em situação de explícita mercancia, especialmente por se tratar de delito cometido à clandestinidade.

Portanto, diversamente do alegado pela defesa restou comprovada a vinculação direta (propriedade) das drogas, além dos diversos petrechos utilizados para a comercialização de drogas, restou demonstrando o seu envolvimento com o delito de tráfico de drogas.

Assim, em que pese todo o empenho levado a efeito pelo ilustre causídico na defesa da apelante, verificando que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, haja vista as declarações das testemunhas, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, não há falar em absolvição.

A propósito:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE – (...)– APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Impossível a decretação da absolvição quando a demonstração da autoria e da materialidade do crime decorrem de elementos probatórios suficientes colhidos nas fases judicial e policial.” (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal - N. 2010.028359-5- Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - J. 22.2.2011).

Vale esclarecer que a Lei Antidrogas não exige para a caracterização do delito tráfico que o agente seja surpreendido comercializando a droga, sendo, pois, dispensável a prova do fornecimento de drogas, desde que outras condutas típicas estejam

evidentes no acervo probatório e esteja afastada a hipótese de que a substância entorpecente se destinava tão-somente ao próprio uso do réu.

A saber:

“(...) O tráfico de drogas não exige para a sua configuração a comprovação do comércio, bastando à sua consumação a posse, guarda ou depósito da substância, em condições que evidenciem a prática delitiva, como a injustificada e intensa movimentação de pessoas na casa do réu e a quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos. A alegação no sentido de que o réu estava guardando as drogas para o consumo próprio deve ser provada pela defesa; não se desincumbindo a parte desse ônus, é inviável o pedido de desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei n.º 11.343/06. (...)”. (TJMS - Apelação Criminal N. 2009.002133-1 – Rel. Des. Carlos Eduardo Contar – 2ª Turma. J. 08/02/2010).

Oportuno, ainda, registrar que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010.

Insta salientar que embora façam o uso da droga, tal fato não escusa a conduta de traficante que restou suficientemente configurada pelas provas colacionadas nos autos.

Ainda que o apelante tenha se intitulado mero usuário de drogas, nada impede que também seja consumidor e traficante, pois uma conduta não exclui a outra, pois é perfeitamente possível a coexistência de ambas, sobretudo porque o usuário, muitas vezes, pratica a venda como forma de sustentar o próprio vício.

A propósito:

Cumpra ainda asseverar que “a condição de usuário, concomitantemente à de traficante, não permite a pretendida desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei antidrogas” TJMT, Ap 11.489/2009, 1ª Câm. Crim., rel. Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, j. 15/09/2009, p. 39.

Convém, ainda, consignar que:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." (RJTJESP 115/207).

Da aplicação da pena.

As penas foram fixadas sob os seguintes fundamentos e não merecem reparos:

“Na dosagem da pena, verifico que o réu ostenta antecedente criminal (fl. 25, processo 0009523-48). Naquele feito, o réu também, foi condenado por tráfico agravado pelo porte de arma. O quinquênio depurador somente se aperfeiçoou em 3.5.2022 (fl. 37), ou seja, pouco tempo antes do crime em julgamento. Logo, a fim de que seja imposta pena necessária e suficiente, com base no Tema 150, STF, considerarei aquele registro como mau antecedente. Não há

informações sobre a conduta social e personalidade do acusado. O juízo de reprovação que recai sobre ele é intenso. A quantidade de droga é relevante. Trata-se de cocaína, tóxico especialmente aditivo. Ademais, o acusado invadiu uma residência, violando a intimidade de uma família e colocando-a em risco.

Portanto fixo a pena base em seis anos e três meses de reclusão e 625 dias-multa, ou seja, o mínimo acrescido de 1/4.

Faço a pena base provisória, à míngua de circunstâncias legais. Como se viu, o acusado não confessou a imputação. Além disso, sua versão foi descartada e não fez parte dos elementos de convicção. Por conseguinte, não se configurou a atenuante.

Com fundamento no artigo 40, inciso IV, da Lei 10.826/03, somo mais 1/6 à pena e a estabeleço definitivamente em sete anos, três meses e quinze dias de reclusão e 729 dias-multa.

O réu não faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, Lei 11.343/06. Ele ostenta antecedente criminal por crime da mesma espécie. Ademais, ele portava apetrechos que indicam sua participação em grupo criminoso, tal como o rádio comunicador, além de grande quantidade de drogas.

Uma vez que o acusado ostenta mau antecedente e intensa é a censura decorrente da conduta, com fundamento nos artigos 33 e 59, inciso III, CP, assinalo o regime inicial fechado.

O tempo de prisão processual é insuficiente para a promoção.

Atento às condições econômicas do réu, arbitro o valor de cada dia-multa no mínimo.

O montante da multa deve ser mantido, visto que estabelecido pelo legislador no exercício de sua competência constitucional exclusiva. Trata-se de opção política válida. Eventual incapacidade econômica do réu será verificada pelo juízo da execução)." (fls.438/447).

Da redução da pena-base

Dos maus antecedentes

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acolheu os embargos (RE 593.818), somente para corrigir a omissão e fazer constar no Tema 150 a fixação da tese nos seguintes moldes: *“Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”*.

Cumprе registrar, que passei ao entendimento que para se evitar uma perpétua valoração de condenação definitiva, somente se aplica a tese do “direito ao esquecimento” processos muito antigos, em que haja um lapso temporal de mais de dez anos entre a extinção da execução e a prática do novo delito, o que não se verifica no presente caso, porquanto a pena da condenação relativa ao processo 0009523-48, condenado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas, às penas de 06 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa, ignorando-se a data de concessão do livramento condicional, cujo período de prova influiria na caracterização ou não dos efeitos da reincidência), como bem pontuou o douto Promotor de Justiça de 1ª instância, sendo inferior menos de dez anos da data do delito em exame, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada, como quer fazer crer a defesa.

Á propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade 2. No caso, a pena-base foi exasperada em 10 (dez) meses de reclusão com fundamento nos maus antecedentes do agravante, diante do registro de condenação definitiva anterior, extinta há mais de 5 (cinco) anos do cometimento do delito em apreço. 3. Segundo entendimento desta Corte Superior, "A tese do 'direito ao esquecimento' não encontra guarida em feitos extintos que não possuem lapso temporal significativo em relação a data da condenação, menos de 10 anos' (AgRg no HC n.546.838/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/5/2020, DJe 18/5/2020)" (AgRg no HC n.711.272/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022). 4. Agravo regimental desprovido."(AgRg no AREsp n.2.098.635/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022.).

As circunstâncias do crime também não foram favoráveis, já que durante a prática delitiva ele invadiu uma residência, colocando em risco a segurança e vida dos moradores do local.

Este elemento deve ser sopesados desfavoravelmente ao apelante, atendendo aos critérios de reprovação, colocando em risco a segurança e vida dos moradores do local.

Da quantidade e natureza da droga

Em detida análise dos autos, de rigor o reconhecimento da pena-base acima do mínimo legal, razão da quantidade e natureza das drogas.

Destaco que a circunstância preponderante da natureza e quantidade, de fato, milita em desfavor do apelante que trazia consigo 712g (setecentos e doze gramas), de crack (derivado da cocaína), pesando 452g (quatrocentos e cinquenta e dois gramas) e de Cannabis Sativa L (maconha), pesando 157g (cento e cinquenta e sete gramas), 544 porções de maconha e 615 cápsulas contendo cocaína.

Ressalta-se que o artigo 42, da Lei n. 11.343/2006 autoriza maior rigor na fixação do quantum da pena, uma vez aferido que a natureza e/ou a quantidade da substância entorpecente traficada assim o justificam, o que é o caso dos autos.

Ademais, não é preciso delongar os comentários sobre a expressividade da quantidade da droga e seu potencial de aumento de volume, tampouco sobre a especial lesividade do específico entorpecente, razões pelas quais entendo ser cabível o recrudesimento da pena acima do mínimo legal nos termos da sentença recorrida.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente do STJ:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS

CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE NA NATUREZA E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 1,956 KG DE COCAÍNA. LEGALIDADE. ART. 42, DA LEI DE DROGAS. QUANTUM DE AUMENTO. RAZOABILIDADE. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO ÓRGÃO JULGADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a "natureza e a quantidade do entorpecente são fundamentos idôneos para exasperar a pena-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, ex vi do art. 42, da Lei n.11.343/2006" (AgRg no HC 497.513/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 17/10/2019) e que "[...]inexiste um critério puramente aritmético para a dosimetria da pena, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio [...]" (HC 448.08/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019)

2. No caso, a majoração da pena-base em 2 (dois) anos está suficientemente fundamentada, pois as vetoriais previstas no art. 42, da Lei n.º11.343/2006 foram sopesadas negativamente em razão da apreensão de 1,956 kg (um quilograma e novecentos e cinquenta e seis gramas) de "cocaína". 3. O quantum de majoração adotado não se mostra desarrazoado ou desproporcional, especialmente quando considerado o largo intervalo existente entre as

penas mínima e máxima aplicáveis ao delito (de 5 a 15 anos de reclusão), bem como a natureza e elevada quantidade da droga apreendida. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC:536692/MS 2019/0294463-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/02/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2020).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

*Configuração do tráfico. Materialidade e autoria demonstradas nos autos, tanto que o acusado contra elas não se insurge em suas razões recursais, mesmo porque confessou a prática do delito em questão. Policiais civis que confirmaram a prisão em flagrante do acusado na posse de quatro porções individuais, em invólucros plásticos, de cocaína, dois tijolos de cocaína, com peso de 1.013g (um quilo e treze gramas) e três pedras de crack, com peso de 419,2 (quatrocentos e dezenove gramas e dois decigramas), da quantia de R\$ 4.472,00 (quatro mil, quatrocentos e setenta e dois reais), além de uma balança de precisão com resquícios de pó branco. Condenação bem amparada na prova dos autos, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória, **PENA.BASE** corretamente fixada em metade acima do mínimo legal, à luz do disposto nos artigos 42, da Lei n.11.343/06 e 59, do Código Penal, ante a expressiva quantidade do entorpecente apreendido, além da sua natureza. Compensada a agravante da reincidência, bem retratada a fls. 60/61, com a agravante da confissão espontânea, razão pela qual a pena manteve-se inalterada. Mantido o acréscimo de um sexto pela causa de aumento prevista no artigo 40, incisos III, da Lei 11.343/06,*

resultando na definitiva de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa mínimos. E, ante o reconhecimento da reincidência, descabida, por expressa vedação legal, a incidência da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tornando-se definitiva a pena tal como fixada. REGIME PRISIONAL. Manutenção do regime inicial fechado, ante a gravidade concreta do delito praticado, evidenciada pela quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, além da quantia em dinheiro apreendida, em notas trocadas e demais circunstâncias do caso concreto, com vistas principalmente à prevenção delitiva e à tutela social, ao menos no início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Reincidência do acusado e quantum de pena. BENEFÍCIOS LEGAIS. Incabíveis o sursis penal e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, ante a gravidade concreta do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a absoluta incompatibilidade de tais benesses com o regime de pena cabível e a insuficiência delas à prevenção e à repressão do delito. PERDIMENTO. Ante a comprovação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o perdimento dos valores e objetos apreendidos deve ser mantido, por tratar-se de produtos do crime, nos termos do artigo 63, caput, da Lei nº 11.343/06. Recurso defensivo desprovido. (TJSP; Apelação Criminal XXXXX-59.2019.8.26.0037; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15a Câmara de Direito Criminal; Foro de Araraquara - 2a Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/05/2020; Data de Registro: 14/05/2020).

Nesse ponto cumpre destacar que a dosimetria

da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, como no presente caso, se não restou evidenciada discrepância ou arbitrariedade na pena efetivada na primeira fase da dosimetria.

A propósito, nunca é demais lembrar que nenhum acusado tem o direito subjetivo à pena mínima, nem mesmo os primários e possuidores de bons antecedentes.

Nesse sentido se manifesta o Pretório Supremo Tribunal Federal:

“(...) Pena-base - Fixação acima do mínimo legal Possibilidade. A nenhum acusado é conferido o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, podendo o magistrado, diante das diretrizes do art. 59, caput, do CP, aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção” (prevenir e reprimir o crime)”. (JCAT 81-82/666).

Assim, apesar da irresignação da defesa, não vejo motivos para a redução da pena-base, a qual restou devidamente motivada, tudo nos moldes do princípio geral do dever de fundamentação (art.93, XI, da CF).

Por tal razão, mantém-se a pena base foi fixada acima do mínimo legal.

Do reconhecimento da confissão - Art.545 do STJ.

Não se pode reconhecer a ocorrência de confissão espontânea, isto porque, no caso concreto, o apelante não

confessou formalmente os fatos em hipótese alguma. Perante a d. autoridade policial, nada disse. Em juízo, apresentou versão fantasiosa negativa do crime. Disse que apenas “salvou” a mochila para os meninos do tráfico, sem atentar para o que havia dentro, apenas para ser recompensado com alguma porção de droga ou ganhar “moral”.

Sabe-se que, para se reconhecer a atenuante da confissão, necessário que o acusado reconheça a imputação que lhe feita na denúncia, o que não ocorreu na hipótese.

Como é cediço que nos termos da Súmula 545 do STJ: “*Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal*”. Dessa forma, para a aplicação da atenuante da confissão é imprescindível avaliar se foi utilizada como elemento de convicção pelo juízo sentenciante para a caracterização da materialidade e autoria em caso de conjunto probatório nebuloso.

Nesse sentido leciona TÁVORA e ALENCAR no Curso de direito processual penal. Salvador: Editora Podivm, 2016, *in verbis*: “*Confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal.*”

Desse modo, mostra-se irretocável a sentença, uma vez que não se pode ignorar que as declarações prestadas pelo réu em nada auxiliaram na solução do caso, já que o referido interrogatório judicial sequer foi capaz de subsidiar a condenação, considerando que o magistrado utilizou-se de outros elementos constantes nos autos para motivar seu convencimento acerca da responsabilização do réu.

Nesse sentido é o entendimento deste

Sodalício, *in verbis*:

“[...] Se o réu nega peremptoriamente a prática do crime que lhe é imputado na denúncia, deixando de contribuir para a formação do convencimento do julgador, não há falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. (N.U XXXXX-16.2022.8.11.0045, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, PEDRO SAKAMOTO, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 21/03/2023, Publicado no DJE 29/03/2023) (destaquei)

Como bem consignou o juiz sentenciante:
“Como se viu, o acusado não confessou a imputação. Além disso, sua versão foi descartada e não fez parte dos elementos de convicção. Por conseguinte, não se configurou a atenuante” (fls.446\).

Da aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Mantenho negativa de concessão do redutor de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, posto que, as circunstâncias da apreensão, envolvendo não só drogas, mas, também, arma de fogo e vários apetrechos para preparos de drogas, como uma balança de precisão, um rádio comunicador HT, um telefone e duas cadernetas com anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas, instrumentos e objetos destinados à preparação, resta evidenciado dedicar-se a apelante à atividade de comercialização de drogas, não atendendo ao requisito subjetivo para caracterização do tráfico privilegiado previsto no referido dispositivo legal.

A saber:

Na hipótese, o recorrente foi preso com elevada quantidade de droga, ou seja, doze (12) pedras de substância similar a "crack" e vinte e duas (22) buchas, além de dois (2) tablets pesando cento e vinte (120) e quarenta (40) gramas, todos da droga vulgarmente conhecida como "maconha", além de vários apetrechos utilizados na fabricação e comércio dos entorpecentes (uma balança de precisão, um rolo de papel alumínio e vários sacos plásticos), circunstância que vem sendo ponderada pela jurisprudência como um critério objetivo a ser utilizado para impedir a aplicação do benefício da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei antidrogas, por se tratar de uma circunstância que revelaria a dedicação do agente às atividades criminosas (STF - RHC nº 94806, Relª. Minª. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 15.4.2010 e STJ - HC nº 202.527/SP, Relª. Minª. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe de 1.8.2011 – grifo nosso).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. (omissis). 2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades

criminosas. 3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. 4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento." (STF, RHC 94806/PR, Rel. Min. Carmem Lúcia, Primeira Turma, j. 09/03/2010, p. DJe 16/04/2010. Ementa parcial).

“Apelação Criminal. Condenação. Tráfico de drogas. Porte ilegal de arma de fogo. Insurgência do réu. Pleito pela diminuição da pena-base de ambos os delitos. Possibilidade para o crime de porte ilegal, sob outro fundamento (culpabilidade). Causa especial de diminuição. Impossibilidade de minoração da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Dedicção às atividades criminosas. Inocorrência de tentativa em delitos de tráfico de entorpecentes. Crime permanente e de ações múltiplas. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Não preenchimento da totalidade dos requisitos exigidos em Lei (art. 44, do Código Penal). Recurso conhecido e parcialmente provido.(...). 3. que o Poder Judiciário tenha conhecimento de que o sujeito enquadra-se em algumas das duas alternativas, para que então lhe seja obstada a minorante. Deste modo, se o agente faz uso de petrechos normalmente utilizados por quem faz a mercancia do entorpecente com certa frequência (como por exemplo, balanças de precisão), além de ser

encontrado com quantidade significativa de droga e possuir contra si diversas narcodenúncias, tem-se que é consequência lógica a obstaculização da aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por conta da dedicação às atividades criminosas. Além do que, a condenação concomitante por outro crime também já seria motivo suficiente para obstaculizar a aplicação da minorante. (...)”. (grifei) (TJPR - 5ª C.Criminal - AC -1196641-5 - Foro Regional de Campo Largo da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Rogério Etzel -Unânime - - J. 25.09.2014).

E não há que se falar em bis in idem em relação ao critério da quantidade de drogas, isto porque, na terceira fase a quantidade de cocaína foi considerada como elemento formador de convicção em síntese com outros dados concretos extraídos dos autos, não como critério próprio impeditivo do benefício.

“Não há que se falar em bis in idem, pois, embora haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que se entendeu, em razão das circunstâncias em que foi praticado o delito, que o agravante se dedicava à atividade criminosa, o que, por si só, obsta a incidência do redutor de pena pretendido” (HC 136177 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 14/10/2016, processo Eletrônico DJe-248 Divulg. 21/11/2016). (grifei)

Percebe-se que, a quantidade e natureza das

drogas não são os únicos elementos a afastarem o reconhecimento do privilégio. Acresce-se, ainda o local da apreensão, conhecido como ponto de traficância de organizada estrutura criminosa, e o porte de instrumentos tecnológicos de comunicação voltados para a garantia do sucesso da mercancia ilícita, os quais, vistos em conjuntos, permitem a conclusão, para além de dúvida razoável, da dedicação do apelante à atividade criminosa.

Com efeito, a situação retratada para ao apelante em nada se assemelha a dos traficantes eventuais, pessoas que, seduzidas pela promessa do dinheiro fácil ou impelidas por dificuldades financeiras, são utilizadas como mera engrenagem descartável na logística ligada a comercialização de pequena quantidade de droga.

Na hipótese, os elementos apontados pelo recorrente como indicativos da integração em organização criminosa, a meu ver, denotam com muito mais clareza que o acusado atuar com desenvoltura no transporte estruturado de enorme quantidade de drogas, ou seja, o exercício de traficância profissional, bem como a obstativa dedicação dos mesmos a essa atividade ilícita.

A propósito:

“[...] 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual. Ficou evidenciado que o agravante se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, pois demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.[...]” (AgRg no HC XXXXX/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em

14/09/2021, DJe 17/09/2021).

GRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REDUTOR ESPECIAL DE PENA REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APREENDIDOS PETRECHOS RELACIONADOS AO TRÁFICO E INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO DOS AGRAVANTES À ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na espécie, o Tribunal apresentou fundamentação suficiente e adequada para justificar o afastamento da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, destacando, dentre outros aspectos, que as circunstâncias do crime em comento denotam a dedicação dos Agravantes na traficância, "diante não apenas da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, mas também da apreensão de duas balanças de precisão, dichavador e apetrechos para a embalagem dos entorpecentes (407 eppendorfs vazios)" (fls. 24-25). [...] (AgRg no HC XXXXX/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 14/05/2021)

Destarte, inviável o acolhimento da tese recursal de incidência do privilégio, conclusão essa que torna prejudicada a pretensão de fixação do regime aberto e substituição da pena, que lhe seriam consequência.

Do abrandamento do regime prisional

O regime inicial fechado igualmente não merece nenhuma modificação, para ambos os réus.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2.º e 3.º com o 59, ambos do Código Penal, bem como com o artigo 42, da Lei n.º 11.343/06, quando se tratar de tráfico de drogas.

Inobstante a pena tenha resultado inferior a 8 anos de reclusão e não haja reincidência, não se poderia estabelecer o semiaberto, previsto pelo § 2.º, letra "b", do artigo 33, do Código Penal, porque persistiu juízo depreciativo circunstâncias desfavoráveis, maus antecedentes, circunstância do crime e acerca das preponderantes do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 (quantidade e natureza da droga), hipótese em que, para atender ao critério retributivo da pena, deve ser estabelecido regime mais gravoso, conforme leciona CEZAR ROBERTO BITENCOURT, em *"Código Penal Comentado"*, 9.ª ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que *"reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado"*.

E no presente caso com mais razão, repise-se, diante da elevada quantidade de drogas, dinheiro encontrado, arma de fogo, uma balança de precisão, um rádio comunicador HT, um telefone e duas cadernetas com anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas, tudo isso o que justificou o reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, e indica, ainda, a periculosidade do réu, impedindo a fixação de regime inicial menos severo porque insuficiente para a repressão e prevenção do delito em tela.

É o entendimento pacificado pelos tribunais:

(...) REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PENA FIXADA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. (...) 3. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime prisional inicial fechado ao caso, tendo em vista a aplicação de pena definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base acima do mínimo legal, ante a existência de circunstância judicial negativa. Previsão do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Precedentes. (...). (STJ, AgRg no HC 670983/SP 2021/0169880-3, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 QUINTA TURMA, Data de Julgamento 22/06/2021, DJe 28/06/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...). Apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime mais gravoso, haja vista existência de circunstância judicial desfavorável - natureza e quantidade do entorpecente apreendido (392,32g de cocaína e 12,57g de maconha) -, a qual justificou a exasperação da pena-base em 1/6; O que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como in casu, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de

pena imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. - Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-HC 703.312; Proc. 2021/0348920-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 16/11/2021; DJE 19/11/2021).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). REGIME INICIAL. RECLUSÃO INFERIOR A OITO ANOS. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ART. 33, § 3º, DO CP. REGIME FECHADO IMPOSITIVO. PROVIMENTO PARCIAL. I. (...). iv. em atenção ao disposto pelo artigo 33, § 3º, do código penal, inobstante a primariedade, o condenado a pena superior a quatro anos de reclusão (e inferior a 08 anos) deve iniciar o cumprimento no regime fechado sempre que contra si milita circunstância judicial desfavorável. v. em parte com o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso. (TJMS; ACr 0037004-68.2017.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 10/07/2019; Pág. 68).

Assim, diante do juízo depreciativo das preponderantes do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 (natureza e quantidade da droga), estabelecer regime prisional mais brando que o fechado desatenderia ao fator retributivo da pena, de maneira que resta justificado o cumprimento da pena em regime fechado.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concluo, à vista dos motivos acima referidos, seja inconcebível no caso concreto; aliás, o quantum imposto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

já a impede.

3 - Pelo exposto, afasta-se a preliminar arguida e, nega-se provimento ao recurso interposto por Claudionor Jesus dos Santo, mantendo-se, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI

Relator