



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000007298

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500487-90.2024.8.26.0603, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante RYQUELME RYAN SILVA MOURA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

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

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 12.215

APELAÇÃO nº 1500487-90.2024.8.26.0603

COMARCA: Araçatuba – 3ª Vara Criminal

APELANTE: Ryquelme Ryan Silva Moura

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas – Sentença condenatória – Preliminar de nulidade das provas obtidas em razão da ausência de mandado judicial e fundadas razões que originaram a busca domiciliar – Afastamento de ilicitude da prova em razão das fundadas razões de ocorrência de crime de natureza permanente – Rejeição – Absolvição inviável – Depoimentos das testemunhas coerentes e seguros – Ausência de motivos para duvidar dessas palavras – Desclassificação para o art. 28, da Lei nº 11.343/06 – Impossibilidade – Não reconhecimento da minorante prevista no §4º do artigo 33, da Lei de Drogas – Ausência dos requisitos legais – PRELIMINAR REJEITADA.RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de **RYQUELME RYAN SILVA MOURA** contra a r. sentença de fls. 168/183 que o declarou incurso no artigo 33, “*caput*”, da Lei 11.343/2006, condenando-o à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Nas razões de seu recurso, a Defesa pleiteou, preliminarmente, a nulidade das provas obtidas em razão da ausência de autorização judicial e fundadas razões que originaram a busca

domiciliar. No mérito requereu a absolvição por insuficiência probatória e, no caso de não acolhimento da tese absolutória, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, postulou o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, §4º da referida Lei de Drogas e a fixação de regime menos rigoroso para o cumprimento da pena (fls. 217/220).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas as contrarrazões (fls. 223/226).

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

É o relatório.

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

Não há que se cogitar de nulidade, pois nos

casos de crimes permanentes, a hipótese é de legítimo flagrante, sendo incabível reconhecer-se a ilicitude da prova.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. INTELIGÊNCIA POLICIAL. ATITUDE SUSPEITA DO AGENTE. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESPROPORÇÃO ENTRE A CUSTÓDIA E O QUANTUM DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. os termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. A busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto (...)” (AgRg no HC 685.437/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021).

“HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART.

44 DA LEI N.º 11.343/06. TESE DE INOCÊNCIA. REEXAME DE PROVAS INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. *O Paciente foi preso em flagrante delito na posse de 01 (uma) porção de "maconha" e 04 (quatro) porções de "haxixe", tendo sido encontrados, ainda, em sua residência, "cocaína", uma balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao tráfico.* 2. *Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente.* 3. *É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.* 4. *Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida.* 5. *A apreciação da tese de inocência do Paciente demanda, inevitavelmente, o reexame da matéria fático-probatória, o qual, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ.* 6. *Ordem denegada.*” (STJ – 5ª Turma, Habeas Corpus nº

222.173/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Como é sabido, a prisão em flagrante é uma exceção constitucional à exigência de prévia ordem escrita da autoridade judiciária para ingresso em domicílio alheio, sendo fundada na urgência em fazer cessar a prática de crime.

No caso dos autos, o acusado foi avistado trafegando em alta velocidade com sua motocicleta e, quando passou pelos policiais militares, empreendeu fuga, dispensando um saco plástico, contendo 65 pinos de substância entorpecente (cocaína). Após breve acompanhamento, foi abordado e questionado pelos agentes, informou que, em sua residência, havia mais drogas. Note-se que já configurado assim, situação de flagrante delito, que excepciona a regra da inviolabilidade domiciliar. De se mencionar que segundo as testemunhas policiais, na residência do réu, a entrada foi franqueada por sua mãe e na revista domiciliar, localizaram *maconha* e dinheiro. Contudo, mesmo que a entrada não tivesse sido autorizada pela genitora do acusado, é salutar mencionar que o acusado já havia sido flagrado na posse de entorpecentes em via pública, ou seja, os policiais realizaram a diligência no interior do quarto quando o acusado já estava preso em situação de flagrante delito pela dispensa do saco plástico contendo pinos de cocaína.

A narrativa dos fatos deixa evidente, portanto, que os policiais tinham fundadas razões para a realização do ingresso, que acabou sendo bem-sucedida.

Destarte, tratando-se de tráfico de drogas,

crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, e assim, a busca domiciliar que culminou com a prisão do paciente, mantendo em depósito drogas, não constitui prova ilícita, eis que evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (STJ - HC 290.619/SP, Ministro Felix Fischer, DJe 12/12/2014).

Assim, por todos os ângulos de análise, constata-se que o mencionado pedido de Cunha preliminar não pode prosperar, não havendo que se falar em nulidade baseada na “*teoria dos frutos da árvore envenenada*” e em suposta violação aos artigos 157 do Código de Processo Penal, afastando-se assim a preliminar arguida, passando-se a análise do mérito.

Consta da denúncia que, no dia 29 de março de 2024, por volta das 16h, na rua Joseph Smith Junior, nº. 323, bairro Jardim São José, na cidade e comarca de Araçatuba, o ora apelante **RYQUELME RYAN SILVA MOURA**, trazia consigo, transportava e tinha em depósito droga sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), pelo boletim de ocorrência (fls. 11/14), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 15/16), pelo auto de constatação preliminar (fls. 20/21), pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 68/70) – o qual apontou o caráter entorpecente das

substâncias apreendidas, bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

A autoria, por sua vez, é inconteste e recai seguramente sobre o apelante.

O réu, na fase inquisitorial, disse que adquiriu uma motocicleta antiga, Honda MI 125 pelo Facebook, de um desconhecido e o veículo não possui documento, bem como não possui habilitação. Narrou que na data dos fatos, trafegava com a motocicleta e passou em frente a base comunitária do bairro São José e os policiais o viram e o seguiram. Afirmou que acelerou na tentativa de se evadir pelos motivos já mencionados. Foi alcançado e quando revistado, os policiais encontraram em seu poder uma pequena porção de "*colômbia*", ou seja, uma maconha mais pura. Negou que estivesse de posse de outras drogas e as tenha dispensado enquanto tentava evadir-se. Após ser detido, foi conduzido à sua casa, quando em revista, os policiais localizaram a quantia em dinheiro de R\$1.555,00 (mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais) em notas diversas. Ressaltou que o referido dinheiro era fruto de seu trabalho de serviços gerais e de entregas. Por fim, exaltou que outras informações seriam prestadas somente em juízo (fls. 05/06).

Em juízo, negou a prática delitiva, alegando que a única droga que tinha consigo era um cigarro de *maconha* encontrado em seu bolso, na abordagem pessoal, além de um aparelho

celular, sendo que a *maconha* era para uso pessoal, não sendo sua as demais drogas apreendidas. Aduziu que os policiais entraram em sua casa sem autorização e apreenderam a quantia em dinheiro de R\$1.550,00, proveniente de seu serviço de cortador de cana e motoboy, negando ter dispensado um saco com droga. Esclareceu que, na data dos fatos, fazia pouco mais de um ano que cumpria regime aberto por outro crime de tráfico, já tendo sido internado pelo uso de drogas (*Mídia SAJ - fls. 167*).

Malgrado a aludida versão exculpatória, desprovida de qualquer adinículo probatório, restara frágil e precária, nessa linha de raciocínio, a prova produzida no sentido de sua não incriminação, especialmente porque, frise-se, não trouxeram qualquer alibi que lhe aproveite, conforme se lhe competia, nos termos do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal.

De resto, a versão delineada pelo acusado em pretório pretendendo a abstração da comprovada empreitada delituosa, vai de encontro ao restante da prova oral analisada, sendo certo que não resiste a uma análise mais acurada dos fatos em comento, não havendo um único componente idôneo de persuasão racional apto a contestá-las.

Por outro lado, os policiais militares **Flavio Takashi Murai Junior** e **Diego Costa Menkes**, nas oportunidades em que foram ouvidos, relataram que, na data dos fatos, estavam em

patrulhamento com motocicletas na base São José, quando uma motocicleta passou em alta velocidade e, ao perceber que seria abordado, o condutor empreendeu fuga, aumentando a velocidade, inclusive incompatível com a via pública. Ato contínuo, foram emitidos sinais de parada, ignorados pelo acusado e, durante o acompanhamento, o condutor dispensou um saco plástico e continuou a fuga. Após um cerco, conseguiram abordá-lo, sendo necessário o uso de força moderada para contê-lo, visto a sua resistência, pedindo apoio de outra equipe policial. Aduziram que o réu negou ter dispensado o saco plástico, mas ao retornarem ao local da dispensa do saco, encontraram-no e em seu interior havia sessenta e cinco pinos de substância aparentando ser cocaína. Alguns populares informaram ainda que o réu também dispensou um celular, o qual foi encontrado e apreendido. Retornaram ao local da abordagem, sendo que o réu negou a propriedade do entorpecente e do celular. Na revista pessoal, nada foi encontrado, apenas uma nota de cinco reais. Indagado, o réu disse que não era usuário de droga, mas poderia ter droga em sua casa, razão pela qual rumaram até a casa do acusado, sendo que em contato com a sua mãe, de nome Doralice, ela confirmou que o celular apreendido era do réu e, ainda autorizou a entrada no imóvel e indicou o quarto do filho, onde foi apreendida a quantia de R\$1.550,00 no guarda-roupas e uma porção aparentando ser *maconha*, a qual o réu negou ser sua. Sobre o dinheiro apreendido com ele e em sua casa, o réu nada falou sobre sua origem, embora tenha assumido a propriedade. A genitora, contou que o filho estava respondendo a outro processo por tráfico. A irmã do réu, que estava também na residência, disse que o irmão estava fazendo postagens com drogas nas redes sociais, razão pela qual o teria

bloqueado. As testemunhas confirmaram que viram o réu dispensando o mencionado saco com a droga (*Mídia SAJ – fls. 167*).

Como se vê, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o réu transportava consigo e guardava em depósito as drogas apreendidas nos autos. As circunstâncias dos fatos, os relatos das testemunhas e as demais provas, evidenciam com segurança que as drogas apreendidas nos autos se destinavam à traficância ilícita, afastando-se qualquer tese de absolvição por insuficiência probatória.

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

“a prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele

tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (STF, HC 74.522, in D.J. 13/12/1996);

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

E o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

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

O informante **Jorge Luis Fabricio**, padraço

do acusado, relatou que o seu enteado nunca teve problema com a Justiça, mas teve problema com drogas e ficou internado e hoje está recuperado. Afirmou que o acusado sempre trabalhou e não tem problema de saúde (*Mídia SAJ – fls. 167*).

A par disso, a informante **Maria Doralice Silva**, genitora do réu, contou que estava presente na residência no dia dos fatos. Narrou que os policiais chegaram, informaram que o réu tinha sido preso e precisavam entrar na casa, momento em que solicitou o mandado de busca, e eles disseram que o mandado era o réu preso. Negou que tivesse autorizado a entrada dos policiais na residência. Localizaram dinheiro no guarda-roupas, no total de R\$1.500,00, não tendo ciência desse dinheiro. Nada de ilícito foi encontrado na casa. Sua filha Radyja também estava na residência (*Mídia SAJ – fls. 167*).

A versão do réu não convence, não tendo demonstrado, em nenhum momento, a veracidade de suas alegações. Ademais, *in casu*, nada sugere que as testemunhas de acusação tivessem algum motivo que pudesse levá-las a fazer imputações falsas em juízo para prejudicar injustamente o acusado.

Nítido, nesse contexto, que o relatado, com coerência e isenção, pelas aludidas testemunhas deve preponderar sobre versão do acusado, nitidamente incoerente e inverossímil, por este externada com o intuito visível de se subtrair às consequências de seus

atos.

Ressalte-se que os depoimentos dos agentes públicos são coesos e se acham em conformidade com o que é relevante para a análise da situação do acusado.

Portanto, não existe motivo algum que permita desconsiderar as híidas informações trazidas, sob o crivo do contraditório, pelos referidos agentes públicos, cuja idoneidade jamais foi questionada com base concreta.

Note-se que, as alegações do acusado, ficaram totalmente isoladas nos autos, ante o forte conjunto probatório produzido, sobretudo pela solidez e segurança dos relatos prestados pelas testemunhas de acusação, sem contradições ou inconsistências, o que apenas reforça a prova amealhada.

Deve-se ter em mente que essas testemunhas não teriam motivos para, falsamente, imputarem a prática de tão grave conduta a pessoa que soubessem ser inocente. Suas narrativas guardam total coerência com tudo o que se apurou nos autos acerca do comportamento do acusado e valem pela coerência e harmonia que revelam. Destarte, a prova acusatória é sólida, e não deixa nenhuma dúvida quanto à responsabilidade do apelante em relação aos fatos que lhe foram atribuídos nos autos. Se discrepâncias há, elas dizem respeito a aspectos periféricos, secundários, que não interferem no desfecho da

ação penal. Diante desse panorama, entre as palavras do acusado, cuja negativa ficou completamente isolada, e as das testemunhas, que os incriminaram com versões coerentes e convergentes, fez bem a sentença em prestigiar estas últimas.

Demais disso, vale anotar que o fato de que não foi o acusado flagrado em atos típicos de venda em nada lhe beneficia, já que o delito em questão é daqueles chamados permanentes e que tem sua consumação e aperfeiçoamento preexistentes ao efetivo comércio do produto e, na medida em que aos apelantes foi imputada a conduta de *“trazer consigo, transportar e guardar em depósito”* para fins de tráfico, é irrelevante que não estivessem vendendo as substâncias no momento da abordagem policial.

É certo que o réu nega a prática do delito. E é óbvio que assim seja, uma vez que se trata de delito gravíssimo e é sabedor disso. Contudo, das provas amealhadas, inclusive pelos depoimentos das testemunhas, não conseguiu provar que as drogas eram para seu consumo pessoal, respeitado o entendimento diverso esposado pelo nobre Defensor.

Quanto aos depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa, é necessário destacar que suas declarações devem ser analisadas com certa cautela, visto que se trata de genitora e padrasto do acusado e possuem laços afetivos que os unem e assim, possuem interesse direto na absolvição do acusado.

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

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

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

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

"O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou

depósito dessa mesma substância" (TJSP - ac 6.635 - Rei. Onei Raphael - RJTJSP 70/371).

Não há que se falar em desclassificação da conduta do réu para fins do delito configurado no artigo 28 da Lei de Drogas, pois além de não existir nenhum indicativo de que a droga não era destinada à traficância, por vezes é comum o viciado sustentar o consumo por meio da venda.

Assim, diante de elementos de convicção que tais, não resta dúvida de que o proceder do acusado se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito como tráfico de entorpecentes, sendo a condenação quanto a esse delito medida criteriosa que se impõe, já que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou o isentem de pena, passando-se à análise da dosimetria da pena.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na **segunda fase** da dosimetria da pena, ausentes circunstâncias atenuantes, contudo, presente a circunstância agravante da reincidência, sendo majorada a pena intermediária em 1/6 (um sexto), perfazendo a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

Por fim, na terceira fase da dosimetria, não incidiram causas de aumento ou diminuição da pena, tornando-a definitiva. Frise-se, de fato, que o artigo em comento trata da figura do traficante “privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, na qual se estabelece a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente **seja primário, portador de bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, requisitos estes cumulativos.

No caso em análise, o réu é reincidente, o que por si só, já veda o benefício, de forma que não teriam sido atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio.

Repita-se, os requisitos previstos na causa de diminuição de pena do §4º (ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa), são de observância cumulativa, valendo dizer que a ausência de um de qualquer deles implica a não aplicação do redutor. ***In casu, repito***, o réu é **reincidente específico**, razão pelo qual não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado.

Nesse sentido:

“[...] Os condenados pelo crime de tráfico de

drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art.33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 6. Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido” (STJ HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, J. 15.03.2018, DJe 20.03.2018) Grifei.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação expressa da concessão desse benefício aos acusados possuidores de maus

antecedentes” (AgRg no HC n.700.776/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJE 23/11/2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (43 G DE COCAÍNA E 333 G DE MACONHA). POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. UTILIZAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA VEDAR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

6. Em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reconhecidos os maus antecedentes do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem (HC n. 419.989/PR, Ministro

Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018).

7. Não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação expressa da concessão desse benefício aos acusados possuidores de maus antecedentes” (AgRg no HC n. 700.776/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/11/2021). 8. Agravo regimental improvido. (AgRG no REsp 1953906/RS, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJE 23/03/2022).

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

Nesse ritmo, cabe trazer à baila a glosa de Guilherme de Souza Nucci:

***“Reincidência para elevar a pena e impedir o benefício: não há bis in idem, pois são campos diversos, usando-se a mesma circunstância pessoal. [...] Quando se menciona a reincidência como agravante, levando à elevação da pena, pode-se voltar a tratar do mesmo tema em matéria de benefícios penais, tais como a concessão de sursis ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*”**

Na individualização da pena, há três estágios. No primeiro, quando se fixa o quantum da pena, há três fases. Portanto, a mesma circunstância não pode incidir duas ou mais vezes para elevar o montante da pena; nada impede que se possa utilizá-la para impedir algum benefício, de que espécie for. Não fosse assim, seria bis in idem levar em conta, por exemplo, a personalidade do acusado para fixar a pena-base e, depois, analisá-la para efeito da escolha do regime de cumprimento da pena. Mas não há dupla incidência, pois são campos diversos de aplicação da circunstância, que pode, inclusive, ser interpretada de variadas formas. Por isso, a reincidência é elemento para o aumento da pena, mas também serve de fator para ponderar a não concessão do tráfico privilegiado” (Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2013, p. 328).

Assim sendo, fica mantido o afastamento da causa de diminuição de pena, resultando neste contexto, a pena final do réu, conforme estabelecida pelo Juízo monocrático, ou seja, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa

Diante do delito praticado pelo apelante, não é caso de substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos e de fixação de regime diverso do fechado, uma vez que referida substituição e a fixação de regime menos gravoso, além de incompatíveis com a gravidade do delito, seriam insuficientes para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, a pena imposta é superior a quatro anos de reclusão e

o acusado, como dito, é **reincidente específico**, o que por si só, deve ensejar um maior rigor.

Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITA-SE A PRELIMINAR ARGUIDA E NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso Defensivo, mantendo-se a r. sentença por seus jurídicos e legais fundamentos.

FÁTIMA GOMES

Relatora