



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000319485

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501787-28.2024.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante ERIK GABRIEL CAMPOS GREGÓRIO, 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: **Rejeitada a matéria preliminar, negaram provimento ao recurso. 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 61004

APELAÇÃO Nº 1501787-28.2024.8.26.0073 – PD

COMARCA: AVARÉ - 2ª VARA CRIMINAL

APELANTE: ERIK GABRIEL CAMPOS GREGÓRIO

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelação. Tráfico de drogas. Preliminar de nulidade das provas por violação de domicílio e ausência de fundada suspeita para a abordagem policial. Rejeição. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação do réu nos moldes em que proferida. Recurso defensivo que, no mérito, busca a absolvição por não haver prova da existência do fato ou por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração máxima, abrandamento do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Impossibilidade. Pena, regime inicial fechado e vedação de substituição da pena corporal por restritiva de direitos mantidos. Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso defensivo não provido.

Pela r. sentença de fls. 157/167, cujo relatório fica adotado, Erik Gabriel Campos Gregório foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, apela a Defensoria Pública sustentando, preliminarmente, a ilegalidade da prova ao argumento de que foi obtida mediante violação de domicílio e sem fundadas suspeitas para a busca pessoal no acusado. No mérito, busca a absolvição por não haver prova da existência do fato ou por insuficiência probatória. Subsidiariamente, postula a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração máxima, abrandamento do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 179/193).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls.

198/210), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 229/241).

Este é o relatório.

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

Dito isso, anoto que a matéria preliminar arguida pela Defensoria Pública não merece acolhimento.

Com efeito, ao contrário do alegado pela d. Defensoria Pública, não há nenhuma ilegalidade na abordagem do acusado pelos policiais militares, tampouco ilegalidade no ingresso dos agentes públicos na residência do réu.

De fato, exsurge dos autos principais que os policiais militares estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, sobre o qual pesava informação de tráfico de drogas, quando viram o réu parado em frente à sua residência, sendo que Erik demonstrou nervosismo e tentou fugir ao avistar a aproximação dos policiais e, durante revista pessoal, os agentes da lei encontraram uma porção de “crack” em poder do réu e certa quantia em dinheiro. Em seguida, os policiais indagaram o réu sobre a existência de mais drogas em sua residência, dando a ele ciência acerca das denúncias relacionando a moradia ao tráfico de drogas, ocasião em que Erik confirmou que havia mais drogas no fundo de sua casa, próximo a uma bananeira, local onde foram encontradas mais porções de droga e uma balança de precisão.

Como se vê, perfeitamente lícita a abordagem realizada pelos policiais militares no caso em análise, pois lastreada em fundadas suspeitas de que o acusado estava envolvido em delito de caráter permanente e em situação flagrancial, conforme efetivamente constatado.

Com efeito, o art. 244, do CPP, não exige maiores formalidades para a busca pessoal, sendo desnecessária investigação pretérita ou prova cabal da ocorrência do delito, bastando que haja fundada suspeita de que o sujeito portava arma, objetos ou papéis que constituam o corpo de um delito.

De fato, conforme a lição sempre autorizada de Guilherme de Souza Nucci, a *"Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de que se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadoras de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente"* (in Código de Processo Penal Comentada, 8ª ed. rev. atual. e ampl. 2ª tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 530).

E, no caso dos autos, é bem de ver que havia fundada suspeita da ocorrência de um delito, na medida em que, como já consignado, o acusado demonstrou nervosismo ao avistar a aproximação de policiais militares e tentou fugir visando esquivar-se da ação policial.

Por certo, tais circunstâncias extrapolam a simples desconfiança subjetiva dos policiais, havendo, pois, elementos concretos que, sem sombra de dúvida, são capazes de caracterizar a fundada suspeita, motivando, assim, a abordagem do réu e sua prisão em flagrante.

Nessa conjuntura, era lícito aos agentes da lei proceder à abordagem do acusado, pois presente fundada suspeita da prática de crime, a qual, aliás, se confirmou, constatando-se a ocorrência de delito em situação de flagrância (flagrante perfeito, art. 302, I, CPP).

Note-se, por outro lado, que os crimes relacionados a drogas e armas são permanentes, ou seja, exaurem-se com o simples ato de portar, trazer consigo, guardar, possuir, etc., a substância entorpecente que cause dependência física ou psíquica ou a arma de fogo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Assim, no caso dos autos, sob qualquer prisma que se observe a questão, é certo que o acusado se encontrava em flagrante delito desde o momento em que passou a trazer consigo e guardar os entorpecentes em sua residência, contexto apto a ensejar, lícitamente, a sua prisão.

Destaco, ademais, por oportuno, que ambas as Turmas do e. STF vêm decidindo que é válida a busca pessoal decorrente da

conduta do réu: "AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. LICITUDE DA BUSCA PESSOAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO HABEAS CORPUS. (...) 2. É lícita a busca pessoal em caso de fundada suspeita de que o investigado esteja em posse de elementos que constituam corpo de delito, nos termos do art. 240, § 2º, e do art. 244 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...) 4. Agravo interno desprovido." (HC 229927/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 12/09/2023, DJe 25/09/2023, g.n.). "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BUSCA PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. (...) 3. Nos termos dos arts. 240, § 2º e 244 do CPP, cabe a busca pessoal, independente de autorização judicial, quando houver fundada suspeita de ocultação pelo investigado de elementos de convicção. Precedentes. (...) 5. Agravo regimental conhecido e não provido" (HC 212682/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/04/2022, DJe 18/04/2022, g.n.). Ainda, nas palavras do E. Ministro Gilmar Mendes: "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública" (RHC 229.514/PE, julgado em 28/8/2023, g.n.).

Nesse mesmo esteio, a jurisprudência do C. STJ: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUPOSTA NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. DILIGÊNCIA AMPARADA EM FUNDADA SUSPEITA.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. A busca pessoal, de acordo com o § 2.º do art. 240 do Código de Processo Penal, somente pode ser realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas alíneas 'b' a 'f' e 'h' do § 1.º do citado dispositivo. 2. O art. 244, por sua vez, prevê que a busca pessoal, como medida autônoma, independerá de mandado prévio se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. (...) 4. Hipótese em que o Agravado, ao se deparar com a patrulha da ROTA, subiu na calçada, parou a motocicleta e tentou danificar seu aparelho celular, condutas que constituem fundada suspeita a amparar a realização da busca pessoal. 5. Agravo regimental provido para revogar a ordem de habeas corpus concedida na decisão agravada" (AgRg no Habeas Corpus nº 827.911/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 22/08/2023, g.n.). Ainda: "Havendo fundada suspeita de que o Paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada. Precedente" (STJ - HC 552.395/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ e 05.03.2022, g.n.). "(...) o comportamento excessivamente nervoso do indivíduo e o fato de ser conhecido pelos policiais em razão do envolvimento com o tráfico de drogas na região, caracteriza fundada suspeita, o que autoriza a realização de busca pessoal" (STJ - HC 614.339/SP Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª. Turma, j. 09.02.2021, DJ 11.02.2021, g.n.). Tráfico de drogas. Denúncia anônima de traficância local. Fundada suspeita da posse de corpo de delito. Demonstração de nervosismo e inquietude em razão da aproximação da guarnição policial. Circunstâncias autorizadoras de busca pessoal. Art. 244 do CPP. (STJ - HC 742.815-GO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 23/08/2022, DJe 31/08/2022, g.n.). E mais recentemente: "A tentativa de se esquivar da guarnição policial evidencia a fundada suspeita de que o agente ocultava

consigo objetos ilícitos, na forma do art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, a justificar a busca pessoal, em via pública.” (HC 889.618-MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 23/4/2024, DJe 26/4/2024, *g.n.*).

Também descabida a alegação de nulidade da prova por violação de domicílio, uma vez que a ação dos agentes da lei foi legitimada pelo estado de flagrância, que se constitui em uma das exceções à garantia de inviolabilidade do domicílio.

Desse modo, independentemente de dispor ou não a polícia de mandado de busca e apreensão, havendo fundadas suspeitas da ocorrência de crime permanente nas dependências do imóvel, como no caso em questão, pode a diligência ser feita a qualquer hora, sem que isso signifique violação à garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI, da CF) e, por conseguinte, se constitua em prova ilícita, inadmissível no processo por força do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

Importante anotar, a propósito, que o Col. Supremo Tribunal Federal fixou, em repercussão geral (Tema 280), a seguinte tese:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos flagrante delito, desastre ou para prestar socorro a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4.

Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso" (RE n. 603.616, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 10.5.2016).

Portanto, havendo fundadas suspeitas da ocorrência de flagrante delito de natureza permanente, é perfeitamente legítimo o ingresso de policiais na residência, sem mandado judicial, a qualquer

hora, inclusive no período noturno.

Nesse sentido a jurisprudência majoritária e atual da Corte Suprema:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: INC. XI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AFRONTA À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO**” (STF – RE 1.447.939/SP – Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 16/08/2023, g.n.).

A propósito, por ocasião deste julgamento, a eminente Ministra relatora deixou assentado que “Ao julgar a apelação criminal interposta pela defesa, o Tribunal estadual ressaltou que os policiais entraram na residência por terem visualizado um dos recorridos fugir ao perceber os policiais, que passaram a persegui-lo, e por suspeitarem da presença de drogas em duas residências da vila, nas quais ingressaram com a autorização dos respectivos moradores. Portanto, sendo permanente o crime de tráfico, a busca domiciliar no imóvel, na espécie, não é comprovada como contrária ao disposto no inc. XI do art. 5º da Constituição da República. Em processos semelhantes, este Supremo Tribunal tem afastado a alegação de ilicitude de provas nos casos de crime permanente quando há justa causa para o ingresso na residência [...] Assim, pelo que se tem nos autos, não há comprovação de ilegalidade na ação dos policiais militares, pois as razões para o ingresso no domicílio foram devidamente justificadas, o ingresso autorizado e resultaram em apreensão de drogas ilícitas” (g.n.).

Ainda:

"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" (STF - RHC 213852 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 30/05/2022, publicado em 01/06/2022, g.n.).

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. **INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. DENÚNCIA ANÔNIMA**. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O acórdão proferido pelo Tribunal estadual está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 603.616-RG (Tema 280), Rel. Min. Gilmar Mendes. 2. Esta Corte fixou entendimento no sentido de que é possível 'a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial' (HC 108.147, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Segunda Turma). Precedente. 3. Para chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), o que é inviável em recurso extraordinário. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE n. 1.428.792-AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 3.5.2023, g.n.).

"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" (ARE n. 1.411.272-AgR, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17.2.2023, g.n.).

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A TESE FIXADA NO RE 603.616 (TEMA N. 280/RG). NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. ENUNCIADO N. 279 DA SÚMULA DO SUPREMO. (...) 2. 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). 3. Dissentir da conclusão alcançada pelo Colegiado de origem – ausência de desrespeito à inviolabilidade de domicílio – demandaria revolvimento dos elementos fático-probatórios. Incidência do enunciado n. 279 da Súmula do Supremo. 4. Agravo interno parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido" (RE n. 1.382.780-AgR, Relator Ministro Nunes Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2022, g.n.).

Nessa mesma linha também as decisões proferidas no Recurso Extraordinário n. 1.246.146, Relator o e. Ministro Roberto Barroso, DJe 19.12.2019; no Recurso Extraordinário n. 1.305.690, Relator o e. Ministro Roberto Barroso, DJe 2.12.2020; no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 209.688, Relatora a e. Min. Cármen Lúcia, DJe 9.12.2021; no RHC 231163, Relator o e. Ministro Cristiano Zanin, DJe de 25/4/2024; no RE 1448151, Relator o e. Ministro Flávio Dino, DJe de 28/5/2024; e no RE 1.509.401/AM, Relator o eminente Min. Dias

Toffoli.

É necessário ter em mente, ainda, como bem enfatizado pelo e. Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.430.436, que “o entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito” (DJe 6.6.2023, g.n.).

Em suma, como visto acima, o C. Supremo Tribunal Federal, em hipóteses idênticas à dos autos, tem afastado a alegação de ilicitude de provas quando há justa causa para o ingresso dos policiais na residência.

E, no caso em análise, como já se acentuou, o contexto fático anterior ao ingresso dos policiais no imóvel no qual foi apreendida parte das drogas e sobre o qual havia denúncia anônima de que era utilizado para o tráfico de drogas, indicava para além da dúvida razoável, que o local estava sendo palco de um delito, não havendo que se falar em ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Por fim, mas não menos importante, cabe ressaltar que o Código de Processo Penal, ao tratar do tema 'nulidade', em seu artigo 563, determina que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Então, não basta a simples arguição de prejuízo, sendo indispensável sua comprovação, o que nem de longe foi feito na hipótese dos autos.

Rejeito, pois, a preliminar arguida pela d. Defensoria Pública.

No mérito, não obstante o dedicado esforço da combativa Defesa, a r. sentença apelada examinou corretamente as provas e decidiu acertadamente ao reconhecer a responsabilidade do réu pelo crime de tráfico de drogas descrito na peça acusatória.

Realmente, ficou comprovado que, no dia 05 de setembro de 2024, por volta das 20 horas, na Travessa Liberdade nº 158, Jardim Bom Sucesso, na cidade e comarca de Avaré, Erik Gabriel Campos Gregório trazia consigo 01 (uma) pedra de “crack”, bem como, tinha em depósito, 02 (pedras) de “crack”, com peso total de 141.07g, para fins de entrega ao consumo de terceiros, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e/ou regulamentar.

Segundo restou apurado, policiais militares em patrulhamento pelo local dos fatos avistaram o réu, o qual demonstrou nervosismo com a aproximação da equipe policial, o que motivou a abordagem.

No portão de sua residência, o réu Erik inicialmente tentou se desvencilhar da ação policial, mas acabou sendo detido. Durante busca pessoal, foram encontradas na posse do acusado 01 (uma) pedra de “crack”, embalada em plástico, além da quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Questionado sobre a existência de mais drogas em sua residência, o apelante admitiu que no local havia mais entorpecentes e se prontificou a indicar o local exato, levando a equipe policial até os fundos da residência, no quintal, próximo a uma bananeira, onde foram localizadas 02 (duas) pedras maiores de “crack” e uma balança

de precisão pequena.

Além disso, Erik direcionou os policiais até o quarto da residência, onde, em uma gaveta, foi localizada a quantia de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais).

Informalmente, o acusado confessou que comercializava drogas em sua residência (denúncia de fls. 87/89).

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que o acusado Erik, na delegacia, permaneceu em silêncio (fls. 05). Em juízo, disse que estava dentro de sua casa com sua esposa, quando chegou o policial Lucas, que adentrou a residência e o abordou. Confirmou que os policiais encontraram uma pedra de “crack” em seu bolso. Disse que os policiais ameaçaram levar sua esposa presa e, por isso, confessou a prática criminosa e entregou as drogas aos agentes da lei. Afirmou que a droga era mesmo para venda (fls. mídia).

As provas são amplamente desfavoráveis ao réu.

De fato, a prova oral, acrescida do auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 06/09 e 19/20), auto de exibição e apreensão (fls. 10/11), fotos (fls. 22/23), laudo de constatação provisória (fls. 35/41) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 72/74) 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 os policiais militares Nilson de Oliveira Ferreira e Lucas Araújo de Souza, em pretório, deram plena conta do ocorrido, confirmando a dinâmica dos fatos acima reproduzidos e,

consequentemente, o quadro de tráfico de drogas envolvendo o acusado. Disseram, em síntese, que estavam em patrulhamento pelo Bairro Bonsucesso, quando avistaram o réu em frente à residência dele. Esclareceram que havia denúncia anônima relacionando a residência do réu ao tráfico de drogas e que o réu demonstrou nervosismo e tentou empreender fuga, o que motivou a abordagem, oportunidade em que apreenderam uma porção de “crack” e quantia em dinheiro em poder de Erik. Indagado sobre a existência de mais drogas, o réu confirmou que havia mais drogas no fundo de sua casa, próximo a uma bananeira, onde, de fato, encontraram mais duas porções maiores de “crack” e uma balança de precisão. No quarto do réu, encontraram quantia em dinheiro (fls. 02/04 e mídia).

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 corretamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada.

De fato, 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. De fato, a quantidade e natureza da droga apreendida, aliadas às circunstâncias em que se deram os fatos, suficientemente esclarecidas nos depoimentos dos policiais militares, que bem detalharam a dinâmica criminosa e especificaram a existência de denúncia anônima relacionando a residência do réu como ponto de venda de drogas, sem falar na apreensão de balança de precisão e certa quantia em dinheiro sem comprovação de procedência lícita e na confissão judicial do réu, não deixam dúvidas de que Erik estava efetivamente envolvido com o tráfico de drogas, não havendo que se falar em absolvição por não haver prova da existência do fato ou por insuficiência probatória.

Impunha-se, portanto, a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas tal como lançado na r. sentença monocrática.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira etapa do cálculo, a básica foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no unitário mínimo, em razão da quantidade de drogas apreendidas, o

que não merece censura.

Com efeito, não há reparo a ser feito, mesmo porque 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.

Nesse sentido, por sinal, é imperioso observar que o C. Supremo Tribunal Federal já reconheceu que *“Ao fixar a pena dentre os limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário do tipo do tráfico, pode o Juiz majorar a pena a partir da conjugação da espécie de substância apreendida com outros elementos, como a quantidade ou mesmo a qualidade do entorpecente apreendido”* (HC nº 94.655-1/MS, 1ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.8.2008). De fato o Pretório Excelso vem entendendo que *“a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas”* (cf. STF, Segunda Turma, RHC 84.571/RJ, j. 7.12.2004, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13.5.2005, p. 00031), até porque, a aplicação automática de pena mínima, não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, qual a razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima.

Na segunda fase, a pena retornou ao mínimo legal, em razão da menoridade relativa do acusado (fls. 16).

Na etapa derradeira, andou bem a digna Magistrada de primeiro grau ao deixar de reduzir a pena do acusado com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, já que as circunstâncias do caso em comento constituem indícios sérios de envolvimento do réu com a criminalidade, sabido que a referida causa de diminuição de pena tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aquele que está inserido em atividade criminosa e faz do tráfico o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do apelante Erik, que registra envolvimento com o tráfico de drogas desde a juventude, cf. processo nº 1500194-81.2022.8.26.0574 (fls. 51), o que reforça a impossibilidade de aplicação do referido redutor, pois denota a dedicação deles a essa atividade criminosa, sem falar na existência de denúncia anônima de tráfico de drogas relacionada à residência do acusado, cf. bem ressaltou os policiais militares. Nesse sentido, no julgamento do AgRg no REsp nº 1.560.667/SC, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu que “[a] existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais” (Rel. Ministro Nefi Cordeiro – 6ª Turma – j. em 17.10.2017 – DJe 23.10.2017). Ainda: “4. Desde que devidamente comprovado, o envolvimento reiterado do paciente, quando menor, em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, é elemento idôneo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do agente a práticas criminosas” (STJ – HC nº 299.673/SP – Rel. Ministro Ribeiro Dantas – 5ª Turma – j. em 18.08.2016 – DJe 24.08.2016). E mais recentemente, o E. STF: “Agravos regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06).

Condenação. Dosimetria. Aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. **Utilização da prática de atos infracionais para se afastar a causa de diminuição. Possibilidade. Precedentes.** Agravo regimental não provido.” (STF - RHC 190434 AgR, 1ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 23/08/2021, g.n.). No mesmo sentido: HC nº 152.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 22/02/2018; HC nº 178.364, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/11/2019. E ainda mais recentemente o HC nº 231.741, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24/10/2023, com a seguinte ementa: “Agravo regimental em habeas corpus. Crimes de resistência e tráfico de drogas. Pretendida incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Dedicção à atividade criminosa. **Registro de atos infracionais. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade ou de teratologia. Decisão agravada em harmonia com entendimento consolidado pela Suprema Corte.** Reiteração dos argumentos expostos na inicial, os quais não infirmam os fundamentos da decisão agravada. Manutenção da decisão por seus próprios fundamentos. Agravo ao qual se nega provimento”.

Ainda no tocante aos registros pela prática de atos infracionais, consoante bem apontou o Ministro Gilmar Mendes, ao denegar a ordem no HC nº 179.012: “(...) é indiscutível que, na adolescência, o agravante não praticou crimes, em seu sentido técnico-jurídico. Ocorre que o tribunal de origem apenas registrou que a prática dos referidos atos infracionais comprova que o agravante não é nenhum principiante (...) Isso não significa que foram considerados, como crimes, os atos infracionais praticados. Significa, apenas, que todo o contexto fático comprova que o requisito de não dedicação a atividades criminosas não foi preenchido” (DJe de 06/02/2020 – grifei).

Outrossim, é firme a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que, “se as circunstâncias concretas do

delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.” (HC nº 123.042/MG, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 31/10/2014).

Por outro lado, no caso em tela, a quantidade de pena aplicada ao acusado traduz impedimento à substituição da pena carcerária, ausente o requisito objetivo previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por fim, fica mantido o regime prisional intermediário, diante da gravidade do delito - não em tese, mas em sua existência particular -, e de suas consequências, sendo impossível o abrandamento para o aberto. Aliás, o caso inclusive comportava a fixação de regime ainda mais severo, contudo, ante a ausência de recurso ministerial, é impossível qualquer mudança nesse sentido.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso defensivo, mantida a r. sentença monocrática.

SÉRGIO COELHO
Relator
(Assinatura Eletrônica)