



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000297264

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503192-80.2024.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é recorrente DIOGO AURELIO FARIA LANDIOSO, é recorrido 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: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 27 de março de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1503192-80.2024.8.26.0047
Comarca de Assis - 2ª Vara Criminal
Apelante: Diogo Aurelio Faria Landioso
Apelado: Ministério Público
TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
Voto nº 51.335

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – PROVA ILÍCITA – NÃO VERIFICADO - PLEITO ABSOLUTÓRIO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO VERIFICADO – A Polícia Militar recebeu denúncias de que no local apontado estaria ocorrendo o tráfico de drogas por um indivíduo denominado Diogo. Então os policiais se dirigiram até a referida localidade, qual seja, um cortiço com vários cômodos para aluguel, e adentraram através do corredor de uso comum, sendo que ao se aproximarem da residência do acusado, puderam ver pela janela da cozinha, o apelante embalando drogas para posterior comercialização. Ao visualizar a equipe policial, ele correu para o quarto, levando consigo um tijolo de crack, que veio a arremessar pela janela, de modo que ingressaram no imóvel e o prenderam em flagrante delito. Portanto, houve o ingresso regular no domicílio, ante a existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizaram para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão, sendo observadas as diretrizes estabelecidas pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 603.616, Tema 280, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes. De outro lado, demonstrada satisfatoriamente a autoria e a materialidade da prática do crime de tráfico, devendo ser mantida a condenação do agente decretada em primeiro grau.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - INVIABILIDADE - Diante de um conjunto harmônico de evidências de que o acusado guardava drogas para a venda e, por outro lado, não se desincumbindo eles do ônus de comprovar que a elevada quantidade e diversidade de drogas apreendida servia apenas para consumo, não há como dar guarida ao pedido de desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06.

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - INVIABILIDADE - Restando comprovado que o acusado se dedicava à atividade criminosa, não merece ser reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na medida em que foram apreendidos juntamente com as drogas apetrechos relacionados à mercancia ilícita, tais como um prato com pedaços de crack, balança de precisão, faca com resquícios de droga, bem como embalagens para embalo, uma bolsa com várias porções de cocaína embaladas e prontas para a venda, além da quantia de R\$ 965,00 em notas diversas, tudo indicando que fazia do tráfico meio de subsistência, auferindo renda da atividade ilícita em questão, denotando habitualidade criminosa. Precedentes do STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA CARCERÁRIA POR ALTERNATIVA – IMPOSSIBILIDADE - Diante da quantidade de pena aplicada, incabível

a substituição da pena, nos termos do art. 44, do CP.

ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE - Embora o apelante seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, a expressiva quantidade, natureza e diversidade de drogas foi utilizada na primeira fase da dosimetria para majorar a pena-base, considerada como circunstância judicial desfavorável, aliada ao fato de o apelante dedicar-se à atividade criminosa, mostra-se adequada a manutenção do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42, da Lei 11.343/2006.

Recurso improvido.

Vistos.

1 - Trata-se de recurso de apelação interposto por Diogo Aurelio Faria Landioso contra a r. sentença prolatada em 10 de dezembro de 2024, pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis, que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 666 dias-multa, no piso, negado o recurso em liberdade (fls. 189/201).

Insurge-se a Defesa, pugnando, preliminarmente, pela ilicitude da prova decorrente de violação de domicílio pelos policiais sem que houvessem fundadas razões. No mérito, postula a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, requer a revisão da dosimetria, com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com a redução máxima de 2/3 (dois terços), a substituição da carcerária por restritiva de direitos e a fixação do regime inicial aberto (fls.

235/258).

Em contrarrazões, o Ministério Público postulou pelo improvimento do recurso (fls. 262/264).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 275/291).

Este, em síntese, é o relatório.

Da preliminar.

Inicialmente, a questão preliminar, por envolver incursão aprofundada no mérito, será analisada oportunamente.

Passemos à análise do mérito recursal.

2 – Consta da denúncia que, em 20 de agosto de 2024, por volta das 19h15min, na Rua Antônio Viana Silva, n.º 488, Vila São João, na cidade e Comarca de Assis, o apelante guardava e mantinha em depósito, sem autorização e para posterior entrega ao consumo de terceiros, drogas, consistentes em 21 porções de cocaína, com peso aproximado de 33,17g, 1 porção de maconha, com peso aproximado de 81,9g, e 01 (um) tijolo de crack, com peso aproximado de 989,43g, sendo certo que tais substâncias causam dependência psíquica.

A Polícia Militar recebeu informação de que no local acima mencionado estaria ocorrendo o tráfico de drogas por um indivíduo denominado Diogo.

Então os policiais se dirigiram até a referida localidade, qual seja, um cortiço com vários cômodos para aluguel, e

adentraram através do corredor de uso comum, sendo que ao se aproximarem da residência do acusado, puderam ver pela janela da cozinha, o acusado embalando entorpecentes para posterior comercialização.

Ao visualizar a equipe policial, o acusado correu para o quarto, levando consigo um tijolo de droga, que veio a arremessar pela janela.

Diante de tais fatos, foi procedida a abordagem do acusado, além de buscas na residência, sendo que, no local, foram localizados na mesa da cozinha, 1 prato com pedaços de crack, 1 balança de precisão, 1 faca com resquícios de droga, embalagens para embalo de drogas, 1 bolsa contendo diversas porções de cocaína já embaladas e prontas para a venda, além de R\$ 965,00 em notas diversas. O celular do acusado também foi apreendido, entretanto não foi possível acessar seu conteúdo.

Ainda, ao verificarem o que o denunciado teria jogado pela janela, os policiais encontraram mais 2 porções de crack e um tijolo da mesma droga.

Indagado, Diogo confessou a propriedade e mercancia dos entorpecentes.

Dessa forma, diante da quantidade da droga apreendida, as informações anteriores de que o denunciado estava praticando o tráfico de drogas, além de sua confissão aos policiais, á se concluir que o denunciado promovia o tráfico de drogas no local e o entorpecente apreendido era destinado a tal finalidade.

A denúncia foi oferecida em 19 de setembro de

2024 (fls. 1/3 e 92/94).

O acusado foi preso em flagrante, convertida em preventiva, em sede de audiência de custódia (fls. 54/58).

O apelante foi notificado (fls. 141) e apresentou defesa preliminar (fls. 152/154).

A denúncia foi recebida em 29 de outubro de 2024 (fls. 155/156) e o acusado regularmente citado (fls. 173).

A r. sentença foi publicada em 17 de dezembro de 2024 (fls. 209).

A materialidade esta devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 4/6), boletim de ocorrência (fls. 14/19), auto de exibição e apreensão (fls. 20/21), laudo de constatação (fls. 24/27), fotografias da apreensão (fls. 33/42), laudos químico toxicológicos definitivos (fls. 78/80 e 131/134), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria é inconteste.

Na fase policial, acusado permaneceu silente (fls. 12).

Interrogado em Juízo, o apelante afirmou que na data não praticava o crime. Foi apresentada droga após a prisão pelos policiais. Eles enquadraram o depoente. O depoente estava deitado na cama, saiu lá fora ver, viu o policial pulando o portão. Foi enquadrado na cozinha. Deitou no chão. O depoente falou calma, pois tinha filha e esposa. O policial

falou que tinha denúncia de drogas, para procurarem. Perguntaram para o depoente. Falaram que iam levar o depoente preso. Não entende dos fatos, nunca foi preso ou respondeu processo. A filha estava no dia chorando. Não teve luta corporal. O celular estava na mesa. Os policiais que trouxeram e colocaram na mesa, falaram que o depoente ia assumir. Não viu de onde eles trouxeram a droga. O policial já havia enquadrado antes dizendo que sabia que o réu vendia drogas. Uns meses antes fugiu da polícia por estar com pneu careca da moto. Não houve resistência do depoente, só falou "calma" aos policiais. O depoente não estava sentado, estava na verdade no quarto, não tinha como ter jogado nada pela janela. Após a prisão ficou sabendo que no local onde morou havia tráfico no local, o depoente mora há três meses no local. Os policiais derrubaram o depoente no chão e seguraram, só isso. Não houve luta corporal. Tinha mais de cinquenta pessoas na frente da casa do depoente quando o declarante saiu. O depoente nunca se envolveu em tráfico ou consumo de drogas. Os policiais nunca viram o depoente com droga. O dinheiro apreendido eles pegaram falando que estava com o depoente, com o declarante tinha seiscentos reais, que era da namorada, de pensão e venda de brigadeiro. O depoente tem uma filha que fará nove anos (registro audiovisual).

Na fase extrajudicial, o policial militar Marcos Augusto dos Santos afirmou que: “durante saturação pelo bairro São Jorge a equipe foi averiguar denuncia de Tráfico de drogas na Rua Antônio Viana, 488, local esse que seria uma espécie de cortiço onde há vários cômodos disponíveis para aluguel, sendo o possível vendedor das drogas a pessoa de Diogo. No local, a equipe adentrou pelo corredor de uso comum e ao se aproximar da residência de Diogo foi possível vê-lo sentado, embalando

drogas na mesa da cozinha, este ao visualizar a equipe correu para o quarto levando consigo um tijolo de droga, sendo acompanhado e visto jogando as drogas pela janela do quarto. No momento da abordagem, Diogo ofereceu resistência e foi necessário o uso da força física e técnicas de imobilização para algemá-lo. Na mesa da cozinha foram encontrados 1 prato com pedaços de crack, 1 balança de precisão, faca com resquícios de droga, bem como embalagens para embalo, 1 bolsa com várias porções de cocaína embaladas e prontas para a venda além de R\$ 950,00 em notas diversas. A equipe então foi verificar o que ele teria jogado pela janela do quarto e neste momento foram encontrados 02 porções grandes de crack embaladas em plástico filmes e 1 tijolo da mesma droga. Indagado, disse que toda a droga encontrada era de sua propriedade e que estaria vendendo as mesmas, alegando ainda, que sua esposa Manuela não teria participação em nada” (fls. 7/8).

Em Juízo, o policial militar Marcos Augusto dos Santos, relatou que na data em questão estavam em patrulhamento pelo Bairro São Jorge, conhecido como morro. Com base em denúncias, foram ao local, de que indivíduo Diogo estaria fazendo tráfico no local. Foram ao endereço, que é um cortiço, adentraram onde há algumas casas em um corredor comum. No corredor comum chegaram próximo da casa do Diogo, fizeram observação e viram ele sentado próximo de uma mesa na cozinha embalando drogas. Quando ele presenciou a equipe, tentou se evadir correndo para dentro do quarto. Visualizaram ele jogando a droga na janela. Abordaram o Diogo, ele resistiu. Fizeram uso de força para conter. Na mesma mesa da cozinha localizaram um prato com várias pequenas porções de crack, apetrechos para embalo, balança de precisão, faca com resquícios, uma bolsa tipo pochete com cocaína já embalada, novecentos e cinquenta reais em

dinheiro e um aparelho celular. O réu tentou quebrar o celular no momento. Após ele ser algemado, pularam um muro ao lado para acessar aos fundos, não dava para passar pela janela onde ele jogou a droga. Lá no fundo encontraram outras duas pedras grandes de crack e um tijolo grande crack. O depoente nunca havia atendido ocorrência com o réu. Era de conhecimento dele ter ocorrência, mas o depoente não teve participação. Mas de denúncia tinham sim, foi passada há aproximadamente quinze dias para a equipe. Além da polícia, no imóvel era uma espécie de cortiço, havia três ou quatro pequenas casas. No imóvel com Diogo estava uma criança, não se recorda a idade, mas de menos de dez anos de idade. Havia uma outra jovem, namorada do réu, também menor de idade, só em Delegacia tomaram conhecimento da idade dela. A outra criança era filha do Diogo. Todos presenciaram a abordagem. As menores que estavam no imóvel presenciaram a resistência à abordagem (registro audiovisual).

Na fase inquisitiva, o policial militar Alessandro Almeida Furlan disse que: “Durante saturação pelo bairro São Jorge a equipe foi averiguar denúncia de Tráfico de Drogas pela Rua Antônio Viana Silva 488 (Fundos), local esse que funciona como uma espécie de cortiço onde há vários cômodos alugados, e tendo como possível vendedor Diogo. Chegando ao local a equipe adentrou pelo corredor de uso comum, e ao se aproximar da residência de Diogo já foi possível vê-lo sentado, embalando drogas na mesa da cozinha, este ao visualizar a equipe correu para o quarto levando consigo um tijolo de droga, sendo acompanhado e visto jogando as drogas pela janela do quarto. Diogo ofereceu resistência a abordagem, sendo necessário uso de força física e técnica de imobilização para algemá-lo, na mesa da cozinha estavam 01 prato com pedaços de crack, 01 balança de precisão, faca com

resquícios de droga, bem como embalagens para embalo, 01 bolsa com várias porções de cocaína embaladas e prontas para a venda além de R\$ 965,00 em notas diversas. Ao verificar o que ele teria jogado pela janela do quarto, foram encontradas 02 porções grandes de crack embaladas em plástico filme e 01 tijolo da mesma droga. Indagado, ele admitiu que toda a droga localizada seria sua e que estava vendendo, que sua esposa Manuela não teria participação em nada. Diante dos fatos foi dado Voz de Prisão a ele e apresentados no Plantão Policial onde o Delegado ratificou a Voz de Prisão a Diogo, ouviu Manuela como testemunha e a liberou” (fls. 9/10).

O policial militar Alessandro Almeida Furlan, em Juízo, narrou que na data dos fatos estavam em patrulhamento, foram averiguar denúncia de tráfico de drogas e perceberam que o local era um cortiço. Adentraram em um corredor de uso comum. Viram a residência do réu, estava na residência na cozinha embalando drogas. Ele correu com um tijolo de drogas na mão. Viram ele jogando drogas pela janela. Abordaram o réu, algemaram, usaram força para contê-lo e algemá-lo. Foram até a cozinha. Lá tinha prato com pedras fracionadas de crack, bolsa com cocaína, dinheiro, faca com resquícios de droga. Foram averiguar o que ele tinha jogado, eram dois pedaços de crack e um tijolo de crack. O réu assumiu que a droga era dele, que estava vendendo, disse que a esposa, que estava no local, não sabia de nada. A denúncia já tinha há uns quinze dias. Já havia abordado o réu antes, já tiveram mais de uma denúncia àquele local. Algumas denúncias eram nominais ao réu. Dentro da residência o réu confirmou estar vendendo drogas. Quando foram ouvidos em Delegacia são ouvidos separados. A esposa deve ter presenciado o réu confessando o tráfico, mas não sabe se ela vai confirmar. Levaram a esposa na delegacia. Além da família, nessas horas

ninguém quer se envolver, por isso não levaram outras testemunhas. Os policiais viram o réu jogando as drogas. Estavam em três policiais, geralmente ouvem dois na delegacia (registro audiovisual).

Ouvida somente na fase policial, a adolescente Manuella A.M., afirmou que: “Namora Diogo há aproximadamente 01 ano. Na presente data estava se arrumando para ir treinar, quando Diogo veio correndo e jogou algo pela janela do quarto e disse “calma”. Nesse momento já viu a Polícia entrando no local. Que a Polícia entrou na residência, abordou todos do local. Após alguns minutos, viu os policiais saindo da casa com as drogas. Afirmo que reside com Diogo apenas há 02 meses e que nunca teria visto droga na casa. Também afirmo que não tinha conhecimento eu namorado traficava drogas" (fls. 11).

Em Juízo, a testemunha de defesa Hely de Oliveira, disse que na data ficou sabendo dos fatos através do pai do réu. Conhece o réu desde quando ele tinha dois anos de idade. O réu é pessoa boa, doce, não tinha vício. O depoente é pastor. Era um menino bom e de família. Nunca teve conhecimento de envolvimento dele com o tráfico de drogas. Ele trabalhou na Duaço por um bom tempo também, nas Lojas Americanas (registro audiovisual).

Assim vista a prova, conclui-se que a condenação era mesmo de rigor.

A apreensão dos entorpecentes e apetrechos em poder do apelante, somada aos depoimentos por tudo incriminadores dos policiais militares autuantes, formam conjunto suficiente a embasar a condenação.

A negativa do acusado restou isolada em contradição com as demais provas amealhadas aos autos.

Por sua vez, os milicianos, em uníssono, relataram que em razão de denúncias informando que a pessoa de Diogo estaria praticando o tráfico no local apontado, se dirigiram ao endereço noticiado, que se trata de um cortiço e adentraram em um corredor de uso comum, e ao se aproximar da residência de Diogo, fizeram observação e o viram sentado à mesa da cozinha embalando drogas. Quando ele visualizou a equipe, tentou se evadir correndo para dentro do quarto. Visualizaram ele jogando a droga pela janela. Realizaram a abordagem do acusado, tendo ele resistido. Na mesma mesa da cozinha localizaram um prato com várias pequenas porções de crack, apetrechos para embalo, balança de precisão, faca com resquícios, uma bolsa tipo pochete com cocaína já embalada, novecentos e sessenta e cinco reais em dinheiro e um aparelho celular. O réu tentou quebrar o celular no momento. Após ele ser algemado, pularam um muro ao lado para acessar aos fundos e encontraram outras duas pedras grandes de crack e um tijolo grande da mesma droga.

Diante da apreensão de expressiva quantidade de drogas no local, restou delineada a situação de flagrante, contemplada nos artigos 302, inciso I, e 303, ambos do Código de Processo Penal, sendo o apelante preso quando praticava a infração penal.

Não obstante as ponderações da nobre defesa, não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da diligência policial a caracterizar a ilicitude da prova por violação de domicílio.

Pela prova amealhada aos autos, havia denúncias

anteriores informando que naquele endereço a pessoa de Diogo praticava o tráfico. Os policiais relataram de forma firme e coesa que em posse de tal informação se dirigiram ao local dos fatos, que se trata de um cortiço com vários cômodos para locação, e passaram a transitar pela área comum da edificação, oportunidade na qual, ao passarem na frente da residência de Diogo, o avistaram, pela janela, embalando entorpecentes. Destacaram, ainda, que o acusado tentou empreender fuga, mas que conseguiram contê-lo.

A namorada do acusado, que estava presente no local e foi ouvida somente na fase policial, afirmou que estava se arrumando para ir treinar, quando Diogo veio correndo e jogou algo pela janela e disse “calma”. Nesse momento viu a Polícia entrando no local, em consonância com os depoimentos dos militares.

Portanto, diante das fundadas suspeitas de que o acusado praticava a mercancia ilícita no local, eis que visualizado pela janela embalando drogas na cozinha, não denota qualquer ilicitude da diligência policial a caracterizar violação de domicílio.

Oportuno consignar que o mandado de busca e apreensão é desnecessário quando se trata de situação de flagrante delito por crime permanente, como no presente caso (tráfico ilícito de drogas).

Embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, visto que, sendo o delito de natureza permanente, assim compreendido aquele em que a consumação se prostrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a

atividade criminosa, dada a situação de flagrância.

O E. Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, 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).

Houve o ingresso regular no domicílio, ante a existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizaram para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão.

Como dito, a posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. Incide, em tais hipóteses, outra das exceções à reserva jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

A abordagem do acusado foi precedida de fundadas suspeitas, não se vislumbrando qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte dos agentes públicos que conduziram a diligência.

Ademais, as fundadas suspeitas restaram devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, confirmadas *a posteriori* pela apreensão um prato com pedaços de crack, uma balança de precisão, uma faca com resquícios de droga, embalagens para embalo de drogas, uma bolsa contendo diversas porções de cocaína já embaladas e

prontas para a venda, duas porções de crack, um tijolo da mesma droga, bem como aproximadamente R\$ 965,00 em espécie.

No caso em análise, foram observadas as diretrizes estabelecidas pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 603.616, tema 280, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, tornando legítimo o ingresso forçado na residência do acusado sem mandado judicial e independentemente de autorização.

Ademais, o Ministro Alexandre de Moraes, do E. Supremo Tribunal Federal, anulou parte de decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) 1.342.077-SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que impôs aos órgãos de segurança pública de todo o país a obrigação de registrar, em áudio e vídeo, autorização do morador para ingresso em seu domicílio, como forma de comprovar o consentimento.

Segundo o Ministro, ao estabelecer requisitos não previstos na Constituição Federal sobre a inviolabilidade domiciliar e impor obrigação a todos os órgãos de segurança pública do país, a Sexta Turma do STJ extrapolou sua competência jurisdicional e ofendeu o princípio da legalidade.

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA N. 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM DESCONFORMIDADE COM O DECIDIDO NO RE 603.616. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Nos crimes de

natureza permanente – tráfico de entorpecentes, na espécie –, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado desde que a medida esteja amparada em fundadas razões (Tema n. 280/RG). 2. Considerando o reconhecimento de autorização da moradora para o ingresso em domicílio, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça divergiu do entendimento firmado no Tema n. 280 da repercussão geral. 3. Agravo interno desprovido.” (STF, AgRg no REExt nº 1.358.185/GO, Rel. Ministro Nunes Marques, Segunda Turma, j. 16/5/2022).

Ainda.

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. PRESENÇA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS A INDICAR FUNDADAS RAZÕES DA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS DURANTE A ENTRADA EM DOMICÍLIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS POR ESTA SUPREMA CORTE NO RE 603.616-RG, TEMA 280, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 10/5/2016. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (STF, Ag.Reg. no REExt com Agravo nº 1.411.272/SC, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17/2/2023).

No caso em análise, foram observadas as diretrizes estabelecidas pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 603.616, Tema

280, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes.

Portanto, ao revés do alegado pela nobre Defesa, não há se falar em violação de domicílio a amparar a tese de ilicitude da prova.

De outro lado, o fato de os depoimentos dos policiais militares colhidos na fase extrajudicial serem similares, por si só, não permite concluir por sua ilicitude, sob a ilação de que teriam sido ouvidos juntos.

Ademais, sob o crivo do contraditório, o policial Alessandro confirmou que foram ouvidos separadamente na delegacia.

É cediço que eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o inquérito policial peça meramente informativa e não probatória, que tem por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal.

Com efeito, não cuidou a Defesa de produzir qualquer prova, a fim de comprovar sua alegação, invertendo-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, preleciona Mirabete:

“Ônus da prova (onus probandi) é a faculdade de que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das

partes.” (Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, 8ª ed., p. 412).

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.

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

Assim, o fato de serem as testemunhas funcionários da Polícia não basta, por si só, para afastar a credibilidade de seus depoimentos, sendo, inclusive, desnecessária a ratificação de suas alegações por testemunha civil.

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.

Nesse sentido.

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 Câm. 3º Grupo da Seção Criminal – AC nº486.595.3/0 – j. 15.02.2007 – Rel. Des. Debatin Cardoso).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“É assente nesta Corte o entendimento de que são

válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte”. (STJ - AgRg no Ag 1158921/SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2009/0117484-5 - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - T6 - SEXTA TURMA – DJe 01/06/2011).

Não entendo que os depoimentos dos milicianos 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 militares, 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, mormente porque sequer o conheciam anteriormente aos fatos.

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” (in 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).

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

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).

A versão do acusado no sentido de que não possuía drogas em seu poder não merece guarida, mormente porque nenhuma prova foi produzida nesse sentido.

Além disso, nenhuma prova foi produzida no sentido de que os policiais teriam forjado o encontro tamanha quantidade de drogas, apetrechos e quantia em dinheiro na casa do acusado no intuito de prejudicá-lo injustamente, não se olvidando que denúncias anteriores já apontavam que Diogo praticava a mercancia ilícita naquele local.

No ponto, conforme bem elucidado pelo d. magistrado sentenciante, *in verbis*:

“Com efeito, destaco que junto aos entorpecentes também foram localizados e apreendidos, no local dos fatos, uma balança digital e embalagens plásticas (fls. 20/21), objetos os quais são destinados à distribuição e comercialização de drogas, para, respectivamente, dosar e embalar os entorpecentes. Inclusive, há de se destacar que a balança digital

apreendida foi submetida a exame pericial e nela foi constada a presença de cocaína, conforme laudo pericial de fls. 131/134, evidenciando, pois, a sua utilização na dosagem de drogas.

“A esse respeito, ainda, destaco que o laudo pericial de fls. 131/134 também constatou a presença de resquícios de entorpecentes em uma faca e em um prato que foram apreendidos em posse do acusado no local dos fatos, atribuindo, assim, maior veracidade ao relato dos policiais no que tange à afirmação de que o acusado foi encontrado enquanto estava embalando entorpecentes.

“Ainda, reputo que houve a apreensão de R\$ 965,00 (novecentos e sessenta e cinco reais) em espécie e notas variadas, denotando a efetiva mercancia de entorpecentes, sendo oportuno salientar que tais “negociações comerciais”, em sua grande maioria, são realizadas com dinheiro em espécie a fim de se evitar lastros que permitam que as autoridades públicas cheguem às suas pessoas.

“Por fim, é oportuno destacar que a apreensão concomitante de entorpecentes acondicionados à granel e também embalados em unidades individuais para comercialização indica a rotatividade do tráfico de drogas pelo acusado, fato este que é enrijecido, também, pelo montante de entorpecentes apreendidos (1,114Kg – Um quilograma e cento e quatorze gramas).

“Diante disso, verifica-se que a versão apresentada pelo réu restou isolada nos autos, sendo certo que o único depoimento em seu favor advém de uma testemunha que não presenciou os fatos (Hely), sendo tal relato de caráter meramente abonatório, não possuindo, pois, o condão de

afastar os elementos concretos anteriormente mencionados.” (fls. 197).

Dessa forma, à luz dos depoimentos colhidos na instrução probatória e diante das circunstâncias nas quais o delito se desenvolveu, evidente que o apelante cometeu o crime de tráfico ilícito de drogas. São diversos os fatos e circunstâncias que, considerados em conjunto, convergem para o convencimento acerca da destinação comercial do entorpecente apreendido, de modo a caracterizar o crime tipificado no *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, não há que se falar em absolvição.

Nesse sentido:

“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).

Ainda.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DEDROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/06). CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE

DE DROGA E ALIADA AOS DEPOIMENTOS FORTES E CONTUNDENTES DOS POLICIAIS. RÉU QUE JÁ ERA INVESTIGADO POR ENVOLVIMENTO NO TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. Não há de se falar em insuficiência de provas de autoria quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tais como a apreensão de significativa quantidade de droga e os coerentes depoimentos dos policiais militares em ambas as fases. (...) SENTENÇA CONDENATÓRIA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (grifou-se) (Apelação Criminal n. 2011.091362-2, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 17.7.2012) (grifo nosso).

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 Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010).

A forma como foram encontradas as drogas, em grande quantidade, com a apreensão de mais de 1 kg de estupefacientes, em parte devidamente embaladas de forma individualizada, além de apetrechos, além da quantia de R\$ 965,00 em notas diversas, dão mostras evidentes que as drogas serviam para o comércio ilícito.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE

ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DO MENOR. SÚMULA Nº 74 DO STJ. I. No tráfico de drogas, praticado de modo sub-reptício e às escondidas, especial valor deve ser conferido aos indícios e às provas indiretas. II. O local e as condições da apreensão, além da prova testemunhal, indicam a traficância. III. A condição de usuário, por si só, não afasta o delito do art. 33 da Lei de Drogas. As condutas comumente agregam-se. IV. O enunciado da Súmula nº 74 do STJ não exige expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do adolescente. No caso, presente termo de declarações prestadas na DCA. V. Apelo desprovido. (TJDF; Rec. 2010.01.1.196177-3; Ac. 535.390; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/09/2011; Pág. 284).

Em que pese todo o empenho levado a efeito pelo ilustre causídico na defesa do apelante tem-se que as provas carreadas não padecem de nenhuma irregularidade, sendo suficientes para permitir a formação de um Juízo de certeza de que o réu, efetivamente praticou o delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06

Pugna o apelante pela desclassificação do delito de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Diante do forte conjunto probatório a demonstrar que o apelante guardava e tinha em depósito as drogas com a finalidade de comercializá-las, não há falar em desclassificação para o art. 28 da Lei

11.343/06.

Insta salientar que em nenhum momento o acusado afirmou que as drogas apreendidas seriam para uso e, ainda que assim fosse, tal fato não escusa a conduta de traficante que restou suficientemente configurada pelas provas colacionadas nos autos.

Dos relatos apresentados pelos policiais deduz-se, que na residência do acusado foi apreendido um prato com pedaços de crack, uma balança de precisão, faca com resquícios de droga, bem como embalagens para embalo, uma bolsa com várias porções de cocaína embaladas e prontas para a venda, além da quantia de R\$ 965,00 em notas diversas. Além disso, foram encontradas duas porções grandes de crack embaladas em plástico filmes e um tijolo da mesma droga, dando mostras evidentes que aquelas drogas se destinavam ao comércio ilícito.

Os depoimentos dos policiais, que participaram da diligência que culminou com a apreensão das drogas e prisão em flagrante do apelante são firmes e coerentes, acerca da comprovação do tráfico de drogas descrito na peça acusatória.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DO MENOR. SÚMULA Nº 74 DO STJ. I. No tráfico de drogas, praticado de modo sub-reptício e às escondidas, especial

valor deve ser conferido aos indícios e às provas indiretas. II. O local e as condições da apreensão, além da prova testemunhal, indicam a traficância. III. A condição de usuário, por si só, não afasta o delito do art. 33 da Lei de Drogas. As condutas comumente agregam-se. IV. O enunciado da Súmula nº 74 do STJ não exige expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do adolescente. No caso, presente termo de declarações prestadas na DCA. V. Apelo desprovido.” (TJDF; Rec. 2010.01.1.196177-3; Ac. 535.390; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/09/2011; Pág. 284).

“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 Câ. Crim., rel. Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, j. 15/09/2009).

“A lei não descriminaliza o fato em razão da quantidade de entorpecente apreendido como agente. O crime de uso de entorpecente é de perigo abstrato, sendo a saúde pública o interesse penalmente tutelado” (TJRJ – Apelação Criminal 852/89 - Rel. Eugênio Sigaud).

Desta forma, as circunstâncias elencadas nos autos estão a demonstrar a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2003, restando inviável o pleito desclassificatório para o delito previsto no artigo 28 do mesmo diploma legal.

Consigno, por fim 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).

A propósito.

"4.2. "[...]" Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019).

DOSIMETRIA DAS PENAS

As penas foram estabelecidas sob o seguinte fundamento, *in verbis*:

“Na primeira fase da dosimetria, analiso as circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do Código Penal em conjunto com o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, o qual estabelece que nesta fase deva preponderar a natureza e quantidade do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente. Nesse sentido, verifico que existem elementos negativos a serem valorados.

“Com efeito, há de se destacar a elevada quantidade de drogas apreendidas, cujo peso total é de aproximadamente 1,114Kg (um quilograma e cento e quatorze gramas), bem como a natureza dos entorpecentes, a saber, maconha e cocaína, cumprindo frisar que a cocaína possui um potencial lesivo exacerbado.

“Nesse sentido, é certo que tais circunstâncias se traduzem

em elevado atentado à saúde pública e à paz social, uma vez que possuem o condão de alimentar o vício em tóxicos de centenas de dependentes químicos.

“Diante disso, fixo a pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, equivalente a 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

“**Na segunda fase da dosimetria**, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

“**Na terceira fase da dosimetria**, ausentes causas de aumento ou de diminuição.

“Nesse trilhar cognitivo, cumpre destacar que não é possível proceder com a aplicação da causa de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

“Pois bem.

“Inicialmente, é imperioso destacar que a aplicação da referida causa de diminuição impõe a presença, cumulativa, de quatro requisitos, sendo eles: (i) Agente primário; (ii) Possuir bons antecedentes; (iii) Não se dedicar a atividades criminosas; e (iv) Não integrar organização criminosa.

“Diante disso, em que pese o fato do acusado ser primário, não possuir maus antecedentes e inexistirem elementos concretos que evidenciem eventual participação em organização criminosa, é possível vislumbrar a sua dedicação a atividades criminosas.

“Nessa senda, cumpre destacar que junto às drogas também foram apreendidas uma balança digital, na qual continha vestígios de entorpecentes (fls. 131/134), e embalagens plásticas para armazenamento das drogas.

“Aliás, o fato de terem sido apreendidos entorpecentes já fracionados e embalados, prontos para a venda, e também à granel, indica que o acusado

possui um amplo e rotativo mercado de venda, com um possível elevado número de “clientes”.

“A esse respeito, inclusive, há de se pontuar também que foram apreendidos R\$ 965,00 (novecentos e sessenta e cinco) reais em espécie no interior da residência, o que evidencia o corrente mercado de entorpecentes.

“Por fim, há de se destacar que o acusado foi preso em flagrante delito com uma grande quantidade de entorpecentes (1,114Kg), montante este que indica que a mercancia dos entorpecentes se dá de forma habitual, bem como que o acusado deve possuir um amplo e rotativo mercado de venda, com um possível elevado número de “clientes”.

“A esse respeito, em que pese o Tema de Repercussão Geral n.º 712 do E. Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que: *“As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”*, o C. Superior Tribunal de Justiça possui recente entendimento firmado acerca da utilização da natureza e quantidade das drogas apreendidas de forma supletiva na terceira fase da dosimetria, no sentido de que: *“A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa”* (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021.).

“Destarte, é certo que a aplicação supletiva das circunstâncias referentes à quantidade e à natureza das drogas apreendidas na terceira fase da dosimetria após a sua utilização na primeira fase para majorar a pena-base não acarreta *bis in idem*.

“Diante disso, o fato de ter sido apreendida uma quantidade significativa de entorpecentes (1,114Kg) em conjunto com uma balança digital, embalagens plásticas de armazenamento, uma significativa quantia de dinheiro em espécie, corrobora o fato do acusado se dedicar a atividades criminosas, *in casu* a traficância habitual.

“Portanto, pela demonstrada a dedicação do acusado a atividades criminosas, é incabível a aplicação da causa de diminuição especial prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

“Deste modo, fixo a pena definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

“Considerando-se a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente as previstas no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, as quais preponderam sobre aquelas previstas pelo artigo 59 do Código Penal, fixo regime inicial fechado para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

“Cada dia-multa será calculado no mínimo legal de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado até a data do pagamento, tendo em vista a ausência de elementos sobre a situação econômico-financeira do réu.

“Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão do montante de pena aplicado.

“Pela mesma razão, inaplicável o *sursis*.

“Dispositivo:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para o fim de condenar o acusado DIOGO AURELIANO FARIA LANDIOSO, pela prática da infração penal prevista pelo artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, estes fixados no patamar pecuniário mínimo.

“Tendo em vista o regime inicial para cumprimento de pena fixado, e considerando que o acusado respondeu preso a todo o processo, seria um paradoxo colocá-lo em liberdade no momento de sua condenação. Ademais, reputo que os fundamentos que ensejaram sua segregação cautelar permanecem presentes, razão pela qual nego o direito de recorrer em liberdade, mantendo a prisão preventiva antes decretada.

“Recomende-se o réu na prisão em que se encontra.

“Decreto o perdimento dos bens e valores apreendidos em favor da União, a serem revertidos ao FUNAD, com fulcro no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, cumulado com o art. 63, §1º, da Lei 11.343/06 (redação dada pela Lei 13.840/19).

“Caso ainda não tenha sido assim procedido, nos termos do art. 50-A da Lei n.º 11.343/06, determino a destruição da amostra de droga guardada para contraprova.

“Comunique-se à Autoridade Policial.

“Após o trânsito em julgado, suspendam-se os direitos políticos da acusada, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, oficiando-se ao Juízo Eleitoral competente e intime-se o réu para o pagamento da pena de multa, no prazo de 10 (dez) dias.

“Custas e despesas processuais na forma da lei.

“Ainda, ante a presumível hipossuficiência econômico-financeira do acusado, concedo-lhe os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 98 do Código de Processo Civil.” (fls. 198/201).

As penas foram fixadas em patamar compatível e proporcional ao fato concreto, devendo ser mantidas.

Na primeira fase, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

Assim, com base no princípio do livre

convencimento motivado, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação e escolher a fração que considerar coerente para aplicar ao caso concreto, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Observo que o d. magistrado sentenciante agiu corretamente ao fixar a pena-base em 1/3 (um terço) acima do mínimo, perfazendo 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 666 dias-multa, em razão da natureza deletéria da cocaína e expressiva quantidade de drogas apreendidas na posse do réu (21 porções de cocaína, com massa líquida de 29,66g; 2 porções de crack, com massa líquida de 78,62g; 1 tijolo de crack, com massa líquida de 906,78g, totalizando 1.016,06g; além de 1 porção de maconha, com peso líquido de 7,7g – fls. 24/27).

O fundamento utilizado pelo julgador *a quo* para promover o incremento da pena base é, de fato, motivação idônea para o *quantum* de exasperação operado, uma vez que, na espécie, a variedade e quantidade de drogas desborda em muito do ordinário do tipo e revela expressividade suficiente a recomendar o aumento na proporção fixada.

Nesse sentido.

“[...] Todavia, com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Desse modo, observa-se que a Corte de origem, ao valorar as circunstâncias judiciais, fundamentou a exasperação da pena-base para 6

anos de reclusão, utilizando como parâmetro a fração aplicável à quantidade de drogas apreendida (69 porções de cocaína, pesando 41,48g e 20 papérolas de maconha, pesando 176,71g), não se verificando na espécie o constrangimento ilegal suscitado. [...] Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no HC 711.218/SP, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe 29/11/2022).

Ainda.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA A EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EVIDENCIAM A HABITUALIDADE NA TRAFICÂNCIA. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA, NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. 2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.- No caso, a exasperação da pena-base do paciente em 2/5 (fixada em 7 anos de reclusão) fundou-se na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida - (01 invólucro com 237,20g de cocaína; 10, 61g da mesma substância em 52 eppendorfs; e 48 porções e 10 invólucros com

cocaína na forma de crack pesando, respectivamente, 4,98g e 40,19g), bem como a apreensão de 1.000 eppendorfs vazios, 144 embalagens plásticas, 27,98g de pó branco, balança digital, colher e peneira, estas com resquícios de cocaína (e-STJ fls. 29/30). O fundamento utilizado para promover o incremento da pena do paciente é, de fato, motivação idônea para o quantum de exasperação operado, uma vez que, na espécie, a variedade e quantidade de drogas desborda em muito do ordinário do tipo e revela expressividade suficiente a recomendar o aumento em fração superior ao prudencialmente recomendado de 1/6. Precedentes. 3. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. 4. No caso, a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi denegada porque as instâncias ordinárias reconheceram expressamente que o paciente se dedica a atividade criminosa, tendo em vista não apenas a variedade e a quantidade de droga apreendida, mas, também, as circunstâncias do caso concreto, notadamente o afirmado no sentido de que conforme os firmes relatos dos policiais militares, já era de conhecimento que o acusado praticava o comércio ilícito de drogas, visto que usuários de entorpecentes já o delataram (e-STJ fl. 66), além da circunstância de ter sido apreendido em sua residência apetrechos para o tráfico, como balança de precisão, facas, pó branco para misturar com a cocaína (e-STJ fl. 43) - sendo pouco crível, portanto, que ele se tratasse de um traficante eventual. Ademais, desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 5. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da pena privativa de liberdade (5 anos e 10

meses de reclusão) admitir, em tese, a fixação do regime semiaberto, tem-se que o Tribunal a quo apresentou fundamentação concreta e idônea a legitimar o agravamento do regime prisional inicial em um patamar, diante da especial gravidade em concreto do crime e reprovabilidade da conduta, que justificou inclusive a majoração da pena-base em 2/5 em razão da diversidade e quantidade de substância entorpecente apreendida, o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou, ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 6. Mantido o quantum da pena do acusado em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos do artigo 44 do Código Penal. 7. Agravo regimental não provido.” (STJ - AgRg no HC 850.190/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/9/2023).

Na etapa intermediária, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a sanção permaneceu inalterada.

Aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Quanto à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sabe-se que a concessão de tal

benefício exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Contudo, este não é o caso do apelante.

“A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, **decidiu que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente valoradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343 /2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração à organização criminosa**” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp n. 1.984.409/MS, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, DJe 30/11/2023).

A despeito de sua primariedade, a meu ver, verifico que a aplicação do redutor penal previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, se dirige àquelas pessoas que não fazem do tráfico seu meio de vida, requisito que não se revela presente na espécie, haja vista que restou comprovada sua dedicação à atividade criminosa, na medida em que foram apreendidos juntamente com as drogas apetrechos relacionados à mercancia ilícita, tais como um prato com pedaços de crack, balança de precisão, faca com resquícios de droga, bem como embalagens para embalo, uma bolsa com várias porções de cocaína embaladas e prontas para a venda, além da quantia de R\$ 965,00 em notas diversas, tudo indicando que fazia do tráfico meio de subsistência, auferindo renda da atividade ilícita em questão, denotando

habitualidade criminosa.

Ademais, tal como consignado pelo julgador de piso: *“Aliás, o fato de terem sido apreendidos entorpecentes já fracionados e embalados, prontos para a venda, e também à granel, indica que o acusado possui um amplo e rotativo mercado de venda, com um possível elevado número de “clientes”.*” (fls. 199), indicando intensa dedicação à atividade criminosa.

Com efeito, há prova bastante de seu envolvimento no narcotráfico em grande intensidade, estando na posse de grande quantidade de drogas, apetrechos relacionados à venda de narcóticos, demonstrando que não se trata, claramente, de traficante de primeira viagem, de envolvimento episódico. Pelo contrário, trata-se de agente de alta periculosidade, traficante profissional, responsável pelo fracionamento e venda em grandes quantidades, tanto que havia prévias denúncias apontando Diogo como traficante naquela localidade.

Frise-se que a quantidade e variedade de droga foi utilizada supletivamente para o afastamento do tráfico privilegiado, vez que conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do apelante à atividade criminosa.

Nessa esteira, a apreensão de elevada quantidade e diversidade de drogas, na espécie, cocaína, maconha e crack, associadas aos apetrechos típicos utilizados para o tráfico, segundo a orientação firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, são suficientes para comprovar a habitualidade criminosa e afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

A propósito, confira-se:

“A apreensão de quantidade e variedade de entorpecentes, bem como sua forma de acondicionamento, e a apreensão de petrechos utilizados para a prática habitual do ilícito, como balança de precisão, são circunstâncias aptas a indicar a dedicação à atividades criminosas. Precedentes: AgRg no AREsp n. 2.337.750/ES, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 1/3/2024. AgRg no HC n. 886.853/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024. AgRg no HC n. 801.806/SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.” (Ag no REsp n. 2.676.524/SP, Rel. Ministro Messod Azulay Neto, decisão monocrática, j. 3/2/2025).

No mesmo sentido.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. QUANTIDADE DE DROGA E PRESENÇA DE ELEMENTOS CONCRETOS ADICIONAIS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, "elementos tais quais petrechos e anotações típicos de tráfico, balança de precisão, ponto habitual de venda, forma de acondicionamento da droga, entre outros, somados à quantidade e à variedade de entorpecentes, são idôneos para afastar a benesse do tráfico privilegiado, pois indicam a dedicação do acusado a atividades ilícitas" (AgRg no AREsp n. 2.181.966/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 10/3/2023). 2.

Tendo as instâncias ordinárias afastado a minorante fundamentadamente, com base em elementos concretos extraídos dos autos, como a expressiva quantidade de droga apreendida na residência do réu, local utilizado como "ponto de armazenamento, venda e distribuição de drogas [...] inclusive com relativa estabilidade geográfica e temporal, de forma sucessiva e constante", a pretendida revisão do julgado, com vistas à concessão da minorante, não se coaduna com a estreita via do writ. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AgRg no HC n. 810.786/PI, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 3/10/2024).

Assim, como se vê, a habitualidade delitiva restou comprovada pela conjunção de diferentes elementos concretos, que demonstram a dedicação do apelante à atividade criminosa: quantidade, natureza e variedade de drogas, associado aos apetrechos utilizados na mercancia ilícita e denúncias prévias apontando Diogo como traficante.

Por certo, ao lado dos conceitos de primariedade e bons antecedentes, os dois outros requisitos, nada mais fazem do que elastecer, no âmbito da discricionariedade judicial, em nada incompatível com os postulados constitucionais, a valoração normativa incidente sobre o histórico jurídico-pessoal do agente, de sorte a exigir, um perfil de retidão e probidade, a distingui-lo do traficante profissional.

Neste sentido, se pode dizer que somente o traficante comprovadamente episódico e sem nenhuma expressão de periculosidade social, pode ser destinatário desse autêntico *favor legis*.

A propósito, confira-se.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE DEMONSTRAM A PRÁTICA DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES E A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não prospera a tese de desclassificação da conduta. Com efeito, a prática do tráfico ilícito de entorpecentes foi devidamente comprovada nos autos pela quantidade de drogas apreendidas (700 (setecentos) gramas de maconha), de dinheiro, calculadora, balança de precisão e apetrechos relacionados à venda de narcóticos, além dos depoimentos testemunhais dos agentes estatais, das declarações da genitora do Réu, bem como da sua confissão extrajudicial. Outrossim, não há que se falar em tráfico privilegiado, porquanto a dedicação às atividades criminosas também foi comprovada pelas circunstâncias do caso concreto acima expostas. Afastar a conclusão adotada pela instância pretérita demandaria o amplo revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada no âmbito da estreita via do habeas corpus. 2. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg nos EDcl no HC 795.727/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/8/2023).

Logo, considerando as circunstâncias próprias do caso concreto, não estão preenchidos os requisitos cumulativos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo, pois, impossível a incidência da correspondente causa especial de diminuição.

Abrandamento do regime prisional.

Embora o apelante seja primário e a pena reclusiva

tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da pena imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial, nos termos dos art. 59 do CP c.c. o art. 42 da Lei Antidrogas.

É importante lembrar, no entanto, que tal dispositivo legal não implica a obrigatoriedade de os magistrados procederem à fixação de regime mais brando. Ao contrário, reforça a ideia de que, em cada caso concreto, eventual adoção de modalidade diferente daquela informada pelo *quantum* da pena deve ser profunda e minudentemente analisada.

Não é outra, ademais, a orientação constante das Súmulas 719 do Supremo Tribunal Federal -*"A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"*- e 440 do Superior Tribunal de Justiça -*"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"*.

Logo, a escolha do regime proporcionalmente adequado ao caso concreto não se limita à observância da quantidade de pena irrogada. É necessário sopesar a gravidade concreta do delito perpetrado, perseguida pelos arts. 33, § 3º, e 59, ambos da Lei Penal.

É pacífica a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a presença de circunstância judicial desfavorável configura condição apta a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta.

Sobre o tema:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. ART. 33 DO CP. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não ocorre bis in idem quando a quantidade e a qualidade de drogas são valoradas negativamente para exasperação da pena-base, pois são circunstâncias judiciais preponderantes (art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 59 do Código Penal), e depois são consideradas para fundamentar a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. Precedentes. 2. A quantidade e a qualidade das drogas são expressivas (4,460Kg de cocaína), justificando a majoração da pena-base e a estipulação do regime inicial fechado. 3. Embora a agravante seja primária e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1.963.450/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/10/2022).

Ainda.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (1.611,04g DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO

APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG, ALÉM DIVERSOS REGISTROS DE PROCESSOS POR ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ERESP 1.916.596/SP. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. GRAVIDADE ATOS PRETÉRITOS. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que 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 fundamentos. II - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade do entorpecente apreendido (1.611,04g de maconha) com o paciente, para exasperar a reprimenda base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ. III - A pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida (1.611,04g de maconha), fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06. IV - Houve fundamentação concreta quando ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não somente em função da quantidade da droga apreendida (1.611,04g de maconha), mas também em razão das circunstâncias do caso concreto, onde ficou constatado que o paciente é contumaz na prática da traficância, não se tratando de traficante ocasional, situação que corrobora a conclusão de que se dedicava

às atividades ilícitas, o que justifica o afastamento da redutora do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Ademais, A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP, na sessão de 8/9/2021, adotou o entendimento de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante fundamentação que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração, como ocorre na espécie. V - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado. VII - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 733.918/BA, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, DJe de 30/5/2022).

Compulsando os autos verifica-se a dedicação do recorrente à mercancia ilícita, além da expressiva quantidade, natureza e diversidade de drogas apreendidas, valorada negativamente na primeira fase da dosimetria, com base no art. 42 da Lei 11.343/06, sendo isto motivo razoável para a aplicação do regime inicial fechado.

Até porque, como é cediço, para a fixação do regime prisional não se pode levar em conta apenas o critério quantitativo da pena aplicada, devendo ser considerados também outros aspectos de natureza

subjetiva, de acordo com a necessidade para reprovação e prevenção do crime, conforme inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso foi estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, não se vislumbrando qualquer violação ao enunciado das súmulas nº 718 e 719 do E. STF, e nº 440 do C. STJ.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Apesar de entender ser eventualmente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos relativamente aos crimes de tráfico de drogas, não restaram preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, já que a pena corporal restou fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos, esbarrando, portanto, no inciso I, da referida disposição legal.

3 – Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso interposto por Diogo Aureliano Faria Landioso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
Relator