



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000296458

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503296-64.2024.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante FELIPE DE SOUZA WERDAN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base e afastar a causa de aumento de pena do artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, estabelecendo a pena final em cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, no mais, a respeitável sentença é mantida 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 27 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16162

Apelação Criminal nº 1503296-64.2024.8.26.0664

Comarca: 2ª Vara Criminal e da Infância e Juventude de Votuporanga

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Vinicius Castrequini Bufulin

Apelante: Felipe de Souza Werdan

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Felipe foi condenado a seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de seiscentos e oitenta dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Em 12.11.2024, nas imediações de uma escola estadual, mantinha em depósito 4 porções de maconha para fins de tráfico. A abordagem policial revelou que Felipe tentou evadir-se ao perceber a presença dos policiais, que encontraram drogas e objetos relacionados ao tráfico em sua residência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) a alegação de nulidade por violação de domicílio; (ii) a desclassificação para porte de drogas; (iii) a aplicação de tráfico privilegiado; (iv) o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/06; (v) a fixação de regime inicial mais brando; e (vi) a detração.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A preliminar de nulidade por violação de domicílio foi rejeitada, pois houve consentimento da genitora de Felipe para entrada dos policiais, além de flagrante delito. 4. A desclassificação para porte de drogas não se aplica, pois as circunstâncias indicam tráfico. A causa de aumento de pena do artigo 40, III, foi afastada devido à distância do local dos fatos ao estabelecimento de ensino.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena-base e afastar a causa de aumento de pena, estabelecendo a pena final em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Regime inicial fechado mantido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

TESE DE JULGAMENTO: 1. A entrada em domicílio é lícita com consentimento ou em flagrante delito. 2. A causa de aumento do art. 40, III, não se aplica se a distância não se amolda ao conceito de imediação.

LEGISLAÇÃO CITADA:

CF/1988, art. 5º, XI; Lei nº 11.343/06, arts. 33, caput, e 40, III; CPP, art. 303.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RE nº 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.11.2015;

STJ - AgRg no HC n. 886.236/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 02.09.2024;

STJ, REsp nº 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05.03.2021;

TJSP, Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 29.01.2020.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 203

O apelante, **Felipe**, foi condenado à pena de seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque em **12.11.2024, por volta das 11h35min**, na Rua Aleixo Guarizo, nº 124, Bairro CDHU, Valentim Gentil, comarca de Votuporanga/SP, nas imediações de escola estadual, mantinha em depósito, para fins de tráfico, 4 porções de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Apurou-se que o apelante é conhecido nos meios policiais pela dedicação ao tráfico de drogas. Na data dos fatos, policiais militares se deslocavam para realização de patrulhamento no bairro rural Itaguaçu, momento em que visualizaram, em frente à residência do apelante, Wagner Júnior dos Santos Borges e João Victor Ribeiro de Oliveira Lima, usuários de drogas. Durante a abordagem, em revista pessoal, localizaram 7

porções de cocaína com Wagner e 2 porções de maconha com João Victor. Questionados sobre a procedência das drogas, informaram que haviam acabado de adquiri-las de Felipe, que, ao notar a abordagem dos dois indivíduos, tentou evadir-se do local pulando o muro de sua residência. Diante disso, os policiais militares iniciaram a perseguição e o localizaram dentro de um quarto da casa vizinha. Felipe foi detido e conduzido à sua residência. No local, a entrada dos policiais foi verbalmente autorizada pela genitora de Felipe e, no quarto do apelante, localizaram 4 porções de maconha, uma balança de precisão, uma navalha, um prato contendo resquícios de substância branca e R\$ 270,00 em diversas notas.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** preliminar de nulidade por violação de domicílio; **b)** desclassificação para porte de drogas; **c)** pena-base no mínimo legal; **d)** tráfico privilegiado na fração máxima; **e)** afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/06; **f)** regime inicial mais brando; e **g)** detração (fls. 227/252).

Contrarrazões da Acusação (fls. 261/269), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 7.2.2024 (fls. 210).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento do apelo para afastar a majorante prevista no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343 (fls. 283/288).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 203/208).

II – Fundamentação

A preliminar deve ser rejeitada.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece que *"a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*.

Consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendia-se que o ingresso de policiais em domicílio sem o consentimento do morador ou ordem judicial estaria autorizado, notadamente quando se constatava a ocorrência de delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo (art. 5º, inc. XI, segunda parte, da Constituição Federal, e art. 303 do Código de Processo Penal).

Entretanto, a fim de delimitar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, sob a ótica de repercussão geral, no julgamento do RE nº 603.616/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a tese no sentido 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"* (Tema 280).

Já o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.574.681/RS, definiu parâmetros para avaliar se a entrada forçada em domicílio é tolerável, por entender que a constatação posterior da situação de flagrância não justificaria a medida invasiva. No julgado, a Turma concluiu que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, deveria haver fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida e não simples

desconfiança que culmine numa situação de flagrância por mero acaso. Essas balizas, é claro, somente são aplicáveis na hipótese de ausência de consentimento do morador para a entrada em seu domicílio.

No caso, os policiais poderiam ingressar no imóvel, pois, as testemunhas Wagner e João Victor foram abordadas portando entorpecentes, as quais disseram terem adquirido do apelante. A equipe policial deslocou-se à residência de Felipe e, ao notar a aproximação da polícia, rapidamente tentou esconder-se no imóvel vizinho, onde foi detido. Nessas circunstâncias, havia indícios suficientes de que ele portava objetos ilícitos. Ademais, o policial militar Edmilson Rogério afirmou ter pedido autorização à genitora de Felipe para entrar no local (fls. 2), o que ratificou em Juízo.

Em caso semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior

da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, no STJ: REsp n. 1.574.681/RS. 3. No caso dos autos, os policiais estavam em patrulhamento de rotina quando se aproximaram do imóvel do acusado. **Nesse momento, perceberam que o paciente estava saindo pelo portão levando uma sacola e, ao avistar a viatura, se assustou e correu para o interior da residência**, deixou a bolsa e pulou o muro nos fundos da propriedade. Diante disso, os agentes ingressaram no domicílio e encontraram um "tijolo" de maconha na sacola e o restante da droga apreendida em um guarda-roupas dentro da residência. **4. A entrada no lar foi justificada pelo fato de o réu haver corrido para o interior da residência ao avistar os agentes**, o que não constitui uma situação justificadora do ingresso em seu domicílio, até porque esse comportamento pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar portando ou comercializando substância entorpecente. 5. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexu causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão do referido material ilícito. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ - *AgRg no HC n. 886.236/SP* - relator Ministro Rogerio Schietti Cruz – T6 - Sexta Turma - J. 2.9.2024 - DJe de 4.9.2024). Destacou-se.

Havia crime em andamento e fundadas suspeitas da presença de drogas na moradia, tendo sido apreendida 4 porções de maconha, dinheiro e aparato voltado ao tráfico de entorpecentes. Assim sendo, não há que se falar em violação de domicílio.

A prisão e a diligência no imóvel foram feitas em conformidade com os ditames legais. **O direito em análise não é absoluto, quando há flagrância, pode-se agir**, caso contrário, outro tipo de violação poderia ocorrer, até mais grave.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Se não tivessem agido, aí sim teriam problemas, por omitirem-se em dever de ofício, cometendo, em tese, a prevaricação.

Cumprе ressaltar que a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se exige necessária documentação e registro audiovisual, não incide na espécie, pois muito recente, dando novos contornos a entendimento diverso até então (*Habeas Corpus nº 598/051/SP - 2020/0176244-0 - Relator Rogerio Schietti Cruz - J. 5.3.2021*). E a nova interpretação tem período para ser implantada: *"Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal"*.

Por fim, em 2.12.2021, o Ministro Alexandre de Moraes, Supremo Tribunal Federal, anulou parte de decisão do Superior Tribunal de Justiça que impôs aos órgãos da segurança pública de todo o país a obrigação de registrar, em áudio e vídeo, o ingresso no domicílio de suspeito, com forma de comprovar o consentimento do morador (*RE 1342077*). Segundo o Ministro, ao estabelecer requisitos não previstos na Constituição Federal sobre a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI) e impor a obrigação a todos os órgãos de segurança pública do país, de modo a alcançar todos os cidadãos indistintamente, a Sexta Turma do STJ extrapolou sua competência jurisdicional. Ele explica que a natureza do habeas corpus não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica.

Julga-se o mérito.

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento do

culto e dedicado Magistrado, doutor Vinícius Castrequini Bufulin.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, boletim de ocorrência de fls. 11/14, auto de exibição e apreensão de fls. 15/16, fotografias de fls. 28, laudo de constatação de fls. 35/37 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 59/60 e prova produzida em Juízo, maconha foi apreendida.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, **negou a acusação**. Em relação aos fatos, nega envolvimento com tráfico de drogas, afirmando que os entorpecentes encontrados em sua residência destinam-se a seu consumo próprio. Declara que é usuário de cocaína, maconha e crack, mas que não comercializa nenhuma dessas substâncias. Encontrou Wagner e João Victor na rua, ocasião em que Wagner lhe ofereceu uma porção de cocaína para que experimentasse. Pouco depois, segundo o interrogado, policiais chegaram em sua residência e entraram no local, momento em que ele tentou fugir, mas acabou caindo do muro e lesionando o tórax. Os policiais realizaram uma busca no imóvel e localizaram três porções de maconha dentro do guarda-roupas e uma pequena quantidade de cocaína em um prato. Também foi apreendida uma balança de precisão que utiliza para pesar a droga no momento da compra para uso pessoal. Na residência, havia ainda a quantia de R\$ 100,00, que alega ter recebido como servente de pedreiro. Não autorizou a entrada dos policiais em sua residência. Não sabe o conteúdo do que assinou em um tablet que estava em posse de um dos policiais (fls. 8/9).

Em Juízo, reiterou a negativa. **Não é traficante. Encontrou João Victor e Wagner na padaria próxima a sua casa.** Wagner deu cocaína para experimentar. **Usava a droga em sua casa quando a viatura chegou.** As testemunhas estavam com os policiais. Sua mãe desmaiou com a chegada dos

policiais. Após sua prisão, não se envolveu novamente com o crime. Trabalha com obras. É usuário de maconha. A balança é antiga e a utilizava para pesar as drogas adquiridas. Na última prisão foi preso com crack, para seu próprio consumo. Usa pedra, cocaína e maconha. Os policiais lhe perseguiram. Estava com João Victor na última prisão.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A negativa não convence.

Edmilson Rogério, policial militar, depôs que visualizaram dois indivíduos em uma praça pública, local onde as pessoas reclamam de tráfico de drogas. **Abordaram dois indivíduos portando drogas, um com cocaína e o outro com maconha.** Perguntaram a procedência e se o motivo. **Eles alegaram que se tratava de entorpecentes para uso próprio e haviam comprado de Felipe. O local é próximo da residência de Felipe, mais de 50 metros.** Ao chegarem no imóvel, o apelante saiu correndo. Ele pulou o muro e entrou na casa da vizinha. Esta ficou assustada e autorizou a entrada. Indagado, disse que já teve problemas anteriormente com entorpecentes. Estava com medo porque os

meninos acompanhavam os policiais. **Afirmou que havia drogas em cima da cama dele.** Franqueada a entrada, localizaram maconha, um prato, pó branco e navalha para picar. **Wagner disse que adquiriu drogas de Felipe. Em outra data, realizava patrulhamento quando avistou Felipe em uma bicicleta, acompanhado de dois indivíduos, um deles era João Victor.** Realizou a abordagem. **A ocorrência também foi por tráfico de drogas.** Após ser apresentado no distrito ficou solto. Não tem nada contra Wagner. Felipe disse que é usuário. Não se recorda o valor exato que Wagner disse ter comprado de Felipe. Ele reside nas proximidades de uma praça, onde há muitas crianças. O pessoal reclama que o tráfico induz as crianças ao mau hábito.

Desistiu-se da oitiva do policial militar Renato (fls. 203).

O policial, em depoimento coeso e seguro, incrimina o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Com relação ao local em que a equipe policial abordou as testemunhas Wagner e João Victor, não há divergência importante quando comparado às declarações prestadas em sede administrativa (fls. 2), uma vez que não há alteração no cerne dos fatos. Além disso, o policial esclareceu em Juízo que o imóvel do apelante era próximo ao local de abordagem das testemunhas, não havendo razões para rechaçar seu depoimento. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrente. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de

seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que o integrante da Polícia Militar tenha desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Wagner, testemunha, disse que não é parente do apelante. No horário do almoço, estava indo embora da casa de sua tia e encontrou João Victor no caminho. **É usuário e portava entorpecentes. Pretendia fumar com João Victor em sua residência.** Perguntaram onde havia adquirido as drogas. **Um policial lhe pressionou para contar.** Tem amigos em comum com Felipe, mas não sabe o que ele faz da vida. **Não tem nada contra os policiais militares ou civis. O delegado também lhe pressionou. O que está em seu termo de declarações é uma mentira. Não adquiriu as drogas de Felipe.** Adquiriu os entorpecentes 2 dias antes. Estava com dez porções de cocaína, cerca de 10 gramas. **Usa as drogas para trabalhar, pagou cerca de R\$ 300,00.** Desconhece o endereço de Felipe, mas sabe que é longe. João Victor estava com ele, mas não presenciou esses fatos.

Ressalte-se que, no distrito policial, a testemunha admitiu ter comprado entorpecentes de Felipe (fls. 6). Em Juízo, negou ter prestado tais declarações. De toda sorte, o restante da prova oral realmente incrimina o apelante.

Desistiu-se da oitiva da testemunha João Victor (fls. 203). Em sede administrativa, ele não informou de quem adquiriu as substâncias encontradas consigo (fls. 5).

Mayara, testemunha de defesa, é vizinha do apelante. Estava na frente do imóvel quando presenciou a chegada da viatura. Eles não haviam passado antes. **Naquele momento, estava acompanhada da senhora Maria, mãe do apelante.** Dentro da viatura havia dois rapazes. Não visualizou Felipe correr. Soube que ele pulou para a casa vizinha. O portão estava encostado com o cadeado. Eles chegaram abrindo e pedindo por "Felipinho". A mãe de Felipe desmaiou. **Soube da apreensão de drogas. Felipe é usuário de maconha e cocaína. Já presenciou o apelante usando entorpecentes na frente da residência dele.** Conhece os rapazes de vista. Não acompanhou as buscas. **Quem vende drogas é Wagner.** Não sabe dizer se Felipe compra dele. Chegou ao local praticamente ao mesmo tempo dos policiais militares.

O dito pela testemunha de defesa tenta conferir credibilidade à tese defensiva de ingresso desautorizado no domicílio e a condição de mero usuário de drogas, o que não ficou comprovado.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Depreende-se do acervo probatório que Wagner e João Victor foram abordados pelos policiais militares portando **10 porções de cocaína e 2 porções de maconha.** Ao serem questionados sobre o vendedor de tais entorpecentes, **Wagner apontou que havia adquirido de Felipe.** O policial militar ouvido em Juízo esclareceu que a residência do apelante é próxima ao local de abordagem e para lá se deslocaram. Assim que chegaram na casa do recorrente, este rapidamente pulou o muro da residência vizinha. A moradora autorizou o ingresso para buscas. Felipe foi localizado e detido. Indagado, admitiu que guardava drogas

em seu quarto. A genitora do apelante encontrava-se no local dos fatos e franqueou a entrada da equipe policial. No quarto de Felipe, os policiais localizaram mais **4 porções de maconha** (30,31 gramas, fls. 36), **R\$ 270,00 em espécie, uma balança de precisão**, além de um prato com resquícios de drogas e uma navalha (fls. 15/16).

Ressalta-se que o dinheiro apreendido no quarto do apelante é compatível à quantidade de entorpecente localizada com Wagner e João Victor (10 porções de cocaína e 2 porções de maconha). Aliás, Wagner em solo policial aduziu ter entregue R\$ 350,00 a Felipe (fls. 6).

Importa salientar que o apelante era conhecido pelo comércio proscrito e já foi preso pelo mesmo delito, inclusive na companhia de **João Victor** (autos nº 1506536-95.2023.8.26.0664, fls. 38/39).

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tipifica diversas condutas e, como tipo penal misto alternativo, não exige que o agente seja flagrado comercializando substâncias entorpecentes. A realização de uma ou mais dessas ações é suficiente para caracterizar o delito.

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* - 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

Não se cogita a desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Ainda que o apelante tivesse quantidade inferior a 40 gramas de maconha em seu poder, as circunstâncias do flagrante não indicam que o consumo de drogas era exclusivo, especialmente porque Wagner, arrolado como testemunha, confirmou em solo policial ter adquirido cocaína e maconha do apelante – muito embora em Juízo tenha sustentado versão diversa, no sentido de que os policiais civis e militares decidiram "forjar" as declarações prestadas em sede administrativa.

De toda sorte, **eventual condição de usuário não afasta, por si só, a traficância**. Sobre a questão já se manifestou esta C. Corte: “A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP HC 42.229-3 Rel. Onei Raphael RJTJSP 101/498) (Apelação Criminal nº 0005242-67.2018.8.26.0564 - 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Marco Antônio Cogan - J. 8.8.2019, publicação eletrônica no site, p. 15).

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria sofre reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base pode ser fixada no piso, pois as circunstâncias do caso concreto não extrapolaram ao previsto no tipo penal, sobretudo porque não há mostras de que o tráfico de drogas tenha sido efetivado na residência do apelante ou na via pública, tem-se cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Na **segunda fase**, não havia atenuantes ou agravantes.

Na **terceira fase**, a causa de diminuição de pena prevista no **artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006** não se aplica. A redução é cabível desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso, o benefício não é recomendável por haver indicativos de dedicação ao tráfico, vez que foi posto em liberdade em **11.9.2023**, por crime de mesma natureza (autos nº 1506536-95.2023.8.26.0664, fls. 38/39), mas voltou a perpetrar o comércio ilícito.

Saliente-se que o benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio único na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime.

No Excelso Supremo Tribunal Federal, sobre a dedicação a atividades criminosas, já se decidiu: "EMENTA AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADO COM FUNDAMENTO NA *DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA*. NECESSÁRIO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certo grau de discricionariedade, o que não afasta o controle de legalidade e constitucionalidade dos critérios e da motivação utilizados. 2. **A conduta social, os maus antecedentes, a reincidência, o concurso de agentes, a quantidade de drogas apreendidas, as circunstâncias da apreensão e a existência de ações penais em curso são exemplos de elementos aptos a indicar a dedicação do agente a atividade criminosa, fundamento idôneo para o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.** 3. A aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada em razão do “envolvimento reiterado nesta prática delitiva”. 4. É inadmissível, na via estreita do habeas corpus, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva –



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

descaracterização da *dedicação* do agravante *a atividade criminosa* – do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias. 5. Agravo interno desprovido." (*HC 209928 AgR/RS* – Rio Grande do Sul – 2ª T. – Rel. Min. Nunes Marques – J. 21.3.2022 – Publ. 19.4.2022). Grifou-se.

Por fim, a majorante prevista no **artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06** deve ser afastada. A partir da imagem de fls. 70, juntada pelo Ministério Público, nota-se que há uma distância de **550 metros** entre o local dos fatos e o estabelecimento de ensino. Portanto, tal distância não se amolda ao conceito de imediação previsto no dispositivo em questão.

Total da pena: cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

A **pena é final**, pois mais nada a altera.

Cada dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime inicial é o fechado.

A fim de fixar o regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no **art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988**, afirmou que **a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia**, dentre outras infrações penais, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, pelo delito

respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**art. 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei

nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (**Habeas Corpus nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (**Habeas Corpus nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (**Habeas Corpus nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (**Habeas Corpus nº 91360/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Embora o apelante não registre condenações criminais prévias aos fatos, envolveu-se em delito de mesma natureza (recebimento da denúncia em 11.9.2024, fls. 38), revelando intimidade com o comércio proscrito.

Denota, pois, periculosidade, ousadia, personalidade desvirtuada e conduta social imprópria, não respeita os princípios ético-jurídicos da sociedade, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

Pode o juiz determinar o cumprimento da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a

concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada, previne-se infrações penais e reintegra-se na sociedade o recorrente.

A redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, permite a escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas. Porém, deixa-se no regime eleito, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Acrescente-se que se houver execução, provisória ou definitiva, esse juízo será feito necessariamente.

Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos ou concessão de "sursis". A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I; e artigo 77, "caput", ambos do Código Penal). Além disso, o apelante envolveu-se recentemente em delito de mesma natureza, assim, a concessão da benesse não será suficiente para inibir a conduta.

O art. 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem

comete uma infração penal, que não é o caso.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso para reduzir a pena-base e afastar a causa de aumento de pena do artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, estabelecendo a pena final em cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, no mais, a respeitável sentença é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 206). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal, notadamente diante da contumácia no tráfico de drogas. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.