



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000337641

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500705-96.2023.8.26.0557, da Comarca de Barretos, em que é apelante FABIANO MENDES DE BRITTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 13.518

APELAÇÃO nº 1500705-96.2023.8.26.0557

COMARCA: Barretos – 2ª Vara Criminal

APELANTE: Fabiano Mendes de Britto

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela defesa de Fabiano Mendes de Britto contra sentença que o condenou por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) nulidade do processo por suposta invasão de domicílio; (ii) insuficiência de provas para condenação; (iii) desclassificação da conduta para o artigo 34 da Lei de Drogas; (iv) compensação entre a reincidência e a confissão; (v) afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; (vi) fixação de regime prisional mais brando.

III. Razões de Decidir

3. A alegação de nulidade por invasão de domicílio foi rejeitada, pois o tráfico de drogas é crime permanente, justificando a entrada dos policiais sem mandado.

4. As provas apresentadas, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas e apetrechos, foram consideradas suficientes para a condenação.

5. A desclassificação para o artigo 34 foi negada, pois os objetos apreendidos eram utilizados para o tráfico, não configurando crime autônomo.

6. A compensação entre reincidência e confissão foi negada, pois o réu não confessou o crime.

7. A causa de aumento foi mantida, pois o tráfico ocorreu próximo a estabelecimentos de ensino e hospitalares.

8. O regime inicial fechado foi mantido devido à reincidência e à gravidade do delito.

IV. Dispositivo e Tese: Preliminar rejeitada. Recurso Defensivo não provido. Tese de julgamento: 1. A entrada em domicílio sem mandado é justificada em crimes permanentes. 2. A suficiência de provas e a proximidade de locais sensíveis justificam a condenação e a causa de aumento. Legislação Citada: Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput, art. 40, inciso III; Código de Processo Penal, art. 157, art. 156. Jurisprudência Citada: STJ, HC 222.173/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j.

22/11/2011; TJ-MS, Apelação Criminal nº 0001794-13.2014.8.12.0016, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 05/10/2017.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de **Fabiano Mendes de Britto** contra a r. sentença de fls. 189/194, que o declarou incurso no artigo 33, *caput* c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, condenando-o à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo.

Inconformado, apelou o réu sustentando, preliminarmente, a nulidade do feito, em razão de suposta invasão de domicílio. No mérito, aduziu, em síntese, que as provas carreadas para os autos não autorizam o edito condenatório. Pleiteou a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requereu a desclassificação da conduta para o artigo 34, *caput* da Lei de Drogas, a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão, o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas e a fixação de regime prisional mais brando (fls. 208/228).

O recurso foi recebido, tendo sido apresentadas contrarrazões (fls. 245/250).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou às fls. 274/335.

É o relatório.

Ab initio, não há que se falar em nulidade em razão de violação de domicílio.

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

Neste sentido:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. TESE DE INOCÊNCIA. REEXAME DE PROVAS INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. O Paciente foi preso em flagrante delito na posse de 01 (uma) porção de "maconha" e 04 (quatro) porções de "haxixe", tendo sido encontrados, ainda, em sua residência, "cocaína", uma balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao tráfico.

2. Não procede a arguida irregularidade da prisão do

Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente.

3. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

4. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida.

5. A apreciação da tese de inocência do Paciente demanda, inevitavelmente, o reexame da matéria fático-probatória, o qual, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ.

6. Ordem denegada.” (STJ – 5ª Turma, Habeas Corpus nº 222.173/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Outrossim, as diligências policiais restaram mais que justificadas, a uma porque, conforme relatado, os policiais já possuíam notícias prévias de que o acusado possuía envolvimento com o tráfico. A duas porque os policiais em razão de denúncia prévia de que o acusado estaria traficando, foram até o local onde o surpreenderam e ele, ao perceber a presença da polícia, empreendeu fuga. Ato contínuo, o réu confirmou que estava traficando e que havia dispensado entorpecentes pelo vitrô da cozinha. O acusado disse, ainda, que costuma comprar drogas a granel de outros traficantes e vende cada porção a dez reais. Em revista ao imóvel, foram localizados petrechos para o manuseio e embalo de drogas, eppendorfs vazios, uma peneira, uma balança de precisão, rolos de plástico filme e um caderno com anotações. Logo, antes mesmo do encontro das drogas, já havia mais que fundadas suspeitas para abordarem o acusado, o qual, inclusive, já se encontrava em estado flagrancial, bem como para ingressarem no imóvel em que foram localizados os entorpecentes.

Portanto, sobre todos os ângulos de análise, mostra-se impertinente a tese de nulidade baseada na “Teoria dos frutos da árvore envenenada” e em suposta violação ao artigo 157 do Código de Processo Penal.

Assim, por todos os ângulos de análise, constata-se que os mencionados pedidos de nulidade do processo, de cunhos preliminares, não podem prosperar, não havendo que se falar em cerceamento por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, passando-se à análise do mérito recursal.

Consta da denúncia que, no dia 17 de novembro de 2023, por volta das 14h30min, na Rua Mario Renato Gomes Pereira, Condomínio Astúrias, nº. 15, Bloco 4, apartamento 41, bairro Luís Spina, na cidade e comarca de Barretos, o apelante **FABIANO MENDES DE BRITTO** guardava, com a finalidade de entregar e fornecer ao consumo de terceiros, nas imediações de estabelecimentos de ensino e hospitalar, 20,15 gramas de cocaína, acondicionadas em 01 (uma) porção, tratando-se de droga, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 07/10), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), croqui do local dos fatos (fls. 84/85), pelos laudos periciais (fls. 87/90 e 91/93), pelo laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 109/118) – o qual apontou o caráter entorpecente das substâncias apreendidas, bem como pela prova oral colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

O réu **Fabiano Mendes de Britto**, ouvido em juízo, negou a prática do delito. Declarou que, na data dos fatos, estava no interior de sua casa consumindo drogas com sua esposa e sua irmã quando os policiais invadiram o local. Afirmou que a droga que consumiam era pouca e os policiais encontraram efetivamente no local apenas pinos vazios de “cocaína” e outros petrechos. Relatou que os policiais exigiram que entregassem o local de "uma casa bomba" ou uma

arma e, como não forneceu informações, os milicianos disseram que forjariam um flagrante. Negou ter jogado entorpecentes pela janela. Alegou que estava guardando os pinos vazios para um traficante em troca do recebimento de drogas para uso. Afirmou que as anotações lhes foram entregues junto com os referidos pinos e que havia adquirido o celular apreendido e periciado para utilizá-lo em seu trabalho, sem conhecimento do conteúdo de seus aplicativos (mídia SAJ).

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

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

Por outro lado, os policiais militares **Matheus Max Martin Melo e Washington da Silva Reis**, ouvidos em juízo, disseram que receberam denúncias de populares no sentido de que um homem negro, estatura alta e magro estaria traficando na escadaria do bloco 4 do conjunto habitacional. Esclareceram que foram até o local indicado e visualizaram o réu, que possuía as mesmas características que tinham sido passadas e ele, ao avistar a polícia, empreendeu fuga. Afirmaram que visualizaram o acusado jogar pela janela da cozinha do apartamento no qual entrou um prato que posteriormente constatou-se

conter “cocaína”. Salientaram que indagado, o réu informou que costumava pegar droga em consignação com os traficantes, dividia em porções individuais, vendia, pagava o valor e embolsava os lucros. Ressaltaram que de posse da informação passada pelo acusado, desceram ao fosso do prédio até o térreo e apreenderam o prato que havia sido lançado pela janela, bem como aproximadamente 24 (vinte e quatro) gramas de “cocaína”. Declararam que, no interior do apartamento do acusado, localizaram 2500 (dois mil e quinhentos) pinos vazios, balança de precisão, plástico, um telefone celular e um caderno com anotações ligadas ao tráfico (mídia SAJ).

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

“a prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não

se harmonizem com outras provas idôneas” (STF, HC 74.522, in D.J. 13/12/1996);

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

E o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

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

Como se vê, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o réu trazia consigo e guardava as drogas apreendidas pelos policiais. O modo de acondicionamento do entorpecente, sua quantidade e, ainda, as circunstâncias que envolveram sua prisão, o encontro de inúmeras embalagens vazias, bem como petrechos e um caderno de anotações, evidenciam com segurança que se

destinavam à traficância ilícita, afastando-se a tese defensiva de absolvição por insuficiência probatória.

Outrossim, registra-se que a alegação de ser usuário de drogas não obsta à conclusão de que também estava ali para a prática do crime de narcotraficância, sendo certo que muitos usuários se utilizam da venda de drogas para sustentar o próprio vício.

Assim, ainda que o réu seja usuário de drogas o que, frise-se, não foi suficientemente comprovado - tal circunstância não o isenta da prática criminosa.

Nesse sentido:

"EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA TRÁFICO DE DROGAS PROVA ROBUSTA INVIABILIDADE DA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS CONDENÇÃO MANTIDA RECURSO DESPROVIDO. A prova carreada aos autos não deixa dúvidas quanto à prática do crime de tráfico de drogas. A significativa quantidade de droga, a forma como estava acondicionada e as circunstâncias do caso concreto, comprovam a autoria, inviabilizando a absolvição ou desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. A versão do réu de que é apenas o usuário está isolada nos autos. Se usuário for, isto não afastaria, por si só, a imputação do crime de tráfico, pois é comum a figura do usuário traficante. Condenação mantida. COM O PARECER RECURSO NÃO PROVIDO" (TJ-MS 00017941320148120016 MS 0001794-13.2014.8.12.0016, Relator: Des. DORIVAL MOREIRA DOS

SANTOS, data de Julgamento: 05/10/2017, 3ª Câmara Criminal).

Impunha-se, portanto, a condenação do réu, não havendo cogitar-se de absolvição por insuficiência probatória, já que suas atitudes se coadunam, perfeitamente, com a figura delitiva prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:

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

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

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

"O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância" (TJSP - ac 6.635 - Rei. ONEI RAPHAEL - RJTJSP 70/371).

No caso concreto, além da porção de entorpecente que foi lançada pelo réu através do vitrô do apartamento, foram encontrados no local, como já consignado, diversos petrechos utilizados na prática do tráfico (fls. 105), além de um caderno com anotações.

Ressalte-se, por oportuno, que o aparelho celular do acusado continha conversas que denotavam a venda de drogas a terceiros, como bem relatou o Juízo de origem (fls. 114).

No que tange ao pleito de desclassificação da conduta para o artigo 34, da Lei nº 11.343/06, melhor sorte não colhe.

Isso porque os dois dispositivos (art. 33 e art. 34, da Lei de Tóxicos) protegem um mesmo bem jurídico – saúde pública – e, no presente caso, os fatos aconteceram em um mesmo contexto, já que em poder do acusado os policiais apreenderam a cocaína e os objetos utilizados justamente para a embalagem e distribuição daquele entorpecente. Vale dizer, a posse de filme plástico, peneira, pinos vazios e balança de precisão, longe de tipificar crime autônomo, representa mero delito antecedente, subsidiário ao mais grave.

Cumprido ressaltar que a apreensão de eppendorfs vazios, balança de precisão e peneira, ainda que reste demonstrada sua utilização para acondicionamento das drogas, não caracteriza o delito previsto no artigo 34, da Lei de Drogas.

Isso porque os petrechos não se destinam à fabricação, preparação, produção ou transformação em drogas. Logo,

uma vez demonstrado que os entorpecentes apreendidos em poder do réu e em seu apartamento destinavam-se ao comércio espúrio, deve o acusado responder pelo crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Da mesma forma, restou configurada a incidência da causa especial de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

De acordo com o relatório de investigação acostado às fls. 84/86 dos autos, o local onde era praticada a mercancia ilícita está localizado próximo a estabelecimentos de ensino e hospitalares (CEMEI Izadora Bevilacqua de Souza Merenda e Unidade ESF Dr. Luis Spina).

Importante consignar a simples prática de tráfico de drogas nas proximidades dos estabelecimentos indicados no aludido dispositivo legal se mostra suficiente para configuração da majorante.

Neste sentido:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO PERTO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO. ALEGADA IGNORÂNCIA DO FATO PELOS AGENTES. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos quando o crime tiver

sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo. A pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais. 3. Ordem de habeas corpus denegada” (STJ – HC 219.589/SP – 5ª TURMA - 21/02/2013 – Min. LAURITA VAZ) Grifei.

Com efeito, a simples prática da mercancia ilícita nas proximidades ou imediações dos locais indicados no inciso III, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, justifica, por si só, a incidência da causa de aumento de pena, evidenciando maior risco à saúde pública.

Portanto, deve ser mantida a condenação do réu pelo crime previsto no aludido artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, passando-se à análise da reprimenda que lhe fora imposta.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz sentenciante acertadamente fixou a reprimenda basilar no patamar mínimo legal, qual seja 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, incidiu a circunstância agravante da reincidência, no caso específica (certidão de

fls. 24 – Processo nº 0003083-30.2017.8.26.0066), a reprimenda foi majorada corretamente em 1/6 (um sexto) alcançando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

A Defesa pleiteou a compensação integral entre a reincidência e a confissão, contudo, razão não lhe assiste, uma vez que o réu não confessou a prática do delito, pelo contrário, afirmou que estava no local apenas consumindo drogas na companhia da irmã e da esposa e que armazenava as embalagens vazias em sua residência para um traficante que, em troca, lhe daria drogas para uso.

Por fim, na terceira fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto) diante da presença da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, inexistindo causas de diminuição de pena.

A Defesa requereu o afastamento da causa de aumento, contudo, melhor sorte não colhe, eis que, conforme já referido, o delito foi praticado nas proximidades de estabelecimentos de ensino e hospitalares, portanto, restou configurada a causa de aumento.

Sendo assim, a reprimenda deve ser mantida no patamar definitivo de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

De fato, não é caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, já que o recorrente é reincidente, não fazendo ao benefício. É imposição expressa da lei a não concessão do benefício diante da presença de tal agravante.

Nesse passo, registre-se que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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

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

E nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas,

ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos, mesmo porque já se viu que o réu é reincidente.

Outrossim, mostra-se desarrazoada a aplicação do benefício de substituição da pena corporal pela pena restritiva de direitos, eis que, entende-se tal modificação ser incabível e não ser recomendável, pois não preenchido o critério legal previsto no inciso III do artigo 44 do Código Penal. Ademais, a pena imposta é superior a quatro anos e o apelante é reincidente, condições essas que impedem a concessão da benesse pretendida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITA-SE A PRELIMINAR ARGUIDA e NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso Defensivo, restando mantida a r. sentença prolatada, tal como lançada.

FÁTIMA GOMES

Relatora