



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000356191

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501666-54.2024.8.26.0540, da Comarca de Santo André, em que são apelantes CASSIO CONSTANTINO DA SILVA e PETSON LIBERT BENEVIDES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram dos recursos e, no mérito, por v.u.: 1. Deram parcial provimento àquele interposto pela defesa do réu PETSON LIEBERT BENEVIDES DA SILVA para: a) reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/5); b) readequar a pena imposta em 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06; 2. Deram parcial provimento àquele interposto pela defesa do réu CASSIO CONSTANTINO DA SILVA para: a) conceder os benefícios da justiça gratuita; b) reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/6); c) readequar a pena imposta em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Mantendo-se, no mais, a r. sentença.

Sustentaram oralmente os Exmos. Advogados, Dra. Juliana Gomes da Silva e Dr. Wagner Rauber Schneider Bucheroni; fez uso da palavra a Exma. Procuradora de Justiça Dra. Carla Maria Altavista Mapelli.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9319

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1501666-54.2024.8.26.0540

Apelantes: Cassio Constantino da Silva e Petson Libert Benevides da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo André

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.**

1. DO CASO EM EXAME. Recursos de apelação interpostos por Petson Liebert Benevides da Silva e Cassio Constantino da Silva contra sentença que os condenou, respectivamente, às penas de 06 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 729 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Pretensão recursal de absolvição em razão da fragilidade probatória. Alegação de ilegalidade da busca domiciliar. Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita em favor do réu Cássio. Requerimento de revogação da prisão preventiva dos acusados.

2. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO. Acusados que eram os responsáveis pelo recebimento, guarda e distribuição de entorpecentes nos pontos de comércio da região. Policiais civis que receberam informe criminal anônimo dando conta da prática do tráfico de drogas em determinado endereço. Informes que apontavam o réu Petson como o responsável pelo local. Realização de diligência com o objetivo de verificar a veracidade dos fatos. Policiais que se dirigiram ao endereço indicado, oportunidade em que foram recebidos por um rapaz de prenome Welton, que franqueou a entrada no quintal, área comum às diversas residências existentes no local. Réu Petson que, ao perceber a presença dos policiais, trancou a porta de sua residência e se dirigiu ao banheiro com uma sacola plástica. Acusado que, com o auxílio do corréu Cassio,

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dispensou o conteúdo da sacola (maconha) no vaso sanitário e deu a descarga. Réus que destruíram seus respectivos aparelhos celulares, ateando fogo naqueles objetos. Ação que foi visualizada pelos policiais através da janela do banheiro, que dava para o corredor comum das residências. Policiais que ingressaram na casa e abordaram os acusados. Encontro de uma mochila no interior do imóvel, que continha 01 porção de maconha, 91 porções de cocaína e 16 porções de crack, além de um caderno com anotações relacionadas ao tráfico de drogas e balança de precisão.

3. DAS RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Concessão da justiça gratuita ao réu Cassio. Presunção de veracidade das alegações de insuficiência de recursos financeiros. Artigo 99, parágrafo 3º, do CPC.

3.2. Preliminar de ilicitude probatória. Afastamento. Justa causa para o ingresso no domicílio que se deu em razão da percepção dos policiais acerca da dinâmica delitiva. Atividade típica de tráfico de entorpecentes. Policiais civis que receberam informe criminal anônimo dando conta de que em determinado endereço estaria sendo promovido o comercio espúrio de substâncias entorpecentes. Informações que revelaram que um rapaz de prenome Petson, com uma perna amputada, seria o responsável pelo armazenamento e distribuição das drogas nos pontos de venda. Realização de diligências preliminares para verificação da veracidade das informações recebidas. Policiais que se dirigiram ao endereço indicado e ali constataram tratar-se de um terreno com diversas casas. Testemunha que permitiu o acesso ao quintal, área comum das casas localizadas naquele terreno. No local, os policiais avistaram o momento em que o réu Petson fechou a porta do imóvel do qual referida testemunha havia acabado de sair. Através do basculante da porta os policiais visualizaram a movimentação que ocorria no interior da casa. Através da janela do banheiro, avistaram Petson e Cassio despedaçando tijolos de maconha e dispensando-os no vaso sanitário. Aparelhos celulares que foram queimados na chama do fogão e arremessados contra a equipe. Ingresso no imóvel e abordagem dos réus. Mochila encontrada na casa que estava repleta de porções de maconha, crack e cocaína, além de um caderno contendo anotações da contabilidade do comercio e uma balança de precisão. Configuração de suficiente justa causa quanto à situação de flagrante delito. Ingresso no domicílio que está amparado pelo permissivo constitucional.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

3.3. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria. Depoimentos dos policiais uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Contradições relevantes nas narrativas ofertadas pelos acusados e pela testemunha Welton.

4. DA DOSIMETRIA E DO REGIME PRISIONAL.

4.1. Do réu Petson. Presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permitem a fixação da pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/5. Agravante da reincidência que foi compensada, integralmente, com a atenuante da confissão espontânea. Atenuante reconhecida de forma equivocada. Réu que, muito embora tenha admitido a propriedade das drogas apreendidas, afirmou sua condição de usuário. Súmula n. 630 do STJ. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado. Manutenção do regime prisional fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviável. Revogação da prisão preventiva. Incabível.

4.2. Do réu Cassio. Presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permitem a fixação da pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/6. Agravante da reincidência. Exasperação em 1/6. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado. Manutenção do regime prisional fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviável. Revogação da prisão preventiva. Incabível.

5. DO DISPOSITIVO. Recursos conhecidos e, no mérito, parcialmente providos para: i) em relação ao réu PETSON LIEBERT BENEVIDES DA SILVA, reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/5) e readequar a pena imposta em 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06; ii) em relação ao réu CASSIO CONSTANTINO DA SILVA, Conceder-lhe o benefício da justiça gratuita, reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/6) e readequar a pena imposta em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

Legislação Citada: CF/1988, art. 5º, XI, LVI. Lei n. 11.343/06, art. 33, caput. CPP, art. 157, art. 302. CPC, art. 99, §3º.

Jurisprudência Citada: STJ, HC 525.772/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 17/10/2019, DJe 24/10/2019. STF, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010. STJ, HC 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 02/02/2016. STJ, HC 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/03/2018.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela **defesa**, em favor de **PETSON LIEBERT BENEVIDES DA SILVA** e **CASSIO CONSTANTINO DA SILVA**, contra a r. sentença proferida pela **MMª. Juíza de Direito Maria Silvia Gabrielloni Feichtenberger, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo André**, que, julgando procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenou o primeiro à pena de 06 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e o segundo à pena de 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 729 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 420/434).

A defesa de **Cassio** pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da ilicitude das provas colhidas diante da violação de domicílio. Aduz que os policiais não possuíam ordem judicial para adentrar à residência em que foram localizadas as drogas. Afirma, ademais, a inexistência de situação de flagrância que permitisse o ingresso no imóvel. Quanto ao mérito, pugna pela absolvição do réu, invocando, para tanto, a fragilidade probatória. Aduz ter o acusado negado a prática delitiva durante toda a persecução penal. Afirma que os depoimentos prestados pelos policiais civis devem ser recebidos com cautela, uma vez que fornecidos com parcialidade, já que tendem a legitimar as suas próprias condutas. Requer, ademais,

a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a revogação da prisão preventiva (fls. 440/465).

A defesa de **Petson** pugna, sob os mesmos argumentos, pelo reconhecimento da ilicitude das provas colhidas diante da violação de domicílio. No que se refere ao mérito, requer a absolvição em razão da insuficiência de provas. No mais, pugna pela revogação da prisão preventiva (fls. 503/508).

Contrarrazoados os recursos (fls. 479/480 e 514/515), a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Felipe Duarte Paes Bertolli, opinou pelo improvimento dos apelos defensivos (fls. 530/543).

É o relatório.

I. Do juízo de admissibilidade recursal

Os recursos devem ser admitidos.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. Os recursos são cabíveis, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foram interpostos tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

II. Das apelações interpostas

II.1. Do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita

A defesa de **Cassio** pugna pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o réu não possui condições financeiras

de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a declaração, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo na presente Câmara:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse. Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais.

(TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019)

II.2. Breve síntese dos fatos e termos do processo

Os réus foram processados porque, entre data incerta e o dia 22 de julho de 2024, por volta das 17:00 horas, na Rua Lauro Müller, n. 1212, casa 1, Vila Palmares, na cidade de Santo André, previamente ajustados e agindo com identidade de propósitos, guardavam, tinham em depósito e forneciam, para entrega a consumo de terceiros, uma porção de maconha, com peso líquido de 237,59g, 91 porções de cocaína, com peso líquido de 67,33g, e 16 porções de crack, com peso líquido de 6,64g, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

De acordo com o narrado na denúncia, os acusados receberam os entorpecentes acima descritos de pessoa desconhecida, guardando-os, mantendo-os em depósito e fornecendo-os aos responsáveis pelas vendas nos pontos de comércio

espúrio. Ocorre que policiais civis receberam notícia anônima dando conta da prática do tráfico de drogas no local. Em diligência, com o objetivo de verificar a veracidade dos fatos, os policiais se dirigiram ao endereço indicado, oportunidade em que foram recebidos por um rapaz de prenome Welton, que franqueou a entrada no quintal, área comum às diversas residências existentes no local. Enquanto entrevistavam Welton, os policiais avistaram **Petson** trancar a porta de sua residência e se dirigir ao banheiro com uma sacola plástica. Com o auxílio de **Cassio**, dispensou o conteúdo da sacola no vaso sanitário e deu a descarga. Além disso, os réus destruíram seus respectivos aparelhos celulares, ateando fogo naqueles objetos. A ação foi visualizada pelos policiais através da janela do banheiro, que dava para o corredor comum das residências. Os policiais, então, ingressaram na casa e abordaram os acusados. No interior do imóvel, mais especificamente atrás do sofá, foi encontrada uma mochila de cor preta em cujo interior havia 01 porção de maconha, 91 porções de cocaína e 16 porções de crack, além de um caderno com anotações relacionadas ao tráfico de drogas. No mais, foram recuperadas algumas porções de maconha no vaso sanitário.

A persecução penal foi instaurada por auto de prisão em flagrante (fls. 01). Submetidos os réus à audiência de custódia, foram as prisões em flagrante convertidas em preventivas (fls. 117/119).

II.3. Das provas produzidas

Em juízo, os policiais civis Kleber Gouveia e Marcelo da Silva, responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados, confirmaram os relatos ofertados em sede preliminar. Disseram que receberam informe criminal anônimo dando conta de que em determinado endereço estaria sendo promovido o comércio espúrio de substâncias entorpecentes. As informações ainda apontavam que um rapaz de nome **Petson**, com uma perna amputada, seria o responsável pelo armazenamento e distribuição das drogas nos pontos de venda. Dirigiram-se ao endereço indicado. Ali, constataram tratar-se de um terreno com diversas casas.

Foram recepcionados por um rapaz de prenome Welson, que permitiu o acesso ao quintal, área comum das casas localizadas naquele terreno. Avistaram um indivíduo, posteriormente identificado como sendo o réu **Petson**, fechando a porta do imóvel do qual Welson havia acabado de sair. Narraram que a porta tinha um basculante de vidro, o que permitiu a visualização da movimentação que ocorria no interior da casa. Através da janela do banheiro, avistaram **Petson** e **Cassio** despedaçando tijolos de maconha e dispensando-os no vaso sanitário. Além disso, os acusados queimaram, na chama do fogão, dois aparelhos celulares. Um deles, inclusive, foi arremessado contra a equipe. Após breve diálogo com os criminosos, decidiram ingressar no imóvel e abordá-los. Disseram que no interior da casa, localizaram e apreenderam uma mochila repleta de porções de maconha, crack e cocaína, além de uma balança de precisão e um caderno contendo anotações da contabilidade do comércio espúrio.

Em sede preliminar, Welson disse estava no quintal das casas quando foi abordado pelos policiais civis. Afirmou que ali estava para visitar seu amigo **Petson**, morador do local. Narrou que os policiais determinaram que permanecesse sentado ao lado do portão. Em seguida, escutou os policiais discutindo, através da janela, com os acusados. Por fim, confirmou ter presenciado o encontro das drogas na residência.

Sob o crivo, disse que estava no local para conversar com **Cassio** a respeito de uma proposta de emprego em um bar. Foi abordado pelos policiais quando ainda estava no portão de acesso aos imóveis existentes no terreno. Negou tivesse autorizado a entrada dos policiais. No mais, disse que não sabia do envolvimento dos réus com o tráfico de drogas.

Em audiência, o delegado de polícia Luís Marcondes disse que os policiais civis se dirigiram ao local dos fatos após receberem informe criminal anônimo dando conta que **Petson** utilizava determinada residência para armazenar e preparar as drogas que eram distribuídas nos pontos de venda da região. Após diligências preliminares, os policiais confirmaram a veracidade das informações.

Foram apreendidas diversas porções de maconha, crack e cocaína, além de uma balança de precisão e um caderno com anotações condizentes com a contabilidade do comércio ilícito.

Em juízo, a testemunha José Carlos, amigo do réu **Cássio**, nada soube dizer sobre os fatos.

Na delegacia, **Petson** disse apenas que não permitiu o ingresso dos policiais em sua residência. Sob o crivo do contraditório, afirmou que estava sozinho em sua casa quando ouviu um barulho no quintal. Disse que pessoas estavam sendo agredidas. Receoso, trancou a porta do imóvel. Na sequência, os policiais arrombaram a porta e invadiram o imóvel. Admitiu a propriedade das drogas apreendidas as quais afirmou eram para o seu uso pessoal. Disse que conhecia **Cassio** e Welton apenas de vista. Negou, por fim, tivesse jogado parte das drogas no vaso sanitário.

Em sede preliminar, **Cassio** negou envolvimento nos fatos. Disse que estava no local apenas porque teria combinado de se encontrar com Welton para discutirem uma proposta de trabalho. Estava no quintal com Welton quando os policiais chegaram. No mais, disse que não adentrou na casa de **Petson**. Em juízo, apresentou a mesma narrativa.

II.4. Da valoração das provas

II.4.1. Da alegação de ilicitude probatória

Em suas razões recursais, a defesa pugnou pelo reconhecimento da ilicitude das provas colhidas diante da violação de domicílio, aduzindo que os policiais não possuíam ordem judicial ou autorização dos réus para adentrar à residência em que foram localizadas as drogas.

II.4.2. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a Pellegrini³ a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAYE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.

violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

A inserção da cláusula da proibição das provas ilícitas no texto constitucional é um claro sinal do apreço ao regime das liberdades individuais e da consagração da supremacia do valor da dignidade humana. A mensagem é, portanto, clara e vigorosa. Qualquer restrição de direitos fundamentais durante a persecução penal deverá observar os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, sob pena de imprestabilidade da prova obtida. Vem daí a indispensabilidade do controle judicial quando algumas medidas importarem restrições aos direitos da personalidade como a privacidade e a intimidade. Nesse contexto, a inadmissibilidade das provas ilícitas atua como uma garantia que assegura, concretiza e direciona o respeito aos direitos fundamentais.

A sanção, inadmissibilidade processual da prova ilícita constitui mandamento incontornável. Integra o chamado bloco de constitucionalidade não podendo ser sequer alvo de supressão por emenda constitucional. Assim, a inadmissibilidade processual da prova ilícita é imperativa, não podendo dela se afastar o legislador ordinário na regulamentação das normas sobre processo e procedimento, bem como o operador na realização diária da atividade jurisdicional.

É certo que a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência norte-americana, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação. As provas derivadas, aquelas que decorrem diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore envenenada. Como anota Magalhães: ***de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz***.⁶

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.⁷ Aqui a influência do direito norte-americano foi mais uma vez significativa. De qualquer modo, a contaminação não é absoluta. Nesse ponto, a jurisprudência norte-americana construiu, ao longo dos anos, um intrincado sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação.

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁷ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional. A base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

II.4.3. Da garantia da inviolabilidade de domicílio

Como se sabe, a inviolabilidade do domicílio mereceu, por parte do legislador constituinte, a devida tutela no contexto dos direitos fundamentais (artigo 5º, inciso XI, Constituição Federal). Trata-se, a bem da verdade, de corolário do direito à privacidade, figurando, dessa forma, como a sua garantia. A inviolabilidade, contudo, não possui contornos absolutos tendo o próprio legislador indicado as hipóteses excepcionais de sua restrição. Assim, o contexto de flagrante delito e o estado de necessidade de terceiros (socorro ou desastre) prescindiriam do consentimento expresso do morador. Nessas hipóteses, a violação viria fundada no princípio da proporcionalidade. Ou seja, no cotejo dos valores em conflito, o legislador optou pela restrição dos direitos da liberdade diante da preeminência que mereceriam outros interesses. De qualquer modo, não configuradas aquelas

hipóteses, e ausente o consentimento do morador – titular do direito tutelado -, a violação do domicílio dependeria de ordem judicial que somente poderia ser executada durante o dia.

A configuração do flagrante delito, como se sabe, é uma das hipóteses autorizadoras do ingresso no domicílio alheio. Aqui, no conflito emergente entre a privacidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador inclinou-se em favor do último.

As situações flagranciais, por sua vez, são especificadas pelo legislador infraconstitucional. Fundam-se elas nos critérios da atualidade e da visibilidade da infração⁸. Trata-se de uma reação imediata do Estado que, por deter o monopólio do uso legítimo da força, assume o compromisso de recompor as fissuras do tecido social provocadas pela prática ilícita que se mostra, desde logo, visível. Esta recomposição, em um direito penal estruturado na sanção privativa de liberdade, passa pela segregação social do agente, típica medida pré-cautelar.

Assim, da hipótese daquele que é surpreendido no momento em que comete a prática delituosa ou que acaba de cometê-la (flagrante próprio), àquele que é encontrado logo depois, em poder dos objetos ou instrumentos do delito (flagrante presumido), passando pela situação de perseguição imediata e ininterrupta (flagrante impróprio), conferiu o legislador mandamento aos agentes públicos para efetivarem a prisão, independentemente de ordem judicial (art. 302 do CPP). Ora, se a custódia em tais casos é executada diretamente, natural que o ingresso no domicílio também possa se dar diretamente até mesmo para a concretização daquela prisão.

II.4.4. Da análise acerca do caso concreto

Pelo que se infere das provas colhidas, os policiais civis receberam informe criminal anônimo dando conta de que em determinado endereço estaria sendo promovido o comércio de substâncias entorpecentes. As informações ainda

⁸ CAMPOS DE BARROS, Romeu Pires de. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 118-119.

apontavam que um rapaz de nome **Petson**, com uma perna amputada, seria o responsável pelo armazenamento e distribuição das drogas nos pontos de venda. Com o escopo de verificar a veracidade das informações recebidas, dirigiram-se ao endereço indicado, constatando tratar-se de um terreno com diversas casas. No local, foram recepcionados por um rapaz de prenome Welson, que permitiu o acesso ao quintal, área comum das casas localizadas naquele terreno. Na oportunidade, avistaram um indivíduo, posteriormente identificado como sendo o réu **Petson**, fechando a porta do imóvel do qual Welson havia acabado de sair. Destacaram que a porta tinha um basculante de vidro, o que permitiu a visualização da movimentação que ocorria no interior da casa. Através da janela do banheiro, avistaram **Petson** e **Cassio** despedaçando tijolos de maconha e dispensando-os no vaso sanitário. Além disso, os acusados queimaram, na chama do fogão, dois aparelhos celulares. Um deles, inclusive, foi arremessado contra a equipe. Após breve diálogo com os criminosos, os policiais decidiram ingressar no imóvel e abordá-los. No interior da casa, localizaram e apreenderam uma mochila repleta de porções de maconha, crack e cocaína, além de uma balança de precisão e um caderno contendo anotações da contabilidade do comércio espúrio.

Os fatos, portanto, apontavam para indícios de prática delituosa, que conferiram aos policiais a necessidade de ação imediata diante do iminente estado de flagrância. Assim, não era o caso, tampouco o momento, de se cogitar a execução de minuciosos procedimentos de investigação criminal diante da urgente intervenção que a situação exigia. Ademais, é certo que, naquele momento, os policiais se encontravam no regular exercício de atividade ostensiva de repressão a delitos, o que lhes conferia o poder de abordagem daqueles que se encontrassem em suspeita de prática delituosa, e de ingresso na casa do acusado, ainda que sem autorização do morador.

A jurisprudência majoritária vem afirmando o caráter permanente do tráfico de drogas, admitindo a prisão em flagrante enquanto mantido o estado de permanência o que, portanto, dispensaria o consentimento ou o mandado judicial para ingresso forçado em domicílio. O ingresso regular, contudo, depende da convergência de um quadro de justa causa para a mitigação da garantia da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inviolabilidade domiciliar. Ou seja, a situação de flagrante deve ser indicada ou deduzida pelas circunstâncias fáticas, sob pena de se admitir que invasões arbitrárias possam ser tomadas, sacrificando-se a garantia constitucional.

Exige-se, dessa forma, que os elementos fáticos anteriores ao ingresso no domicílio permitam inferir, com o mínimo de razoabilidade, a existência de situação de flagrante a excepcionar a exigência de prévia ordem judicial. Havia, dessa forma, um quadro de justa causa autorizativo do ingresso domiciliar. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. FUNDADAS RAZÕES. ATUAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017).

3. Na espécie, a fuga de suspeitos em direção à residência, os quais possuíam em depósito quantidade significativa de substância entorpecente (142,3g de crack e 287g de maconha), e as informações no sentido de que um dos pacientes controlava o tráfico de drogas na região, legitimou a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial.

(STJ-HC 525.772/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

A propósito do tema, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral: ***O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito*** (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Assim, reconhecida a convergência de suporte para o ingresso no imóvel, não há que se falar em violação da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e, por consequência, em ilicitude probatória. Afasta-se, dessa forma, a preliminar invocada.

II.4.5. Da manutenção da condenação dos acusados

A materialidade foi demonstrada. As substâncias apreendidas foram submetidas a exame preliminar de constatação o qual apurou sinais positivos para maconha e cocaína (fls. 45/50). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 317/319).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação dos réus com as substâncias e que elas se destinavam ao consumo de terceiros.

Nesse sentido, foram os depoimentos prestados pelos policiais civis, responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados. Conforme exposto, disseram que receberam informe criminal anônimo dando conta de que em determinado endereço estaria sendo promovido o comércio espúrio de substâncias entorpecentes. As informações ainda apontavam que um rapaz de nome **Petson**, com uma perna amputada, seria o responsável pelo armazenamento e distribuição das drogas nos pontos de venda. Com o escopo de verificar a veracidade das informações recebidas, dirigiram-se ao endereço indicado, constatando tratar-se de um terreno com diversas casas. No local, foram recepcionados por um rapaz de prenome Welson, que

permitiu o acesso ao quintal, área comum das casas localizadas naquele terreno. Na oportunidade, avistaram um indivíduo, posteriormente identificado como sendo o réu **Petson**, fechando a porta do imóvel do qual Welson havia acabado de sair. Destacaram que a porta tinha um basculante de vidro, o que permitiu a visualização da movimentação que ocorria no interior da casa. Através da janela do banheiro, avistaram **Petson** e **Cassio** despedaçando tijolos de maconha e dispensando-os no vaso sanitário. Além disso, os acusados queimaram, na chama do fogão, dois aparelhos celulares. Um deles, inclusive, foi arremessado contra a equipe. Após breve diálogo com os criminosos, os policiais decidiram ingressar no imóvel e abordá-los. No interior da casa, localizaram e apreenderam uma mochila repleta de porções de maconha, crack e cocaína, além de uma balança de precisão e um caderno contendo anotações da contabilidade do comércio espúrio.

A narrativa dos policiais, é certo, foi corroborada pelos relatos ofertados pela autoridade policial a quem os réus foram apresentados e que ratificou a voz de prisão.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filiou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente

quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

De mais a mais, o sistema probatório abraçado em nossa legislação afastou-se do sistema de provas legais segundo o qual os valores probatórios são previamente indicados pelo legislador. Ao contrário, adotou-se o sistema do livre convencimento racional. Dessa forma, as provas devem ser avaliadas em seu contexto. As provas produzidas levam à reconstrução histórica dos acontecimentos. Esta reconstrução, por sua vez, é posta em confronto com a imputação. Se dela houver identidade que afaste a possibilidade de ocorrência de fatos diversos, haverá coincidência a qual é imperiosa da procedência e, portanto, do édito condenatório.

Por outro lado, as versões apresentadas pelos réus mostraram-se frágeis, inverossímeis e porque não dizer fantasiosas.

Foram desmentidas pelos relatos ofertados pelos policiais civis os quais, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidos.

Em sede preliminar, Welson disse que estava no local para visitar o réu **Petson** quando foi abordado, ainda no quintal, pelos policiais. No entanto, perante a autoridade judiciária afirmou que ali estava para conversar com **Cassio**. Disse, ademais, que não adentrou na casa de **Petson**, narrativa que foi afastada pelos policiais que afirmaram tê-lo visto sair do imóvel.

Petson, por sua vez, tentou fazer crer que estava sozinho na casa e que as drogas se destinavam ao seu consumo próprio. Sua narrativa, contudo, foi rechaçada pelas circunstâncias dos fatos e pelos depoimentos ofertados pela testemunha Welson e pelos policiais. Com efeito, a diversidade e quantidade de entorpecentes, a apreensão das anotações e da balança de precisão, além do contexto dos fatos, não permite sustentar uma condição de mero usuário. De outra feita, tanto os policiais quanto a testemunha confirmaram que **Cassio** estava com **Petson** no interior da residência quando da abordagem. **Cassio**, inclusive, auxiliou **Petson** a despedaçar e dispensar os tijolos de maconha no vaso sanitário.

Por fim, a narrativa de **Cassio** no sentido de que estava conversando com Welton defronte ao portão das casas quando da abordagem policial, também restou contrariada pelos depoimentos da própria testemunha Welton e dos policiais. Nesse ponto, Welton afirmou que estava sozinho quando foi abordado. Sua narrativa foi confirmada pelos relatos ofertados pelos policiais. De mais a mais, como acima exposto, todos os relatos são no sentido de que os réus estavam juntos no interior da casa quando da chegada das equipes.

O cenário assim referido pela prova oral descarta qualquer viabilidade das versões ofertadas pelos réus. As narrativas não se sustentam.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição dos réus. Irrepreensível, nesse aspecto, a decisão de primeiro grau.

II.4.6. Da qualificação jurídico-penal dos fatos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade, a natureza, a diversidade, a forma de acondicionamento, a dinâmica delitiva, a apreensão de apetrechos e de um caderno com anotações acerca da contabilidade do tráfico e, por fim, os relatos ofertados pelos policiais civis, tornam indubitosa a destinação comercial.

Por outro lado, o fato de os réus não terem sido surpreendidos realizando atos de comércio não impede a afirmação do tráfico de drogas quando presentes outras circunstâncias indicativas da destinação comercial como quantidade, forma de acondicionamento e local dos fatos. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

7. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

(STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

Não há excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Os réus são plenamente imputáveis.

III. Da dosimetria

III.1. Do réu Petson

Na primeira fase, a i. Magistrada aplicou a pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/4. Justificou o aumento em razão dos maus antecedentes ostentados pelo acusado. Além disso, considerou o fato de ter o réu praticado o delito durante o gozo de benefício concedido em execução de pena aplicada em crime anterior.

Pelo que se verifica da folha de antecedentes o acusado possui três condenações definitivas proferidas nos autos dos processos-crime ns.: **1) 0056416-15.1999.8.26.0554 (homicídio qualificado)**, da Vara do Júri da Comarca



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de Santo André, que teve o trânsito em julgado para as partes em 09 de setembro de 2004; e 2) **0056420-52.1999.8.26.0554 (homicídio qualificado)**, da Vara do Júri da Comarca de Santo André, que teve o trânsito em julgado para as partes em 25 de novembro de 2004; 3) **0058539-83.1999.8.26.0554 (homicídio qualificado)**, da Vara do Júri da Comarca de Santo André, que teve o trânsito em julgado para as partes em 22 de março de 2002. Todos os registros são indutores da reincidência.

Nesse ponto, a i. Magistrada valorou parte dos antecedentes como circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase, reservando uma das condenações para caracterização de reincidência, aplicável, portanto, na segunda fase. A operação é possível conforme reiteradamente decidido pelos Tribunais que não reconhecem na hipótese violação à garantia do *ne bis in idem*. Não se trata dos mesmos registros criminais, mas sim de registros diversos que são considerados distintos fatos geradores incidentes em fases diferentes da dosimetria. Nesse sentido:

Habeas corpus. Falsificação de documento público. Condenação. 2. Conduta atípica. Falsificação grosseira. Revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório. Análise inviável na via do habeas corpus. 3. Dosimetria. Bis in idem. Não ocorrência. **Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da penabase e outra como agravante da reincidência.** 4. Regime inicial fechado. Réu reincidente em crimes dolosos e com maus antecedentes. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Ordem denegada.

(STF, HC 108059, 2ª T., rel. Gilmar Mendes, 19/03/2013, v.u.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA PROPORCIONAL E BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 6. **Não há se falar em ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores**

com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes. 7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(STJ - HC 241.571/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ROUBO. DECADÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SOLENIDADE DISPENSADA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. **MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.** CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA. [...] **Esta Corte possui entendimento no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes e aplicação da agravante da reincidência.**

(STJ, HC 429.840/SP, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 15/03/2018, v.u.).

No mesmo prisma, também segue o posicionamento perfilhado por esta Câmara, *in verbis*:

APELAÇÃO. Roubo simples tentado. Recursos defensivo e ministerial. Insuficiência probatória. Inocorrência. Autoria e materialidade bem demonstradas. Palavra da vítima que merece credibilidade. Condenação confirmada. Desclassificação para o crime de furto. Não cabimento, em razão da inequívoca grave ameaça praticada contra a vítima. Dosimetria. Pretensão ministerial de exasperação da penabase. Possibilidade. **Réu que ostenta duas condenações transitadas em julgado, podendo a excedente ser valorada a título de maus antecedentes. Pena redimensionada.** Regime semiaberto que se mostra adequado considerando a quantidade de pena imposta e as circunstâncias pessoais do acusado. Recurso ministerial parcialmente provido e recurso defensivo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

improvido. [...] Nas duas primeiras fases, o i. Magistrado sentenciante exasperou a pena do apelante Fernando por uma vez, aplicando o aumento em 1/6, em razão da reincidência evidenciada pela sua folha de antecedentes (fls. 53/59) e pelas certidões acostadas aos autos (fls. 69/80). Contudo, como bem observado pelo i. Parquet e reforçado pela douta Procuradoria de Justiça, **o acusado ostenta duas condenações transitadas em julgado, cujas penas foram extintas há menos de cinco anos, de modo que cabível o reconhecimento de apenas uma das condenações definitivas como reincidência, valorando-se a excedente a título de maus antecedentes, para a exasperação da pena base.**

(Apelação nº. 0005193-50.2016.8.26.0223, rel. Leme Garcia, 07/05/2019, v.u. grifamos)

LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA e AMEAÇA. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra da vítima corroborada por laudo pericial e testemunhas. Dolo evidenciado. PENAS. **Dupla reincidência. Condenações definitivas não alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, I do Código Penal. Possibilidade de valoração de uma das condenações como maus antecedentes e outra como reincidência.** Agravante prevista no artigo 61, II "f", do CP, incidente somente com relação ao crime de ameaça. Substituição e sursis não cabíveis por falta de adequação legal. Recurso parcialmente provido para reduzir a reprimenda.

(Apelação Criminal 0001450-74.2017.8.26.0618, rel. Otávio de Almeida Toledo, 07/06/2019, v.u.).

Por outro lado, conforme bem observado pela i. Magistrada, o acusado praticou o crime durante o gozo de benefício concedido durante a execução de pena aplicada por delito anterior, o que evidencia uma maior reprovabilidade de sua conduta. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. EXASPERAÇÃO MAIS SEVERA DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. SUBTRAÇÃO EM DELEGACIA. CONDUTA SOCIAL. PRÁTICA DELITIVA DURANTE CUMPRIMENTO DE SANÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concreto, decidir o montante de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. **2. A subtração de veículo no pátio de delegacia e a prática de novo crime durante o cumprimento de reprimenda em regime aberto são circunstâncias que justificam a valoração negativa da culpabilidade e da conduta social, bem como a imposição de patamar de aumento mais severo que 1/6 na primeira fase dosimétrica.** 3. Agravo regimental não provido.

(STJ-AgRg nos EDcl no REsp n. 2.043.743/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 11/12/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/2003. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE: CRIME COMETIDO DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME CARCERÁRIO INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA. LEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prática de delito durante o cumprimento da pena em regime aberto e em situação análoga, como, por exemplo, enquanto o recluso está no gozo de saída temporária, autoriza o aumento da pena basilar. (...)**

(STJ-AgRg no HC n. 825.510/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 21/8/2023.)

HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) **3. A prática do delito durante o cumprimento de pena no regime aberto é fundamento apto a justificar a elevação da pena-base. (...)**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(STJ-HC n. 400.229/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 8/3/2018.)

No entanto, tendo em vista a incidência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, aplico a fração de aumento no patamar de 1/5, obtendo-se, por consequência, a pena de 06 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa.

Na segunda etapa, a i. Magistrada reconheceu a incidência da agravante da reincidência, compensando-a, integralmente, com a atenuante da confissão espontânea.

O reconhecimento da atenuante, contudo, mostrou-se equivocado. Isso porque, a jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, incluindo a Súmula 630, orienta que a incidência da atenuante da confissão espontânea em crimes de tráfico exige o reconhecimento da traficância, o que não se verifica no presente caso, em que o réu afirmou que as drogas eram para o seu consumo pessoal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. ADMISSÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO. ENUNCIADO N. 630 DA SÚMULA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) **4. É aplicável ao caso o teor do enunciado n. 630 da Súmula desta Corte, segundo o qual a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.** 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ-AgRg no HC n. 935.003/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, DJe de 3/12/2024.)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CULTIVO DE PLANTAÇÃO DE CANNABIS SATIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. SANÇÃO PENAL ADEQUADA. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 7. **A atenuante de confissão espontânea não foi aplicada, pois o agravante não reconheceu a traficância, apenas a posse para uso próprio, nos termos da Súmula 630 do STJ.**

(STJ- AgRg nos EDcl no HC n. 894.719/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/11/2024, DJe de 25/11/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ABORDAGEM POLICIAL. FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO IMÓVEL. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO COMO USUÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 630 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA -STJ. REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE E COMO IMPEDITIVO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 7. **Nos termos da Súmula n. 630 desta Corte: "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/4/2019, DJe 29/4/2019). Considerando que o paciente confessou a posse da droga, porém declarou que seria para consumo pessoal, torna-se inviável a aplicação da atenuante.**

(STJ-AgRg no HC n. 870.440/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 25/9/2024.)

No entanto, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, inviável o

afastamento da atenuante, sob pena de violação à garantia da *non reformatio in pejus*.

Na terceira fase, deixou a i. Magistrada de reconhecer a incidência da figura do tráfico privilegiado. A aplicação da causa de diminuição era mesmo inviável. Trata-se de réu reincidente. Nesse sentido, importante observar a consolidação do entendimento jurisprudencial segundo o qual a afirmação da reincidência como agravante e a vedação da causa de diminuição pelo mesmo motivo não implicam violação da garantia do *ne bis in idem*. Segue jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. CONDUTA FLAGRADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU REINCIDENTE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 480.676/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Ainda no mesmo julgado supracitado, assim se manifestou o Exmo. Ministro Relator:

Dessa forma, extrai-se que a pena do paciente foi agravada em razão da reincidência, circunstância que também foi utilizada para a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Sobre o tema, importa considerar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Nesse sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. Documento: 93608481 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça 11.343/06. RÉU REINCENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. 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). 5. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes. 6. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido"

(STJ - HC n. 393.709/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas,

DJe de 28/6/2017, grifei).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto." (HC 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013) [...]"

(STJ - HC n. 326.359/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 11/5/2017, grifei).

"[...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da

causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento"

(STJ - AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/5/2017, grifei).

A quantidade de pena imposta, somada à reincidência, afastou a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando. Não há violação do princípio da proporcionalidade. É a resposta punitiva adequada a se considerar a maior reprovabilidade que comportam os fatos.

Em relação ao valor do dia-multa, não havendo razões que justificassem um aumento superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos. Nenhum reparo deve ser feito.

Por fim, agiu bem a i. Magistrada em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

Quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva, este se mostra inviável. A par da confirmação da responsabilidade penal por graves fatos, o réu é reincidente. Trata-se de quadro que indica reiteração delituosa comprometedora da ordem pública e imperiosa da manutenção da custódia cautelar. Estão mais do que evidenciados os riscos concretos à ordem pública que afastam a viabilidade de medidas cautelares alternativas.

III.2. Do réu Cassio

Na primeira fase, a i. Magistrada aplicou a pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/4. Justificou o aumento em razão dos maus antecedentes ostentados pelo acusado. Além disso, considerou o fato de ter o réu praticado o delito durante o gozo de benefício concedido em execução de pena aplicada em crime anterior.

Pelo que se verifica da folha de antecedentes o acusado possui três condenações definitivas proferidas nos autos dos processos-crime ns.: **1) 0024298-09.2006.8.26.0564 (roubo majorado)**, da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que teve o trânsito em julgado para as partes em 30 de setembro de 2008 e que teve a pena julgada extinta pelo cumprimento em 07 de junho de 2024; **2) 0015107-37.2006.8.26.0564 (roubo majorado)**, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que teve o trânsito em julgado para as partes em 13 de julho de 2010 e que teve a pena julgada extinta pelo cumprimento em 07 de junho de 2024; **3) 0012485-82.2006.8.26.0564 (roubo majorado)**, da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que teve o trânsito em julgado para as partes em 10 de outubro de 2013 e que teve a pena extinta pelo cumprimento em 07 de junho de 2024. Todos os registros são indutores da reincidência.

Nesse ponto, a i. Magistrada valorou parte dos antecedentes como circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase, reservando uma das condenações para caracterização de reincidência, aplicável, portanto, na segunda fase. A operação é possível conforme reiteradamente decidido pelos Tribunais que não reconhecem na hipótese violação à garantia do *ne bis in idem*. Não se trata dos mesmos registros criminais, mas sim de registros diversos que são considerados distintos fatos geradores incidentes em fases diferentes da dosimetria.

Por outro lado, não há que se falar que o acusado praticou o crime durante o gozo de benefício concedido durante a execução de pena aplicada por delito anterior. Afinal, conforme acima exposto, teve as penas extintas pelo cumprimento antes da prática dos fatos tratados neste processo. De mais a mais, pelo que se verifica da folha de antecedentes, o réu não possui nenhum outro feito em andamento para além deste.

Dessa forma, aplico a fração de aumento no patamar de 1/6, obtendo-se, por consequência, a pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda etapa, a i. Magistrada reconheceu a incidência da agravante da reincidência para exasperar a reprimenda em 1/6. Obteve-se a pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa.

Na terceira fase, deixou a i. Magistrada de reconhecer a incidência da figura do tráfico privilegiado. A aplicação da causa de diminuição era mesmo inviável. Trata-se de réu reincidente. Nesse sentido, importante observar a consolidação do entendimento jurisprudencial segundo o qual a afirmação da reincidência como agravante e a vedação da causa de diminuição pelo mesmo motivo não implicam violação da garantia do *ne bis in idem*.

A quantidade de pena imposta, somada à reincidência, afastou a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando. Não há violação do princípio da proporcionalidade. É a resposta punitiva adequada a se considerar a maior reprovabilidade que comportam os fatos.

Em relação ao valor do dia-multa, não havendo razões que justificassem um aumento superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos. Nenhum reparo deve ser feito.

Por fim, agiu bem a i. Magistrada em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

Quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva, este se mostra inviável. A par da confirmação da responsabilidade penal por graves fatos, o réu é reincidente. Trata-se de quadro que indica reiteração delituosa comprometedora da ordem pública e imperiosa da manutenção da custódia cautelar. Estão mais do que evidenciados os riscos concretos à ordem pública que afastam a viabilidade de medidas cautelares alternativas.

IV. Do Voto

Ante o exposto, **conheço dos recursos e, no mérito:**

IV.1. Dou parcial provimento àquele interposto pela defesa do réu PETSON LIEBERT BENEVIDES DA SILVA para: a) reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/5); b) readequar a pena imposta em 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06;

IV.2. Dou parcial provimento àquele interposto pela defesa do réu CASSIO CONSTANTINO DA SILVA para: a) conceder os benefícios da justiça gratuita; b) reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/6); c) readequar a pena imposta em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Mantenho, no mais, a r. sentença.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica