



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000315785

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501143-95.2024.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que são apelantes AILTON DA SILVA e CRISTIANO SOARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos defensivos, mantida a r. sentença monocrática. Com correção. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E GRASSI NETO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

SÉRGIO COELHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 60984

APELAÇÃO Nº 1501143-95.2024.8.26.0587 – PD

COMARCA: SÃO SEBASTIÃO - VARA CRIMINAL

APELANTES: AILTON DA SILVA e CRISTIANO SOARES

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelação. Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo. Recursos defensivos buscando a absolvição dos réus por insuficiência de provas (no tocante ao tráfico de drogas) e a absolvição do corréu Ailton dos delitos previstos na Lei nº 10.826/03. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar o decreto condenatório nos moldes em que proferido. Pedidos subsidiários de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006; fixação da pena-base no mínimo legal e afastamento da reincidência, em relação ao réu Ailton; reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, em relação ao réu Cristiano; aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, abrandamento do regime prisional e a isenção da pena de multa. Não acolhimento. Penas e regime prisional fechado mantidos. Recursos defensivos não providos. Com correção.

Pela r. sentença de fls. 246/262, cujo relatório fica adotado, **Cristiano Soares** foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 436 (quatrocentos e trinta e seis) dias-multa, no mínimo legal, por infração aos artigos 14, *caput*, e 16, §1º, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/2003, c.c. o artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal; e **Ailton da Silva** foi condenado à pena de 13 (treze) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 704 (setecentos e quatro) dias-multa, no mínimo legal, por infração aos artigos 14, *caput*, e 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, c.c. o artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2.006, todos na forma do artigo 69 do Código Penal.

Inconformada, apela a Defensoria Pública buscando a absolvição dos réus por insuficiência de provas (no tocante ao tráfico de drogas) e a absolvição do corréu Ailton dos delitos previstos na

Lei nº 10.826/03. Subsidiariamente, postula a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 e consequente absolvição por atipicidade da conduta; fixação da pena-base no mínimo legal e afastamento da reincidência, em relação ao réu Ailton; reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, em relação ao réu Cristiano; e, por fim, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, o abrandamento do regime prisional e a isenção da pena de multa, em relação a ambos os acusados (fls. 327/345).

Os recursos defensivos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 350/353), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento (fls. 367/375).

Este é o relatório.

Inicialmente, convém registrar que o processo teve andamento regular e aos réus foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como respeitado o devido processo legal.

No mais, a condenação dos apelantes foi bem decretada.

De fato, não obstante o dedicado esforço da combativa Defensoria Pública, ficou seguramente comprovado que, no dia 26 de maio de 2024, na parte da tarde, na Rua José Justino Moreira nº 31, Praia de São Francisco, na cidade e comarca de São Sebastião, Cristiano Soares e Ailton da Silva, vulgo “Gato Seco”, ambos de comum acordo, tinham em depósito 15 (quinze) porções de *maconha*, para fins de entrega ao consumo de terceiras pessoas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e

regulamentar.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias acima descritas, Cristiano Soares e Ailton da Silva, de comum acordo, portavam arma de fogo com numeração, marca e qualquer outro sinal de identificação raspado e suprimido.

E, ainda, tinham em depósito munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, policiais foram cumprir mandados de busca e apreensão e prisão temporária em desfavor do acusado Ailton, pessoa já investigada pela prática do crime de tráfico de drogas. Durante o cumprimento do mandado, no local, os agentes da lei se depararam com o corréu Cristiano, o qual, ao ver os policiais, empreendeu fuga, momento em que dispensou uma arma de fogo calibre .22 com numeração suprimida.

No local onde estavam os acusados foram encontradas 15 (quinze) porções de “maconha”, prontas para a venda, e uma caixa de munição CBC contendo 11 (onze) munições intactas de calibre .22 (denúncia de fls. 124/126).

Assim resumidos os fatos denunciados, importa assinalar que o apelante Ailton, em juízo, negou os fatos descritos na denúncia. Disse que a residência onde foram encontradas as drogas, a arma de fogo e as munições era de seu tio e estava alugada para o corréu Cristiano e Sara. Confirmou que seu apelido é “Gato Seco”, o que tem lhe ocasionado problemas, pois um indivíduo envolvido com o crime em Caraguatatuba também tinha esse apelido. Disse que

tinha ido ao bairro visitar seu tio e estava dormindo na residência onde foram encontradas 15 porções de “maconha”, as quais afirmou serem de Cristiano e Sara para uso pessoal deles. Negou envolvimento com o tráfico de drogas (fls. mídia).

O réu Cristiano Soares, sob o crivo do contraditório, confessou parcialmente os fatos, assumindo a propriedade da arma de fogo e das munições e negando o tráfico de drogas. Disse que estava parado na porta da cozinha quando os policiais chegaram no local onde mora com Sara. Afirmou que aluga a casa do tio do corréu Ailton, que estava no local para visitar o tio. Confirmou que, quando os policiais chegaram no local, correu para o quarto e se deitou no chão, sendo que estava com a arma de fogo na mão. Afirmou que as porções de “maconha” eram de Sara para uso pessoal dela e disse ser usuário de “maconha” (fls. mídia).

A prova amealhada nos autos, todavia, é francamente desfavorável aos apelantes e não deixa dúvida quanto à traficância por eles exercida.

De fato, os informes prestados pelos policiais, acrescidos do boletim de ocorrência (fls. 01/07), auto de prisão em flagrante delito (fls. 08), auto de exibição e apreensão (fls. 50/51), auto de constatação preliminar (fls. 52), laudo da arma de fogo e munições (fls. 182/184) e laudo químico toxicológico (fls. 187/189) servem como prova cabal da materialidade delitiva e, também, se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que o policial civil Fabio Alexandre Alves Faria, em pretório, deu plena conta do ocorrido, confirmando os fatos

acima reproduzidos e, conseqüentemente, o quadro de tráfico de drogas envolvendo os apelantes. Em depoimentos coerentes e harmônicos disse, em síntese, que foi solicitado apoio para o cumprimento de mandado de busca e apreensão, sendo uma operação em conjunto com a Polícia Militar. No momento em que chegaram na residência, viram o réu Cristiano, que correu para dentro da casa e jogou um objeto metálico por uma porta. O réu Cristiano foi detido. Ao entrar no cômodo onde Cristiano havia dispensado o objeto, se deparou com o réu Ailton sentado na cama, sobre a qual havia uma arma de fogo calibre .22 muniada e com a numeração raspada, sendo encontradas no imóvel mais munições do mesmo calibre. Em vistoria no imóvel, foram localizadas 15 porções de “maconha” embaixo do colchão, no quarto onde estava o réu Ailton. Afirmou que os réus eram investigados por suposto envolvimento em crimes de roubo e homicídios e, informalmente, o réu Cristiano afirmou que a arma de fogo encontrada no imóvel tinha sido utilizada nos homicídios. Asseverou que o réu Ailton já era conhecido nos meios policiais por envolvimento no tráfico de drogas (fls. 09/10 e mídia).

O policial militar Jeferson Costa Castro, sob o crivo do contraditório, narrou que foi até o local dos fatos visando o cumprimento de mandado de prisão do réu Ailton, o qual, juntamente com Cristiano e uma mulher chamada Sara, eram investigados por suposto envolvimento em crimes de roubos e homicídios. Quando se aproximava do imóvel, visualizou o réu Cristiano no portão da residência. Ao perceber a aproximação das equipes policiais, Cristiano entrou correndo para o interior do imóvel e dispensou um objeto metálico. Cristiano foi abordado dentro do imóvel, no qual também estava o corréu Ailton sentado em uma cama, sobre a qual foi encontrado o revólver que havia sido

dispensado por Cristiano, além de cerca de 11 munições do mesmo calibre. Em revista domiciliar, foram localizadas 15 porções de “maconha” embaixo da cama que Ailton estava sentado. Afirmou que havia informação de que Ailton, vulgo “Gato Seco”, era traficante de drogas (fls. 11/12 e mídia).

Destaco que os policiais foram bastante convincentes em suas afirmações, inexistindo motivo para não se dar credibilidade ao quanto por eles relatado.

De fato, não há razão para se duvidar da veracidade dos relatos dos policiais, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram escorretamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada.

A propósito, a jurisprudência dos E. Tribunais Superiores, de forma reiterada e unânime, tem reconhecido que os depoimentos dos policiais têm valor probante, notadamente quando colhidos sob o crivo do contraditório e se encontram em sintonia com os demais elementos de informação carreados para os autos, como ocorre no caso em análise. Nesse sentido: **STF** – HC 223.425-AgR/RJ, Rel. Min. Luz Fux, j. em 01/03/2023, DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 27/04/2021; HC 76557-RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - Rel. para o Acórdão Min. Carlos Velloso - DJU 02.02.2001 - p. 73; HC 87.662-5/PE, Re. Min. Carlos Ayres Brito, 1ª T., j. em 05/09/2006, DJU de 16/02/2007; HC 73.518-5/SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26/03/1996, DJU de 18/10/1996; HC 76.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 14/06/1998, DJU de 14/08/1998; **STJ** – AgRg no AREsp 1.917.106/MG, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 14/03/2023,

DJE de 17/03/2023; AgRg no HC 776.703/SP, 5ª T., Rel. Min. Messod Assulay Neto, j. em 06/03/2023, DJe de 14/03/2023; AgRg no HC 783.347/RJ, 5ª T., Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG, 6ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 25/10/2022, DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP, 5ª T., Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. em 02/08/2022, DJe de 16/08/2022; AgRg no AREsp 1.858.776/PR, 5ª T., Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no HC 695.249/SP, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 26/10/2021, DJe de 03/11/2021; AgRg no HC 606.384/SC, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 22/09/2020, DJe de 29/09/2020; HC 608.558/RJ, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 01/12/2020, DJe de 07/12/2020; AgRg no AREsp 1.317.916/PR, 5ª T., Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/09/2019; REsp n. 1/302.515/RS, 6ª T., Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; HC 262.582/RS, 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016.

Não é demasiado enfatizar, também, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: *"Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido"* (RT 729/542). *"Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização"* (RT 714/357). "O

crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente” (RT 776/663).

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. Com efeito, as circunstâncias em que se deram os fatos, bem esclarecidas nos depoimentos dos policiais - que bem detalharam a diligência que culminou com a apreensão dos entorpecentes, sem falar na apreensão de arma de fogo com numeração suprimida e munições no imóvel onde os réus foram surpreendidos -, não deixam dúvidas de que os acusados Ailton e Cristiano estavam efetivamente envolvidos com o tráfico de drogas.

Igualmente, descabida a pretensão de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006.

De fato, a alegação da defesa de que os réus são meros usuários de drogas já se tornou comum em se tratando de traficantes surpreendidos com drogas e que não têm como negar a posse da substância proibida. Com isso, a defesa objetiva suavizar a situação dos acusados e conseguir uma pena de advertência, prestação de serviços comunitários ou, quiçá, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, que são aquelas previstas para o usuário de drogas (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

Ocorre que, no caso em tela, dúvidas inexistem, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de

tráfico dos réus, elemento subjetivo do tipo descrito do art. 33 da Lei n. 11.343/06, restando, portanto, completamente descabida a hipótese de desclassificação da conduta praticada para aquela subsumível à descrição contida no art. 28, do mesmo texto legal, até mesmo porque as condições do fato criminoso, bem como todo o arcabouço probatório produzido durante a instrução criminal, notadamente os firmes e seguros relatos dos policiais, que fizeram expressa menção ao fato de haver informações dando conta do envolvimento dos réus com o tráfico de drogas e outros crimes na região, não permitem o acolhimento da tese defensiva.

Consigne-se, ainda, que o fato de os réus fazerem uso de drogas não afasta a condição de traficantes, à medida que, frequentemente, os usuários também passam a atuar na rede do tráfico, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

Nesse contexto, impunha-se a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas.

Outrossim, restou plenamente comprovada a responsabilidade dos acusados pela prática dos crimes previstos nos artigos 14, *caput*, e 16, § 1º, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/03, não havendo como prosperar a pretensão absolutória do réu Ailton.

Com efeito, o laudo pericial de fls. 182/184 constatou que a arma de fogo e as munições de mesmo calibre estavam aptas ao disparo, bem como que a numeração do revólver havia sido suprimida mediante raspagem.

Observe-se que a confissão do corréu Cristiano, quanto à propriedade da arma de fogo e das munições, não tem o condão de excluir a responsabilidade de Ailton pelos crimes previstos na Lei nº 10.826/03, na medida em que as circunstâncias em que se deram os fatos, aliadas às declarações dos policiais que afirmaram que o alvo do mandado de prisão era o réu Ailton, o qual permanecia grande parte do tempo no imóvel, onde além do revólver arremessado por Cristiano durante a fuga, foram encontradas as munições do mesmo calibre da arma, não deixam dúvidas de que Ailton incorreu nos crimes descritos nos artigos 14 e 16, § 1º, IV, ambos da Lei nº 10.826/03.

Importante frisar, ainda, que a ação praticada pelos réus — possuir/portar arma de fogo com numeração suprimida e ter em depósito munição de uso permitido —, é crime de perigo abstrato, que prescinde da comprovação do efetivo risco à paz pública, não exigindo prova de efetiva exposição da coletividade a risco. Basta a realização de qualquer das ações nucleares mencionadas no tipo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para a consumação, sendo irrelevante qualquer avaliação subsequente sobre a ocorrência de efetivo perigo à coletividade. De fato, trata-se de tipo de perigo abstrato, cuja existência a lei presume de forma absoluta, sem admitir prova em contrário.

Com efeito, a conduta consistente em possuir/portar arma de fogo com numeração suprimida e ter em depósito munição de uso permitido, sem a devida autorização, é típica e antijurídica, constituindo crimes de perigo abstrato, cuja ofensividade volta-se para a incolumidade pública.

Nessa quadra de considerações, é bem de ver, portanto, que a condenação dos apelantes pela prática dos delitos descritos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, no artigo 14, *caput* e artigo 16, § 1º, IV, ambos da Lei nº 10.826/03 foi resultante da análise pontual e correta das provas existentes nos autos, não se podendo falar, assim, em absolvição por insuficiência de provas.

As penas foram bem aplicadas, não comportando reparo.

Réu Cristiano. Na primeira fase do cálculo, as penas básicas foram fixadas nos mínimos legais, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa (artigo 14 da Lei nº 10.826/03), em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa (artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03) e em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06).

Na fase intermediária, as penas permaneceram inalteradas, ante a ausência de agravantes e/ou atenuantes, com ressalva para a observação feita pela MM. Juíza sentenciante, em relação aos crimes previstos na Lei nº 10.826/03, de que a fixação das penas-base nos mínimos legais impediu a diminuição da pena aquém do mínimo legal, pela presença da atenuante genérica da confissão espontânea, consoante orientação emanada da Súmula 231 do STJ, ficando, portanto, afastada a pretensão da ilustre Defensoria Pública. De fato, as circunstâncias atenuantes previstas no art. 65 do Código Penal, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí por que, ao reconhecê-las, é vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador. Nesse sentido, ademais, os seguintes julgados do C. Superior Tribunal de Justiça: "*Fixada a pena em seu*

mínimo legal, descabe reduzi-la aquém do mínimo, mesmo em face da existência de circunstância atenuante. Aplicação da Súmula 231/STJ” (REsp nº 225726/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 11/9/2001 - DJU 15/10/2001). “No tocante à possibilidade de se estabelecer a pena-base (ressaltando-se que no caso foi fixada no mínimo) em razão das atenuantes, abaixo do mínimo legal, tanto nesta Corte quanto no Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento de sua inviabilidade. Tal questão, como alertado pelo ilustre Ministro FELIX FISCHER, é incompatível com o princípio da legalidade formal. E isto porque a previsão do art. 62 do Código Penal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena “não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo” (cf. RESP 156.432/RS, DJ de 18/10/1999)” (HC nº 14533/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., j. 20/2/2001 - DJU de 20/8/001). “Súm. 231-STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Carece de amparo legal a incidência de circunstância atenuante de modo a reduzir, ainda que “provisoriamente”, a pena-base abaixo do mínimo legal, a pretexto de existirem causas de aumento ou diminuição a serem consideradas” (REsp nº 226805/PB, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, v.u., j. 28/6/2001; in DJU de 10/9/2001). “No processo de individualização da pena, deve o Juiz observar os cânones inscritos nos art. 59 e 68 do Código Penal, fixando a pena-base dentro das balizas delimitadas pelo legislador, observando para tanto as circunstâncias judiciais, fazendo incidir, depois, as circunstâncias legais - atenuantes ou agravantes - e complementar a operação com a aplicação das especiais de aumento ou de diminuição de pena. Fixada a pena-base no mínimo legal, descabe a redução por forçado reconhecimento de

circunstâncias atenuantes, que, de outra parte, não se compensam com causas especiais de aumento de pena” (REsp nº 229060/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, v.u.; j. 5/6/2001, DJU de 25/6/2001). “No tocante à possibilidade de se estabelecer a pena-base (ressaltando-se que no caso foi fixada no mínimo) em razão das atenuantes, abaixo do mínimo legal, tanto nesta Corte quanto no Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento de sua inviabilidade. Tal questão é incompatível com o princípio da legalidade formal.- Súmula 231 do STJ” (HC nº 14888/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u.; j. 15/2/2001; DJU de 4/6/2001). Em idêntico sentido, vem decidindo a Corte Suprema: “Habeas corpus. Pacientes condenados à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, cada, além de 13 dias-multa, como incursos, o primeiro, no art. 157, § 2º, itens I e II, e o segundo, no art. 157, § 2º, itens I e II, combinado com o art. 29, todos do Código Penal. 2. Alegação de erro na dosimetria das penas. 3. Irrelevante a alegação de que era réu confesso e acerca da menoridade, no que concerne à dosimetria da pena. Incabível a fixação de pena abaixo do mínimo legal de quatro anos de reclusão, ut art. 157 do CP. 7. Habeas corpus indeferido.” (STF - 2ª Turma, HC nº 74048/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, v.u., j. 10/9/96). “Habeas Corpus. 2. Alegação de menoridade de vinte e um anos do paciente não considerada na fixação da pena. 3. Pena estabelecida no mínimo legal. 4. Irrelevante o fato de não ter sido referida a atenuante da menoridade, porque não caberia fixar, a esse fundamento, a pena abaixo do mínimo legal. 5. Precedentes do STF. 6. Habeas corpus indeferido.” (STF - 2ª Turma, HC nº 73838/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, v.u., j. 28/5/96). “Os juízes e Tribunais, mesmo reconhecendo a ocorrência da circunstância atenuante obrigatória da menoridade, não podem reduzir a pena a limite que se situe abaixo da sanção mínima cominada em lei.” (STF, 1ª Turma, HC nº 70483/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 17/8/93).

Na derradeira etapa, as penas dos delitos previstos na Lei nº 10.826/03 permaneceram inalteradas, ausentes causas de aumento e diminuição. A pena do crime de tráfico de drogas foi reduzida de 1/6 (um sexto), em razão da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, resultando em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. Nesse ponto observo que, malgrado os parâmetros estabelecidos pelo art. 42 da Lei 11.343/2006, o tema da fixação do redutor da citada lei envolve certo grau de subjetivismo. Bem por isso, deve ser prestigiado, tanto quanto possível, o critério adotado pelos Juízes de primeiro grau, os quais, ante o contato direto com as partes e com a prova por elas produzida, certamente têm melhores condições de encontrar o redutor adequado. A propósito, o próprio Supremo Tribunal Federal, com a autoridade máxima, já reconheceu que *“O Magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto”* (STF, HC 99.440/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/05/2011, V.U.). Portanto, somente quando a quantificação do redutor for absurdamente incompatível com os fatos e circunstâncias extraídos dos autos é que se justifica sua alteração. No caso em exame, contudo, não pode ser tachado de absurdo o redutor estabelecido pela nobre Magistrada sentenciante. Ao contrário, tendo em conta as circunstâncias dos fatos, em que o réu, ao avistar a aproximação de policiais, correu para o interior da residência onde as drogas foram encontradas e dispensou uma arma de fogo, considero que o redutor fixado se mostra razoável, de pleno acordo com os comandos dos artigos 42 da Lei 11.343/2006 e 59 do

Código Penal, e em perfeita consonância com os princípios da proporcionalidade e suficiência da resposta penal. Logo, fica mantida a redução mínima da pena operada em primeira instância, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado.

Pelo concurso material de delitos, as penas do réu Cristiano foram somadas totalizando 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 436 (quatrocentos e trinta e seis) dias-multa, no piso legal.

Réu Ailton. Na primeira fase do cálculo, em razão dos maus antecedentes (fls. 99 – proc. nº 6750/2009: infração ao artigo 14 da Lei nº 10.826/03; fls. 100 - proc. nº 4869/2002: infração ao artigo 155 do CP; fls. 100 – proc. nº 522/2002: infração ao artigo 155 do CP), as penas básicas foram majoradas de 1/6 (um sexto) e fixadas em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa (artigo 14 da Lei nº 10.826/03), em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa (artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03) e em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), o que não merece censura.

Observo que condenações anteriores transitadas em julgado - mas já alcançadas pelo período depurador previsto no artigo 64, I, do Código Penal -, configuram circunstâncias a serem consideradas como maus antecedentes. Nesse sentido o entendimento jurisprudencial: *"O período depurador de que cuida o art. 64 do Código Penal, impede o reconhecimento da reincidência, não impede, porém, que condenações anteriores a esse tempo orientem o Magistrado na fixação da pena e do regime carcerário, fornecendo subsídios quanto à personalidade do*

agente, aptos, no caso concreto, a informar se o delito foi caso episódico ou se habitualmente o agente se dedica à prática delituosa” (STJ - HC 37088 / SP - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – Quinta Turma - Data do Julgamento: 23/11/2004 - Data da Publicação/Fonte: DJ 13/12/2004, p. 394).

Ainda mais recentemente: “A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Nesse diapasão, 'para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal' (HC n. 357.043/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/08/2016)” (STJ, AgRg no HC 697.770/PE, Relator Ministro Jesuíno Rissato - desembargador convocado do TJDF, julgado 13-12-2021, grifei e destaquei).

A questão, aliás, foi recentemente consolidada pela Suprema Corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 593.818 (Tema 150), no caso escolhido como representativo da controvérsia em matéria de repercussão geral, *in verbis*: “*não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*” (STF, RE 593.818, TEMA 150 da Repercussão Geral, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado 18-8-2020, destaquei).

Urge ressaltar, por pertinente, que, embora efetivamente não haja pena de caráter perpétuo, como estabelece a alínea b, do inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, outro é o tempo de desaparecimento dos efeitos da condenação. Primeiro, tem-se o quinquênio durante o qual a condenação produz os efeitos correspondentes à reincidência, de todos sobejamente conhecidos. Depois desse prazo, embora já não possa servir para agravamento da pena na segunda fase da dosimetria, permanece a condenação figurando como maus antecedentes, a influir na fixação da pena-base, até que se proceda à reabilitação, como determinado no artigo. Somente então é que desaparecerão os antecedentes. Enquanto isso não ocorra, continuarão a macular a existência da pessoa.

Acrescente-se que o réu não tem direito público subjetivo à fixação da pena mínima - senão à reprimenda suficientemente justificada, nos limites da cominação, como ocorreu *in casu*.

De fato, não há irregularidade na fixação da pena-base acima do mínimo, uma vez que justificada, de maneira plausível, por meio de dados concretos, bem como respeitados os critérios da discricionariedade juridicamente vinculada, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Na fase intermediária, pela comprovada reincidência (fls. 101 – proc. nº 0001453-59.2016: infração ao artigo 157 do CP), as penas foram majoradas de 1/6 (um sexto) perfazendo 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa (artigo 14 da Lei nº 10.826/03); em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa (artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03) e em 06 (seis) anos,

09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Desse modo, não prospera a pretensão defensiva de afastamento da reincidência, porque bem comprovada nos autos.

Na derradeira etapa, as penas permaneceram inalteradas, ausentes causas de aumento e diminuição. Quanto ao crime de tráfico de drogas, mantenho a vedação de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sobretudo em razão dos maus antecedentes e reincidência do acusado.

Pelo concurso material de delitos, as penas do réu Cristiano foram somadas, totalizando 13 (treze) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 704 (setecentos e quatro) dias-multa, no piso legal.

Correto o regime prisional fechado, para início do cumprimento das penas aplicadas aos acusados, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face da situação concreta. De fato, as circunstâncias do caso em tela evidenciam que regime prisional menos rigoroso não seria suficiente para a reprovação e prevenção dos delitos praticados pelos réus, sendo um deles (Cristiano) inclusive reincidente. Importante consignar, ademais, que não há qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF, pois os fatos concretos, como já acentuado, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando na hipótese dos autos.

Não há falar em afastamento da pena de multa, como requer a d. Defensoria Pública, que é parte integrante das sanções

aplicadas aos apelantes, conforme dispõem os preceitos secundários dos artigos 33 da Lei 11.343/2006 e artigos 14 e 16, ambos da Lei nº 10.826/03, em plena vigência, não existindo fundamento legal para a exclusão pleiteada. Anoto, ainda, que a pena de multa deve guardar conformidade com a pena corporal e seu afastamento implicaria violação ao princípio constitucional da legalidade.

Por fim, corrijo, de ofício, a capitulação constante da parte dispositiva da sentença, esclarecendo que os apelantes foram absolvidos da imputação de infração ao artigo 35, da Lei 11.343/06.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos defensivos, mantida a r. sentença monocrática. Com correção.

SÉRGIO COELHO
Relator
(Assinatura Eletrônica)