



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000338656

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500827-48.2022.8.26.0621, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante BRENO MENDES DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

ROBERTO PORTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1500827-48.2022.8.26.0621

Apelante: Breno Mendes de Oliveira

Apelado: A Justiça Pública

Comarca: Guaratinguetá

Voto nº 21.776

Apelação — Tráfico de entorpecentes — Recurso defensivo — Pleito para recorrer em liberdade — Descabimento — Elementos propulsores da custódia cautelar inalterados - Legalidade da busca domiciliar — Prisão em flagrante de crime permanente - Cumprimento de mandado de prisão expedido pelo Juízo da Comarca de Santos — Preliminares afastadas - Materialidade e autoria demonstradas — Firmes e coerentes os depoimentos dos policiais militares — Intuito mercantil demonstrado nos autos - Condenação inevitável — Penas exasperadas em razão dos maus antecedentes e da reincidência - Ausência de bis in idem, porque pautadas em condenações anteriores distintas - Redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de 11.343/06 corretamente afastado - Regime inicial fechado de rigor — Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, por expressa vedação legal - Preliminares rejeitadas, recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Breno Mendes de Oliveira** contra a r. sentença de fls. 166/177, que julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento das penas de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 889 (oitocentos e oitenta e nove) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformado com a r. sentença, recorre o réu pugnando, preliminarmente, pela nulidade do feito decorrente da ilicitude das provas e pelo direito de recorrer em liberdade. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente requer a redução das reprimendas (fls. 262/279).

O recurso foi regularmente processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 283/290).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso, no parecer de fls. 302/313.

Relatei.

Consta da denúncia que no dia 30 de agosto de 2022, por volta de 18h30min, na Rua Eufrásio Fernandes, nº 1700, bairro Jardim Esperança, na cidade e comarca de Guaratinguetá, BRENO MENDES DE OLIVEIRA guardava e trazia consigo, para consumo de terceiros, droga, consistente em, aproximadamente, 28g de *crack* e 80g de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme narra a peça acusatória, nas condições de tempo acima descritas, o acusado praticava o tráfico de drogas em frente ao imóvel situado no endereço supramencionado, quando percebeu a aproximação de policiais militares, os quais o procuravam para dar cumprimento ao mandado de prisão nº 0001015-74.2015.8.26.0520.000, expedido pelo Juízo da comarca de Santos. Ato contínuo, o recorrente tentou empreender fuga, ingressando no quintal da aludida residência, oportunidade em que dispensou uma sacola plástica. Os milicianos, por seu turno, foram ao encalço dele e, após o capturarem, recuperaram a referida sacola, ocasião em que constataram em seu interior 130 (cento e trinta)

eppendorfs, contendo cocaína, além de uma pedra de *crack*.

Pois bem.

Preliminarmente, tratando-se de réu, multirreincidente, que permaneceu preso durante toda a instrução processual, seria um tanto quanto incoerente conceder-lhe o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ainda mais quando inalterados os motivos propulsores de sua prisão cautelar.

Nesse mesmo sentido, já se posicionou o C. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.

2. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)
2. Em casos em que o réu permaneceu preso durante a instrução criminal, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade de recorrer em liberdade, de acordo com a jurisprudência pátria, devem ser avaliadas com prudência. Considerando que, na espécie, os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia

somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório, precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Assim, é incompatível com a realidade processual manter o réu preso durante a instrução e, após a sua condenação, preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade. Precedentes (...).” (STJ, HC 289217/SP, 5ª Turma, Min. Marco Aurélio Bellizze, jg. 13/05/2014, DJe 21/05/2014).

No que concerne à ilicitude das provas frente à alegada invasão de domicílio, temos que o argumento deve ser afastado.

A privacidade do domicílio, constitucionalmente assegurada, encontra limites na própria Carta Fundamental, incluindo-se no rol das escassas hipóteses de mitigação deste direito fundamental a possibilidade de ingresso em domicílio sem mandado judicial nos casos de flagrante delito, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República.

O crime de tráfico de drogas, mormente nas figuras de trazer consigo, guardar e manter em depósito, configura crime permanente e sujeita o autor da conduta ao estado de flagrância enquanto perdurar a prática criminosa, prescindindo-se, portanto, de mandado de busca e apreensão durante a ocorrência do delito.

Neste mesmo sentido recente entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

“Não há ilegalidade na ação de policiais militares que - amparada em fundadas razões sobre a existência de flagrante do crime de tráfico de drogas na modalidade “ter em depósito” - ingressam, sem mandado judicial, no domicílio daquele que corre, em atitude suspeita, para o interior de sua residência ao notar a aproximação da viatura policial.” (HC 169.788/SP, relator Ministro Edson Fachin, redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 01.03.2024).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FLAGRANTE DELITO. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 603.616-AgR/RO. (...) II - Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito. Ao julgar o RE 603.616-AgR/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta Suprema Corte decidiu, sob o regime de repercussão geral, que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito. III - Para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279/STF. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF - Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.298.036 / RS; Segunda Turma — Rel. Min. Ricardo Lewandowski; j. de 26.2.2021 a 5.3.2021).

É certo que havia fundadas razões para o ingresso no imóvel, uma vez que os policiais foram até o endereço com o objetivo de cumprir mandado de prisão nº 0001015-74.2015.8.26.0520 expedido pelo Juízo da Comarca de

Santos. Na sequência, eles se depararam com o réu na frente da residência, o qual tentou fugir por dentro do quintal do imóvel, dispensando uma sacola plástica. Após ser perseguido e detido, a suspeita revelou-se verdadeira, tanto que as drogas foram apreendidas no interior da sacola plástica que ele havia dispensado no momento da fuga.

Portanto, o ingresso no domicílio do réu se mostrou legítimo, devidamente justificado pelas circunstâncias do caso concreto.

Rejeitadas as preliminares suscitadas pela defesa, passo ao exame do mérito recursal.

A autoria e materialidade do delito estão demonstradas no auto de prisão em flagrante, no boletim de ocorrência de fls. 08/10, no auto de exibição e apreensão de fls. 11/12, no laudo de exame toxicológico de fls. 140/142, bem como pela prova oral trazida aos autos.

Em Juízo, o réu negou a prática da traficância. Afirmou ser foragido da Justiça e estava morando há pouco tempo naquele local. Relatou que os policiais invadiram a casa e o acusaram injustamente.

Contudo, a versão encontra-se isolada no conjunto probatório.

Os policiais militares **Clemilson Rodrigues de Souza** e **Anderson de Souza Bastos** relataram ter recebido informação sobre a localização do réu, foragido da Justiça. Assim que chegaram ao local, o acusado dispensou uma sacola plástica no chão e tentou empreender fuga, pulando uma folha de latão que era usada como muro, e se atirando no rio Paraíba. Todavia, o recorrente foi

detido ainda nas margens do rio. No interior da sacola que ele havia dispensado, encontraram as drogas descritas na denúncia.

Por oportuno, cumpre ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes policiais ou guardas civis que tenham participado das diligências que culminaram na captura do investigado ou em sua prisão em flagrante. Isso porque não se afigura razoável afastar a validade de depoimentos prestados por policiais com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que estes também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

Ademais, seria um contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, prestam conta de suas atividades.

Nesse sentido, confira-se:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 157, CAPUT, CP. ROUBO CONSUMADO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição do recorrente seria necessário novo exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quanto à suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido que, “estando a sentença condenatória, quanto à autoria delitiva, respaldada em outros

*elementos probatórios e não somente no reconhecimento por parte da vítima na delegacia, não há que se falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP" (AgRg no REsp n. 1.314.685/SP, Rel. o Ministro JORGE MUSSI, DJe de 14/9/2012). 3. De acordo com o 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" (HC 267.025/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 4. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ, AgRg no AREsp nº 1011751/BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 04/05/2017)."*

Ainda, a natureza da droga apreendida, a forma de acondicionamento e as circunstâncias da apreensão, são indicativos do destino para consumo de terceiros.

Destaca-se, ainda, que o tipo penal do tráfico prevê diversas condutas, bastando uma delas para consumação do crime. Quem traz consigo a droga, transporta ou a mantém sob guarda ou em depósito, já consumou a infração.

Consequentemente, temos que a condenação era mesmo medida de rigor.

Passo à análise da dosimetria das penas.

A pena-base partiu de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 667 (seiscentos e sessenta e sete) dias-multa, pois o réu ostenta maus antecedentes e por ter comedido o crime enquanto estava foragido da Justiça.

É cediço que na primeira fase de aplicação da sanção, é concedida ao Magistrado ampla discricionariedade, desde que obedecidos os limites mínimo e máximo para a fixação da pena

base, como ocorreu no presente caso.

Ademais, conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, em Código Penal Comentado, 13ª edição, Revista dos Tribunais, página 423, ao discorrer sobre o artigo 59, do Código Penal, afirma “...é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no artigo 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve-se situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador”.

Portanto, bem justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Na segunda fase, presente a agravante da multirreincidência (fls. 84/95), as penas foram exasperadas em 1/3, resultando em 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 889 (oitocentos e oitenta e nove) dias-multa.

Importante salientar que aumentar a pena na primeira e na segunda fase da dosimetria com base na vida pregressa do apelante não constitui *bis in idem*. Isso porque os aumentos impostos na r. sentença fundaram-se em diferentes condenações do apelante e, portanto, as duas circunstâncias, quais sejam maus antecedentes e reincidência, podem coexistir, sem que se caracterize *bis in idem*.

Nessa esteira tem se posicionado a jurisprudência, inclusive do C. STJ:

“Inexiste bis in idem se a pena-base do paciente foi aumentada por força dos maus antecedentes, fazendo-se referência a determinadas condenações. E, na segunda fase, incidiu a agravante da reincidência em decorrência de outra condenação diversa. A leitura da sentença deixa certo que foram consideradas

condenações distintas.” (STJ – HC 328585/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 17.09.2015).

Ainda, corretamente afastada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a reincidência, as circunstâncias em que se deram a prisão, além de inexistir nos autos comprovação de que o réu exerça algum tipo de atividade lícita, tudo a demonstrar rotina de proceder, fato este impeditivo da aplicação do referido benefício.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no HC nº 488570 / SP Sexta Turma Dje 23/08/2019).

Diante da gravidade concreta do crime e da reincidência, o regime inicial fechado é o único que se mostra adequado, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido é o entendimento desta C. Câmara em casos análogos:

“Apelação Criminal – Tráfico de drogas e receptação em concurso material – Sentença condenatória – Recursos da Defesa do réu Hugo e do Ministério Público – Pleito defensivo de absolvição ou, subsidiariamente, desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Depoimentos das testemunhas coerentes e sem desmentidos – Crime de Tráfico de

drogas bem configurado – Condição de usuário que não afasta a responsabilidade do réu pelo delito de tráfico de drogas – Pleito ministerial de condenação dos réus pelo crime de associação para o tráfico – Impossibilidade – Ausência de indícios de permanência e estabilidade da relação de Hugo e Lolderran na prática do crime de tráfico de drogas – Condenação mantida – Dosimetria – Primeira Fase – Pleito ministerial de agravamento das penas bases pela quantidade e natureza das drogas – Descabimento – Mantidas as penas basilares fixadas no mínimo legal – Segunda Fase – Ausentes agravantes, atenuantes referente ao réu Lolderran que não possuem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal conforme Súmula 231 do S.T.J – Terceira fase – Pleito ministerial de afastamento do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 e reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/06 – Possibilidade – Afastado o redutor – Réus que se dedicam a práticas criminosas e demais circunstâncias do crime – Incidência da causa de aumento prevista o art. 40, III da Lei 11.343/06, que possui natureza objetiva, pois comprovado nos autos que a prática do tráfico se deu em proximidade de escola – Penas majoradas à razão de 1/6 – Reconhecido o concurso material de crimes as reprimendas foram somadas àquelas imputadas aos réus pelo crime de receptação na origem – Pleito do Ministério Público de fixação de regime mais gravoso – Cabimento – Regime fechado único adequado às circunstâncias e gravidade do delito – Diante da pena aplicada, de rigor o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo incabível da mesma forma o sursis penal – Recurso ministerial parcialmente provido e defensivo improvido.”(TJSP; Apelação Criminal 1502284-97.2022.8.26.0530; Relator (a): Fátima Vilas Boas Cruz; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/09/2023; Data de Registro: 19/09/2023).

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO MATERIAL COM RECEPÇÃO – ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL – ACUSADO DETIDO NA CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA SEM PLACA, SEM DOCUMENTAÇÃO E COM A NUMERAÇÃO DO MOTOR E CHASSI SUPRIMIDAS – DOLO EVIDENTE – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ORIGEM LÍCITA DA MOTO – MERCANCIA E RECEPÇÃO DELINEADAS – CONDENAÇÃO DE RIGOR – PENA-BASE DO TRÁFICO CORRETAMENTE FIXADA ACIMA DO PISO – 2.038 PORÇÕES DE COCAÍNA – CONFISSÃO E MENORIDADE RECONHECIDAS – INAPLICABILIDADE DO REDUTOR – CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM NÃO SE TRATAR DE MARINHEIRO DE PRIMEIRA VIAGEM – REGISTRO DE ATO INFRACIONAL POR CONDUTA EQUIPARADA AO TRÁFICO – CONCURSO MATERIAL VERIFICADO – REGIME FECHADO JUSTIFICADO – SUBSTITUIÇÃO POR VICARIANTES INVIÁVEL – RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP; Apelação Criminal 1503077-36.2022.8.26.0530; Relator (a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pontal - 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/07/2023; Data de Registro: 11/07/2023).

Nos termos do artigo 44, inciso II, do Código Penal, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por expressa vedação legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitam-se as preliminares e **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantida, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ROBERTO PORTO

Relator