



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000339031

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503404-80.2022.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante WILLIAN FIDELIS DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Não conheceram do recurso da Defesa no tocante ao pedido preliminar de reconhecimento da nulidade em razão da violação de domicílio; e, na parte conhecida, rejeitada a preliminar, negaram-lhe provimento, e deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para majorar as penas aplicadas, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ficando o réu Willian Fidelis dos Santos condenado, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1503404-80.2022.8.26.0400

Comarca de Olímpia – Vara Criminal

Apelantes/Apelados: Willian Fidelis dos Santos e Ministério Público

Voto nº 29311

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO DA DEFESA - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição ou a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 se as circunstâncias que envolvem os fatos, a quantidade de drogas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes - Não se pode negar valor aos depoimentos dos policiais quando eles são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu. – RECURSO MINISTERIAL VISANDO O AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - ACOLHIMENTO. Existindo nos autos evidências de não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, mas de pessoa envolvida na atividade criminosa do tráfico, impõe-se o afastamento da redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Recurso Defensivo conhecido em parte e não provido. Recurso do Ministério Público provido.

Vistos.

Willian Fidelis dos Santos e o Ministério Público do Estado de São Paulo interpuseram recursos de Apelação da r. sentença datada de 08.08.2023, proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Olímpia, que condenou o réu à pena de 01 ano e 11 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 337/355).

Em suas razões, o Ministério Público pleiteou o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime inicial fechado e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 371/376).

Por sua vez, a Defesa requereu, em preliminar, o reconhecimento da nulidade da busca pessoal e veicular e em razão da violação de domicílio. No mérito, pleiteou a absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, prequestionando a matéria (fls. 440/443).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 410/413 e 449/450).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso interposto pela Defesa e pelo provimento do recurso Ministerial (fls. 455/465).

É o relatório.

Inicialmente, observo que o Juízo *a quo* já reconheceu a ilicitude das provas obtidas em razão da violação de domicílio, razão pela qual condenou o acusado pelo tráfico de drogas somente em relação àquelas apreendidas em via pública (03 tijolos de maconha, pesando aproximadamente 1059g), deixando de condená-lo pelo tráfico das drogas localizadas no interior da residência.

Dessa forma, ante a ausência de sucumbência, deixo de conhecer o recurso interposto pela Defesa no tocante ao pedido de reconhecimento da nulidade em razão da violação de domicílio, passando à análise dos demais pedidos constantes das razões recursais.

Assim sendo, tendo caráter de preliminar, anoto que a alegação da Defesa de nulidade das provas oriundas da busca pessoal e veicular não pode ser acolhida. Isso porque, agiram acertadamente os policiais militares realizando a abordagem do réu, após o visualizarem em atitudes suspeitas, e, depois da localização do entorpecente dispensado pelo acusado, também agiram corretamente os policiais realizando a prisão em flagrante quando constatarem a prática do crime de tráfico de drogas, posteriormente conduzindo o réu à autoridade policial com atribuição, que cumpriu as disposições legais, convalidando a ação dos policiais. Nada existe, portanto, de irregular ou ilícito.

Frise-se que não se tratou de mera abordagem ocasional do acusado já que, segundo consta, os policiais o abordaram pois ele estava parado no acostamento em um veículo com

características semelhantes às aquelas indicadas nas informações recebidas, dando conta de que um indivíduo conhecido por “Fidelis”, nome do meio do acusado, realizava o tráfico de drogas e as entregaria utilizando determinado automóvel, e, ao avistar a viatura, o réu saiu em alta velocidade, desobedeceu à ordem de parada e arremessou um embrulho plástico pela janela do passageiro. Nesse contexto, tratando-se de situação de fundada suspeita do cometimento de ilícito, a atuação dos policiais encontra-se revestida de legalidade, nos termos do artigo 240, § 2º, e artigo 244, ambos do Código de Processo Penal.

Consigne-se que, *in casu*, as circunstâncias em que o réu foi abordado, como mencionado, justificaram a abordagem e a busca pessoal e veicular, a partir de experiências cotidianas adquiridas pelos policiais no contexto de combate à criminalidade e visando coibir delitos, agindo de forma preventiva, fundada na expertise da profissão e com respaldo legal no artigo 244 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal: *“E se não lhes permitirmos que abordem quem lhes parecer suspeito por adoção de atitudes que lhes são reveladoras de suspeição em razão da rica experiência adquirida (pressuposições empiricamente justificadas), fatalmente vamos lhes castrar a efetividade no enfrentamento à criminalidade, que grassa cada vez mais desinibida. (...) Logo, é indevido esperar que o policial seja ingênuo na identificação de certa conduta, por ele já visualizada em outras situações de tráfico, denotadora de suspeição, pelo contrário, é louvável que tenha ganho, com a experiência, aludida expertise, a mesma que se verifica, por exemplo, quanto aos agentes policiais e alfandegários nos aeroportos quando elegem pessoas à revista por meio de leitura corporal que passa despercebida por gente comum”* (Ap. Crim. 1500559-92.2021.826.0535, 13ª Câmara Criminal Relator Xisto Rangel - julgada em 08.08.2022).

Ademais, a denúncia anônima pode, sim, e

deve gerar procedimento investigatório. Com efeito, diante de denúncia anônima, tinha a autoridade policial o dever de diligenciar a respeito, sendo que a suposta confirmação da veracidade dos fatos se deu com as demais circunstâncias que envolveram a apreensão das drogas dispensadas pelo acusado.

Nesse sentido: “*PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL -TRANCAMENTO - Alegação de investigação baseada em 'denúncia anônima' - Possibilidade - Notícia de eventual prática de crimes que devem ser apurados - Investigação conduzida pelo Ministério Público - Admissibilidade - Há justa causa para o prosseguimento das investigações - Excesso de prazo descaracterizado -Alegação de constrangimento ilegal - Não ocorrência - Ordem denegada.*” (TJ-SP - HC: 3919896820108260000 SP 0391989-68.2010.8.26.0000, Relator: Ribeiro dos Santos, Data de Julgamento: 20/01/2011, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/02/2011).

Observe-se ainda que eventuais irregularidades ocorridas durante o inquérito não implicam em nulidade do processo. A esse respeito, confira-se o *habeas corpus* nº 0069078-82.2003.8.26.0000. TJSP. Rel. Des. Sinésio de Souza. 4ª Câm. Dir. Crim. Registrado em 12.02.2004.

No mais, a valoração da prova confunde-se com o mérito e com ele será apreciada.

Diante disso e não se constatando a ocorrência de qualquer prejuízo real ao acusado – hipótese única que autorizaria a decretação de nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal) –, fica refutada a preliminar.

Passo ao mérito.

O réu foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 29.11.2022, por volta

das 15h48min, na Via de Acesso Álvaro Brito, nº 1, Zona Rural, na cidade e Comarca de Olímpia, trazia consigo e guardava, para entrega e consumo de terceiros, 03 tijolos de maconha, pesando aproximadamente 1059g; 05 porções de maconha, pesando aproximadamente 2132g, e duas porções de ecstasy, substâncias que causam dependência física e psíquica, em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 115/117).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que condenou o acusado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, em relação aos 03 tijolos de maconha, pesando aproximadamente 1059g.

Em que pesem as alegações da Defesa, seu recurso não pode ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele, no tocante às suas pretensões, foi avaliado com propriedade pela MMª Juíza de Direito sentenciante. Já o recurso Ministerial merece provimento.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 08/12), do auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), do laudo de constatação preliminar (fls. 27/29), do laudo de exame químico toxicológico (fls. 132/134), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Interrogado em Juízo, o réu negou a prática do delito, alegando, em síntese, que a droga foi apreendida no interior do veículo e se destinava ao seu consumo e ao de seus amigos. Segundo o acusado, após os policiais emanarem a ordem de parada, ele parou o veículo de imediato, não tendo dispensado nada pela janela. Afirmou

que disse aos policiais onde residia e que em tal casa havia maconha, também para consumo seu e de seus amigos. Sustentou que os policiais pegaram a chave do imóvel em seu carro e ingressaram no local sem permissão. Acrescentou que ele compra e reparte drogas com seus amigos para usarem ao longo de cerca de um mês, a fim de não se arriscarem indo a biqueiras constantemente (fls. 287 – gravação audiovisual).

Tal negativa, contudo, foi frontalmente contrariada pelos demais elementos de provas trazidos aos autos.

Em depoimento bastante seguro, a testemunha Marcos Vinicius Barbosa, policial militar, esclareceu que, após o recebimento de informações dando conta de que um indivíduo conhecido por “Fidelis” realizava o tráfico de drogas e as entregaria utilizando determinado veículo, estava em patrulhamento, quando visualizou um automóvel, com características semelhantes às aquelas informadas, parado no acostamento. Segundo Marcos, ele se aproximou do carro, momento em que o réu saiu em alta velocidade, desobedeceu à ordem de parada emanada por meio de sinais luminosos e sonoros e, em determinado momento, arremessou um embrulho plástico pela janela do passageiro. Narrou que, efetuada a abordagem do acusado, a 100 metros de distância do local em que este dispensou o embrulho, encontrou um celular em poder dele. Relatou que retornou ao local onde o réu foi visto arremessando algo e constatou se tratar de um embrulho contendo três pedaços de maconha, pesando aproximadamente 1kg. Acrescentou que, na ocasião, o acusado negou ter arremessado as drogas e afirmou que possuía entorpecente em sua residência, para seu consumo pessoal (fls. 287 – gravação audiovisual).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha André Francisco Andrioli, também policial militar, o qual narrou os fatos à semelhança de seu colega, confirmando, dentre outras coisas, o recebimento de denúncia de que um indivíduo conhecido por “Fidelis” fazia entregas de drogas; a visualização do veículo parado; a atitude suspeita do réu, que se evadiu ao avistar a viatura, desobedeceu à ordem de parada e dispensou algo pela janela; bem como a localização das drogas no local em que o réu dispensou algo (fls. 287 – gravação audiovisual).

Cabe ressaltar, nesse passo, que os depoimentos prestados pelos policiais são, em essência, coerentes e harmônicos. Assim, não se pode negar valor a tais depoimentos pelo simples fato de terem sido prestados por agentes públicos, até porque, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com obediência aos preceitos legais, são merecedores de toda confiança, como de resto qualquer pessoa há de merecer, até prova em contrário, inexistente nesses autos.

Nesse sentido: “*DEPOIMENTO POLICIAL VALIDADE. Testigo que tem validade como qualquer outro e somente pode ser questionado mediante impugnação específica e não somente pela origem - Condenação mantida*” (TJSP. Apelação nº 0000268-54.2007.8.26.0634. Relator: Amado de Faria. Julgamento em 09/02/2012).

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento: “*O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação*”

penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”. (HC. nº. 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Ademais, nada existe nos autos a indicar que os policiais estivessem perseguindo o acusado, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoa que sabem ser inocente. Logo, nada há nos autos a infirmar as palavras deles.

Considere-se que em casos de crimes graves, como o tráfico de entorpecentes, a grande maioria das pessoas evita servir como testemunha, imperando verdadeira lei do silêncio, razão pela qual desprezar os depoimentos dos policiais nesses casos implicaria em consagrar a total impunidade.

Assim, a quantidade de drogas apreendidas (03 tijolos de maconha, pesando aproximadamente 1059g) e as circunstâncias em que se deu a prisão (com a apreensão das drogas no pacote arremessado pelo réu através da janela do veículo, após o recebimento de informações dando conta de que um indivíduo conhecido por “Fidelis” – nome do meio do acusado – realizava o tráfico de drogas e as entregaria utilizando veículo com características semelhantes àquele utilizado pelo réu, bem como após este apresentar atitudes suspeitas, pois ele, ainda que não fosse efetivo proprietário do automóvel, estava parado no acostamento com tal carro e, ao avistar a viatura, saiu em alta velocidade, desobedeceu à ordem de parada e arremessou o pacote com drogas) evidenciam que, efetivamente, esses entorpecentes se destinavam à entrega para consumo de terceiros, caracterizando o delito do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Cumprе ressaltar que a versão apresentada pelo

réu, no sentido de que adquiria maior quantidade de droga, para usar com seus amigos, restou isolada do conjunto probatório, uma vez que o acusado sequer arrolou tais amigos como testemunhas para que pudessem confirmar sua versão dos fatos, tudo evidenciando não ser verídica sua alegação. Aliás, o réu sequer alegou que rateava droga com seus amigos ao ser ouvido na fase inquisitiva (fls. 06). Em suma, não se incumbiu o réu de fazer prova de seu “álibi”, como lhe competia, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido: *“Quem oferece álibi e o não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública.”* (Apelação nº 1.046.477/3, 11ª Câmara do TACrimSP, rel. Juiz Renato Nalini, j. 17.2.1997, v.u., DOE-Caderno 1-Parte II, ed. de 12.3.1997, p.34).

Confira-se, ainda: *“HABEAS CORPUS”. ROUBO: EMPREGO DE ARMA: CONCURSO DE PESSOAS. AUTORIA: PROVA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. 1. Autoria comprovada pelas declarações da vítima que afirmou serem dois os assaltantes, pela prisão em flagrante do acusado, ainda portando a arma utilizada na ação delitiva, e pelo depoimento de testemunhas. 2. Negativa do acusado, quanto a autoria do delito, desacompanhada de um mínimo de prova, e oferecida sem a menor firmeza, não merece por isso o menor crédito. 3. Livramento condicional e matéria da competência do Juízo das Execuções Criminais, não comportando examiná-la nos limites do “habeas corpus”. “Habeas corpus” indeferido.”* (STF - HC 72417, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 22/08/1995, DJ de 22-09-1995 - grifei).

Destaca-se que, mesmo não tendo os policiais presenciado ato de mercancia, tal fato não enseja o afastamento da prática da conduta típica, pois a simples ação de trazer consigo e guardar os entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros, já caracteriza o crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Impõe-se ressaltar que a alegação de que é viciado não obsta a configuração do crime (RJTJESP 101/498), pois, sabidamente, é comum que usuários se envolvam com o comércio de drogas para obter dinheiro para manter o próprio vício.

Em face de tão sólido conjunto probatório, que é uníssono em incriminar o réu, a condenação pelo crime de tráfico foi de rigor, sendo impossível a absolvição ou a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Quanto às penas, contudo, a sentença merece reparo.

A MMª Juíza, na primeira fase da dosimetria, atenta ao disposto no artigo 59 do CP e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, considerando a quantidade das drogas apreendidas, fixou a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo, o que se mostrou adequado, pois foram apreendidos 03 tijolos de maconha pesando aproximadamente 1059g, a demonstrar o alto grau de reprovabilidade da conduta do acusado, merecendo, por isso, tratamento mais severo.

A propósito: *“O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).*

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena ficou mantida sem alteração.

Na derradeira etapa, considerando que o réu é

primário, não tem maus antecedentes e por entender que não existem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, a sentenciante reduziu a pena no patamar de 2/3, nos termos do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

No entanto, entendo que, *in casu*, não é possível aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “poderá” reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, porém, apesar de o réu ser primário e não ter maus antecedentes, bem como inexistirem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa, restou amplamente demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas (03 tijolos de maconha pesando aproximadamente 1059g), o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.

Frise-se, neste ponto, que a quantidade de entorpecentes pode sim ser considerada na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o traficante pequeno e eventual. No caso dos autos, conforme exposto, houve a apreensão de significativa quantidade de droga, o que evidencia que não se tratava de pequeno traficante e indica habitualidade na prática criminosa.

Nesse contexto, nesta fase da dosimetria, atendendo ao apelo Ministerial, afasto a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, resultando a pena em 05 anos e

10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena essa que torno definitiva, à míngua de outras causas modificativas.

Com relação à fixação do regime aberto e à substituição da pena privativa liberdade por restritivas de direitos, a sentença também merece reparo, tal como pleiteado pelo Ministério Público.

De fato, diferentemente do disposto na sentença monocrática, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de drogas, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.

Consigne-se, desta forma, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

No mais, ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por

maioria, tenha deferido a ordem e declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, *incidenter tantum*, também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Pelas mesmas razões, deve ser afastada a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a

edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, além da quantidade de pena agora estabelecida ser incompatível com o benefício, a quantidade de entorpecentes apreendidos, como já mencionado, demonstra a altíssima reprovabilidade da conduta do acusado.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena agora aplicada, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, não conheço do recurso da Defesa no tocante ao pedido preliminar de reconhecimento da nulidade em razão da violação de domicílio; e, na parte conhecida, rejeitada a preliminar, nego-lhe provimento, e dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para majorar as penas aplicadas, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ficando o réu Willian Fidelis dos Santos condenado, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator