



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000338494

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500486-87.2024.8.26.0415, da Comarca de Palmital, em que é apelante/apelado JOÃO GABRIEL ROSA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Ante o exposto, rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso Ministerial para redimensionar a reprimenda para seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta diárias mínimas, em regime fechado, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) E FREITAS FILHO.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

KLAUS MAROUELLI ARROYO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

**APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500486-87.2024.8.26.0415 – 2ª VARA
JUDICIAL DA COMARCA DE PALMITAL**

7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

APELANTES: JUSTIÇA PÚBLICA e JOÃO GABRIEL ROSA

APELADOS: JOÃO GABRIEL ROSA e JUSTIÇA PÚBLICA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

I. Caso em Exame

João Gabriel Rosa foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 diárias mínimas, em regime fechado. O Ministério Público recorreu para compensação parcial entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência. A defesa alegou ilegalidade das provas por invasão domiciliar e pediu absolvição ou afastamento da reincidência e justiça gratuita.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a legalidade da entrada policial na residência sem mandado judicial (iii) a fragilidade das provas para condenação por tráfico de droga e (ii) a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência.

III. Razões de Decidir

3. A entrada na residência foi legal, pois ocorreu em flagrante delito, com autorização da proprietária, conforme o art. 5º, XI, da CF.

4. As provas, incluindo depoimentos de policiais e avó do apelante, apreensão de drogas e confissão, foram consideradas suficientes para manter a condenação por tráfico. 5. A compensação entre a confissão e a reincidência foi revista, reconhecendo a preponderância da agravante devido à multirreincidência.

IV. Dispositivo e Tese

6. Recurso defensivo improvido e recurso ministerial provido, redimensionando a pena para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 diárias mínimas, em regime fechado.

Tese de julgamento: 1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita em flagrante delito com autorização. 2. A condenação por tráfico de drogas foi mantida devido à suficiência das provas. 3. A multirreincidência prepondera sobre a confissão na dosimetria da pena.

Legislação Citada:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CF/1988, art. 5º, XI; Lei 11.343/06, art. 33; Código Penal, art. 59, art. 33, §3º.

Jurisprudência Citada:

STF, RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015;
STF, RE 1.447.939/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 16/08/2023; STJ, AgRg no HC 622879, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/02/2021.

VOTO Nº 12889

JOÃO GABRIEL ROSA foi condenado como incurso no artigo 33 “caput” da Lei 11.343/06, ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) diárias mínimas, em regime inicial fechado, nos termos da r. sentença de fls. 170/180, cujo relatório adota-se.

Inconformado, recorreu o Ministério Público para pleitear a compensação parcial entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, eis que multirreincidente (fls. 217/220).

Irresignada, recorreu a Defesa para pleitear, preliminarmente, a ilegalidade das provas produzidas após invasão domiciliar por parte dos policiais.

No mérito, a absolvição, ante a

fragilidade probatória. Subsidiariamente, o afastamento da agravante da reincidência e a justiça gratuita (fls. 195/196).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 201/203 e 230/231).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso da Defesa e provimento do recurso do Ministério Público (fls. 290/294).

É o relatório.

A preliminar arguida não comportará guarida jurisdicional.

Verifica-se que a entrada na residência se deu para a efetivação da prisão em flagrante delito, hipótese permitida conforme o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Isto porque, a avó do apelante permitiu o ingresso dos milicianos na residência.

Ela é a proprietária do imóvel e foi quem acionou os policiais militares, pois seu neto não deixava que ela

retornasse, haja vista a mesma ser contrária ao tráfico de entorpecentes perpetrado por ele no local.

Outrossim, a inviolabilidade ao domicílio, prevista no artigo supra, apresenta quatro exceções: (i) em caso de flagrante delito; (ii) em caso de desastre; (iii) para prestar socorro e, por fim; (iv) durante o dia, por determinação judicial.

Considerando que o tráfico de entorpecentes é crime permanente, é autorizado pela Constituição da República o ingresso da força pública de segurança na residência ou domicílio para as providências necessárias e cabíveis para a prisão dos responsáveis e apreensão do material ilícito.

Nesse sentido já decidiu o Col. STF, em sede de Recurso Extraordinário representativo de controvérsia, **com repercussão geral**:

“RE 603616 - 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.”

Vide o voto do rel. Min. Gilmar

Mendes que aclarou a controvérsia:

“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.” (STF – RE 603616, com fixação de Repercussão Geral – Rel. Min. Gilmar Mendes – julg. 05/11/2015 – publ. 10/05/2016).

Com efeito, conhece-se a existência de eventuais abusos dos agentes policiais durante a execução de tais medidas; porém, não foi o que se verificou no caso vertente, eis que os elementos anteriores determinantes ao fato justificaram a ação, não se tratando de mero tirocínio, tendo os policiais militares sido acionados pela proprietária do imóvel, onde o neto praticava o comércio espúrio e não a deixava entrar.

Outrossim como bem consignou o Juízo “a quo”: “...*Quanto ao requerimento de declaração da nulidade da busca e apreensão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que a autorização de apenas um dos moradores é suficiente para validar o consentimento para a entrada de policiais na residência, sendo desnecessária a anuência dos demais. O fundamento para tal entendimento é que cada morador tem disponibilidade sobre os espaços comuns do imóvel, podendo autorizar o ingresso de terceiros*

independentemente da concordância dos demais residentes. A exigência de consentimento unânime criaria obstáculo desarrazoado à atuação policial legítima. No caso concreto, restou demonstrado nos autos que a avó do réu, moradora da residência, de forma livre e sem coação, expressamente autorizou a entrada dos policiais, tendo inclusive acompanhado toda a diligência, o que confere plena validade à busca realizada)...” (fls. 171/172).

Cumpre consignar que, em recente Decisão do E. Supremo Tribunal Federal, Relatoria da Exma. Ministra Carmen Lúcia (RE 1.447.939/SP), publicada em 22 de agosto de 2023, foi reconhecida a legalidade do ingresso na residência sem mandado judicial, na hipótese de crime permanente, diante da fuga dos indivíduos ao notarem a aproximação da polícia e autorização dos moradores para vistoria dos imóveis pelos agentes da lei, ante a suspeita de que haveria droga nos locais.

Confira-se:

*DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
PROCESSUAL PENAL.
INVOLABILIDADE 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.

(...)

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.

(STF – RE 1.447.939/SP, – Rel. Min. Carmen Lúcia – julg. 16/08/2023 – publ. 22/08/2023).

Ressalta-se que a decisão com repercussão geral do Min. Gilmar Mendes concretiza a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, eis que reforça a exigência da

justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca ao domicílio. Ao mesmo tempo, dá segurança aos policiais de que, demonstrada a justa causa para a medida, não assumem o risco do cometimento de ilícito.

O Col. STJ, em sintonia com o entendimento do Col. STF, nesse tema, também deixa assentado que:

“1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito.

2. Consoante julgamento do RE 603.616/RO, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito.

3. *Extraí-se, do contexto fático delineado pelas instâncias ordinárias, a existência de elementos concretos que evidenciaram o flagrante delito, não baseado em denúncia anônima, mas em prévia investigação policial, o que afasta o pleito de declaração de nulidade das provas e absolvição do recorrente.*

4. *Agravo regimental improvido.” (STJ - AgRg no HC 622879 – Rel. Min. Nefi Cordeiro – julgado em 09/02/2021 – publicado em 17/02/2021).*

“1. O entendimento perfilhado pela Corte estadual está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão ou autorização judicial para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal.

2. *No caso em exame, a justa causa para a*

adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de o denunciado, sabidamente contumaz no envolvimento no tráfico de drogas, quando notou a presença dos policiais, empreendeu fuga, o que levou à busca pessoal e posterior busca domiciliar, onde foram encontrados entorpecentes diversos.

3. Cumpre salientar que esta Corte tem entendimento reiterado segundo o qual "a discussão acerca de nulidade da prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, haja vista a formação de novo título a embasar a custódia cautelar" (STJ - AgRg no HC 632423 – Rel. Min. Ribeiro Dantas – julgado em 23/02/2021 – publicado em 26/02/2021).

Superada a prefacial, passa-se a análise do mérito.

Segundo consta, no dia 01 de outubro de 2024, por volta de 09h00min, na Rua Ibirarema, 73, em Campos Novos Paulista, na cidade e comarca de Palmital, JOÃO GABRIEL ROSA, tinha em depósito, para posterior entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, 07 (sete) porções de crack, pesando cerca de 80g no total e 80 (oitenta) porções de maconha, com peso aproximado de 1,580kg no total, substâncias que causam dependência e constam da Lista de Substâncias de Uso Proscrito no Brasil.

A materialidade consta do boletim de ocorrência (fls. 07/11) auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), fotografias (fls. 29/42), laudo de constatação (fls. 43/47) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 145/147).

A autoria também é incontroversa.

Tanto no flagrante (fls. 19), bem como em Juízo (fls. 167/168), o apelante confessou a increpação contida na inicial acusatória, ao dizer que efetivamente praticava o comércio espúrio, de modo que a maconha em peteca estava no relógio de energia elétrica e a maconha restante, no formato de tijolo, estava próxima do pé de abacate que ficava no terreno da residência.

Aduziu, ainda, que no interior da referida residência possuía uma balança e um radiocomunicador, o qual estava quebrado.

A condenação do apelante pelo crime de tráfico de entorpecentes era medida de rigor e restou embasada não só pela confissão judicial e flagrante em posse das drogas, mas também pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório,

depoimento do policial militar Gildvam (fls. 167/168), no sentido de que foram acionados pela avó do apelante, a qual narrou que fez um BO contra ele e que precisou dormir fora de casa, porque a ameaçou de agressões, o que estava se tornando recorrente, haja vista a mesma ser contrária ao tráfico espúrio realizado por ele em sua própria residência.

Se dirigiram ao local e, após a mesma franquear a entrada da equipe, de pronto encontraram Gabriel no quintal, com dinheiro e um celular em suas mãos.

Do lado externo, localizaram, próximo do relógio de luz, maconha, já fracionada para a venda.

Na companhia da idosa, no interior da residência, no quarto encontraram mais objetos relativos ao comércio espúrio, tais como embalagens, dinheiro em notas trocadas, balança, radiocomunicador, caderno com anotações e tubos com porções pequenas.

Indagado, Gabriel disse que havia mais entorpecente enterrado no quintal, onde, perto de uma bananeira, mais maconha e pedras de crack.

No fundo do corredor, ainda, mais porções de maconha.

Ouvida na condição de informante,

Maria Lúcia, avó de Gabriel, deu conta de que o neto mexia muito com droga.

Assim que tomou conhecimento da ilicitude dos atos dele, comunicou a polícia e autorizou a entrada dos milicianos em sua residência.

Disse que fazia uns três meses que as pessoas se dirigiam à sua residência para procurá-lo, no entanto, ele negava a traficância.

Ele a agrediu e ameaçou de morte, bem como, colocou um saco preto em sua cabeça e amarrou suas mãos para trás.

Nesse contexto, não há que falar em fragilidade das provas ou atipicidade da conduta, porquanto nossos Tribunais desde há muito vêm conferindo credibilidade ao depoimento de agentes da lei, que por essa condição não podem ser tidos e havidos como suspeitos ou parciais.

Vide, nesse rumo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E ATIPICIDADE DA CONDUTA POR

ALEGADA NÃO COMPROVAÇÃO DO DOLO. VIA IMPRÓPRIA. SÚMULA 7/STJ. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos" (AgRg no HC 620.668/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp n. 1.757.950/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 7/6/2021).

O policial militar foi seguro em depoimento, o qual foi acionado pela avó do apelante, a qual afirmava que o neto praticava o comércio espúrio.

Franqueada a entrada na

residência, de pronto o encontraram, juntamente com o entorpecente descrito na inicial acusatória, sem olvido de sua confissão informal.

O depoimento supra foi confirmado pela avó do apelante em Juízo, a qual afirmou que o neto era traficante e assim procedia em sua residência, tanto que diversas pessoas o procuravam para adquirir droga.

Desta forma, nada do que alegou a combativa Defesa foi capaz de abalar o fundado convencimento sobre a configuração da prática do delito de tráfico de drogas, além da efetiva responsabilidade penal do apelante nos fatos narrados na denúncia, robustez do conjunto probatório produzido, no caso, confissão, apreensão da droga e depoimentos das testemunhas, policial militar e avó que encontram sintonia com os demais elementos de provas colhidos nos autos.

Para a configuração do crime em apreço, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, o que afasta a exigência de se verificar a “*traditio*” para consumação do delito.

Registre-se, por oportuno, que a quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos, 07 (sete) porções de crack, pesando cerca de 80g no total e 80 (oitenta) porções de maconha, com peso aproximado de 1,580kg, o contexto da prisão supra descrita, bem como a forma como estas porções estavam embaladas, o

numerário e as circunstâncias da ação delituosa, tornam tal cenário incompatível com a figura de usuário.

Desta maneira, mantida a condenação do réu nos termos exarados na sentença.

Por derradeiro, a reprimenda comporta reparo em parte.

Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, na fração da sexta parte, ou seja, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) diárias mínimas, o que será mantido, em virtude da quantidade, diversidade e poder vulnerante dos entorpecentes.

Destaca-se que o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que *“de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado”* (STJ - HC 549.340/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 09/04/2021).

Na segunda fase da dosimetria, o

Juízo “a quo”, operou a compensação integral entre a atenuante da confissão com a agravante da reincidência (processo nº 1500474-78.2021.8.26.0415 – fls. 52/59).

No entanto, merece ser acolhido o pleito Ministerial e operar a majoração da sexta parte, isto porque, conforme se depreende da folha de antecedentes criminais, às fls. 57/59, o apelante possui outro processo apto a gerar reincidência, o de nº 1500286-85.2021.8.26.0415, devendo ser reconhecida a preponderância da agravante quando ocorrer a multirreincidência, como no caso em tela, ou seja, seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta diárias mínimas.

Nesse sentido posicionamento do Col. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1341370/MT, Rel. Ministro

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013).

Ressalta-se que “somente na hipótese de multirreincidência é que há que se falar em preponderância da agravante sobre a atenuante. Sendo disposta somente uma anotação apta a configurar a reincidência, impõe-se a compensação integral com a confissão, ainda que parcial ou qualificada” (STJ - AgRg no REsp n. 2.096.889/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024), esse é o entendimento da Corte Superior. (g.n.).

Dada a dupla reincidência, como bem lançado na r. sentença, descabe a diminuição da pena do artigo 33, §4º da Lei de Drogas, uma vez que tal benefício se destina ao agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Quanto ao regime, reconhecida a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, é possível a fixação de regime prisional distinto do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas, devendo ser analisado não só o “*quantum*” da pena fixada, a natureza ou

a quantidade da droga, além do artigo 59, como determina o artigo 33, §3º, ambos do Diploma Substantivo Penal.

Colacionado entendimento

hodierno do C. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO E PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Quanto ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES,

por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário fundamentação específica com base em elementos concretos extraídos dos autos.

No caso, trata-se de réu primário, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e inferior a 8 anos, contudo, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 787.436/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022).

No caso em tela, não só a recidiva, como as consequências do crime com a diversidade e quantidade de

droga, as circunstâncias pessoais do agente que fazia do crime seu meio de vida, como a gravidade concreta das circunstâncias em que se apresentou o tráfico de entorpecentes praticado, exigem maior rigor Estatal.

Destarte, mantido o desconto da reprimenda corporal em regime fechado, posto que os demais desatendem o binômio da reprovabilidade da conduta e suficiência das sanções impostas e por ser o único apto a atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas, em conformidade com o artigo 33, §3º do Código Penal.

Nos mesmos moldes, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça.

Apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se faz necessário preencher os requisitos do artigo 44 do Código Penal, o que não ocorreu nos presentes autos.

Por fim, quanto ao pedido de justiça gratuita e isenção de custas, poderá pleiteá-lo na fase de execução da sentença, momento em que deverá demonstrar sua hipossuficiência e postular eventual suspensão da exigibilidade do pagamento de tais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

valores.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se provimento ao recurso Ministerial para redimensionar a reprimenda para seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta diárias mínimas, em regime fechado, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

KLAUS MAROUELLI ARROYO

RELATOR