



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000356865

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500212-18.2023.8.26.0623, da Comarca de Aguaí, em que é apelante/apelado VINICIUS FERREIRA DA CRUZ, é apelado TIAGO BATISTA BORTOLUCCI e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **por votação unânime, afastadas as preliminares, negaram provimento ao recurso interposto pela d. Defesa e, por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso Ministerial para readequar a reprimenda aplicada ao réu VINÍCIUS FERREIRA DA CRUZ para 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo-se no mais a resp. Sentença por seus próprios fundamentos, vencido parcialmente o desembargador Airtton Vieira, que dava integral provimento ao apelo ministerial.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9560

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500212-18.2023.8.26.0623

Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Vinicius Ferreira da Cruz

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo e Vinicius Ferreira da Cruz

Apelado: Tiago Batista Bortolucci

Comarca: Aguaí

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06). Sentença absolutória em relação ao réu Tiago. Recurso Ministerial. Pretensão à condenação do réu. Impossibilidade. Fragilidade das provas coligidas aos autos. Prova produzida em juízo insuficiente para sustentar o édito condenatório. Aplicação do princípio do in dubio pro reo. Absolvição que se impõe. Sentença condenatória em relação ao réu Vinicius. Preliminares afastadas. Recurso defensivo. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade do relato dos policiais. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da elevada quantidade e nocividade das drogas apreendidas. Inteligência do artigo 42 da Lei de Drogas. Maus antecedentes ostentados pelo réu que impõe o recrudesimento da basilar. Mantida a compensação entre a agravante da reincidência específica e a atenuante da confissão espontânea. Inaplicável o redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Regime fechado mantido. Recurso Ministerial parcialmente provido e Recurso interposto pela Defesa do réu Vinicius não provido.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e Vinicius Ferreira da Cruz contra a r. sentença (fls. 378/390) que julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar o réu VINÍCIUS como incurso nas sanções impostas pelo art. 33, do SISNAD, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal e absolver o réu TIAGO BATISTA BORTOLUCCI das imputações contra ele deduzidas com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Em suas razões recursais (fls. 409/427), o *Parquet* estadual requereu a condenação do réu Tiago Batista Bortolucci nos exatos termos da denúncia e o recrudesimento da reprimenda aplicada ao réu Vinícius com o reconhecimento dos maus antecedentes e a compensação parcial entre a circunstância agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea.

O réu Vinícius, em suas razões recursais (fls. 505/522), arguiu, preliminarmente, a nulidade da prova encartada aos autos, posto que obtida mediante invasão de domicílio e requereu a concessão ao direito de recorrer em liberdade e dos benefícios da gratuidade judiciária. No mérito, pugnou por sua absolvição, por insuficiência de provas.

Regularmente processados os recursos interpostos e ofertadas contrarrazões (fls. 437/453, 483/500, 528/534), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **não provimento** do apelo interposto pelo réu e **pelo parcial provimento** do recurso Ministerial (fls. 551/570).

É o relatório.

Infere-se dos autos que TIAGO BATISTA BORTOLUCCI foi processado como incurso no artigo 33, caput, da Lei de Drogas e no artigo 329, caput, do Código Penal, praticados em concurso material de delitos e VINÍCIUS FERREIRA DA CRUZ foi processado como incurso no artigo 33, caput, da Lei de Drogas, porque, segundo consta da denúncia, no dia 12 de maio de 2023, por volta de 20h10, no interior das residências situadas na Rua Benedito Paula da Silva, 551 e 561, Condomínio Terras de Aguaí, Conjunto Habitacional Benedito Mamede Júnior, na cidade e comarca de Aguaí, agindo com dolo direto, em concurso e com unidade de desígnios, tinham em depósito, para entregar e fornecer ao consumo de terceiros, 580 (quinhentas e oitenta) porções de crack, subproduto da cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos do tipo eppendorf, com peso líquido de 81,78g (oitenta e um gramas e setenta e oito centigramas), 101 (cento e uma) porções de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos do tipo eppendorf, com peso líquido de 31,7g (trinta e um gramas e sete decigramas), e uma porção de Cannabis Sativa L, droga popularmente conhecida como “maconha”, com peso líquido de 606,39g (seiscentos e um gramas e trinta e nove centigramas), tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de diversos microtubos

plásticos do tipo eppendorf vazios, um caderno de anotações, um celular Samsung preto com capa da cor lilás, um celular Samsung vermelho com capa da cor azul, um celular Motorola da cor vinho e R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) em dinheiro, fruto do comércio espúrio, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 29, laudos periciais de fls. 173/175, 176/178 e 179/181.

Conta, também, que, no dia 12 de maio de 2023, por volta de 20h10, no interior da residência situada na Rua Benedito Paula da Silva, 561, Condomínio Terras de Aguaí, Conjunto Habitacional Benedito Mamede Júnior, na cidade e comarca de Aguaí, TIAGO BATISTA BORTOLUCCI, agindo com dolo direto, opôs-se à execução de ato legal, mediante violência aos policiais militares Jonathan Carneiro e Alessandro Pavani Soares, funcionários públicos competentes para executá-lo.

Segundo o apurado “(...) os policiais militares Jonathan e Alessandro realizavam o patrulhamento de rotina pelo local dos fatos quando, na Rua Benedito Mamede Júnior, viram um indivíduo não identificado saindo de bicicleta do imóvel nº 551.

TIAGO estava no portão dessa residência vestindo uma blusa preta com uma faixa amarela. TIAGO se assustou ao ver os policiais e rapidamente entrou e fechou o portão da casa, gritando “polícia”.

Os policiais militares desembarcaram da viatura e conseguiram ouvir uma movimentação de pessoas no interior do imóvel, com um indivíduo gritando “polícia” a todo momento. Ainda do lado de fora do imóvel, os policiais viram quando uma embalagem plástica foi arremessada para o telhado da residência vizinha, situada na mesma rua, n. 561.

Francielly Moraes Dias, que estaria no local apenas para reaver sua bicicleta supostamente emprestada para TIAGO, abriu a porta para os policiais e franqueou a entrada deles no imóvel. Ela contou aos policiais que viu dois homens no interior do imóvel pulando o muro dos fundos para a casa vizinha. Nos fundos do imóvel, próximo ao muro, encontraram dois pares de chinelos (um preto e um branco). Encontraram também dois microtubos plásticos de cor rosa com cocaína no corredor que dá acesso a esse muro.

Como não havia ninguém na casa e havia a informação de que os

indivíduos haviam pulado o muro, os policiais militares foram até a residência vizinha, de numeral 561, para onde os denunciados fugiram. No interior desse imóvel encontraram o indivíduo que pouco tempo antes estava no portão da casa vizinha que entrou gritando “polícia”. Ele estava descalço e bastante ofegante e apresentava sinais de escalada, como joelhos, mãos e blusa sujos com a tinta do muro. Os policiais tentaram abordá-lo, mas ele se recusou a ser vistoriado e resistiu à atuação estatal.

Tentou torcer o braço do policial Jonathan e desferiu chutes e socos contra ele e o policial Alessandro. Os policiais precisaram fazer uso de força física para conter o denunciado. Com ele contido, conseguiram revistá-lo e encontraram com ele R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) em dinheiro no bolso da bermuda.

No interior do imóvel de numeral 561 também estava o denunciado VINÍCIUS, escondido no banheiro da casa. Suas roupas também indicavam que havia escalado o muro, pois estava descalço e com a roupa suja da escalada.

Com a situação controlada, apreenderam em cima do telhado aquela embalagem plástica que viram sendo atirada de dentro da casa vizinha; nela encontraram mais 99 (noventa e nove) microtubos plásticos de cor rosa contendo cocaína.

No interior do imóvel nº 551, ainda foram encontrados 580 (quinhentos e oitenta) microtubos plásticos de cor verde contendo crack e uma porção de maconha de mais de 600g (seiscentos gramas) escondida dentro do forno do fogão. Em um dos cômodos da casa encontraram também um caderno com anotações, três aparelhos celulares, microtubos plásticos vazios e um alvará de soltura em nome do denunciado VINÍCIUS.

Além do flagrante policial, a variedade de drogas (maconha, cocaína e crack) apreendidas em grande quantidade (580 porções de crack, 101 porções de cocaína e mais de 600g de maconha) e a apreensão de grande valor em dinheiro (R\$750,00) valores indicam a finalidade mercantil dos entorpecentes. (...).”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a resp. sentença que condenou o réu Vinícius como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 e

absolveu o réu Tiago com fundamento no artigo contra a qual se insurgem as partes por meio dos recursos que passam a ser analisados.

Inicialmente, cumpre analisar as preliminares arguidas pela d. Defesa.

O pleito formulado pela defesa de Vinicius, referente ao aguardo do julgamento do recurso em liberdade, encontra-se prejudicado, em razão do julgamento do presente recurso.

Outrossim, tendo permanecido o réu preso durante toda a instrução penal, não há sentido para que seja solto quando da prolação do édito condenatório, como bem consignado por Guilherme de Souza Nucci em “Código de Processo Penal Comentado”, 6ª edição, Editora RT, pág. 930: *“Se antes do julgamento de mérito, que considerou o acusado culpado, estava cautelarmente recolhido, com mais lógica assim deve permanecer após a condenação”*. A respeito do assunto, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 5. Tendo os pacientes permanecido presos durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura deles depois da condenação em Juízo de primeiro grau” (HC 387059/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 04/09/2017).

No que tange ao pedido de concessão da Justiça Gratuita, importante observar que, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, compete ao vencido, por sentença ou acórdão, o dever de arcar com as taxas e custas processuais, sendo certo que o deferimento do benefício pretendido, somente poderá ser concedido na fase de execução, porquanto nela é que se aferirá a real situação financeira do acusado.

Nesse sentido, destaca-se decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação – Roubo circunstanciado tentado – Recurso defensivo – **Preliminar – Incabível, nesta via, o pleito de justiça gratuita, que deve ser dirigido ao Juízo das Execuções – Precedentes – Mérito – Pedido de absolvição por falta de provas – Não acolhimento – Materialidade e autoria comprovadas – Palavra da**

vítima que goza de especial relevância nos crimes patrimoniais, normalmente praticados na clandestinidade – Reconhecimento fotográfico que imprime credibilidade, pois a vítima teve contato visual com o mesmo indivíduo por diversas vezes – Condenação mantida – Penas bem dosadas – Regime inicial fechado fixado corretamente – Reincidência – Recurso não provido.

(Apelação Criminal 1501127-83.2018.8.26.0642; Relator: **Juscelino Batista**; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ubatuba - 3ª Vara; Data do Julgamento: 12/05/2021; Data de Registro: 12/05/2021)

Por sua vez, no presente caso, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas por afronta ao direito a inviolabilidade do domicílio.

Os policiais diligenciaram no lugar dos fatos após avistarem um indivíduo gritando polícia e correndo para o interior da residência. No local, foram recebidos pela testemunha Francielly que permitiu a entrada dos agentes de segurança.

Não bastasse, a quantidade elevada de drogas encontradas no interior da residência, os policiais militares avistaram drogas sendo arremessadas para o telhado da casa vizinha e marcas de escalada no muro de divisa tudo a indicar que os indivíduos pularam para chegarem na residência onde foram detidos.

Assim a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência não recomendariam interrupção de continuidade para providência absolutamente prescindível, especialmente, pelo fato de que a diligência policial mostrou dar conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas.

Cumprir destacar que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades “manter em depósito” e “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, o que torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial.

A esse respeito, colaciona-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: “(...). *Estando o agente em situação de flagrante delito, tornam-se*

desnecessários para acesso ao seu domicílio, o mandado de busca e apreensão judicialmente autorizado, bem como o consentimento do morador. (...). Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no Ag 1357515/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26/8/2011).

Desse modo, não se extrai ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares. Nesse sentido, decisões desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Recurso da defesa da corré Luciana. Preliminar de nulidade de ingresso na moradia do corréu. Pedido de nova dosimetria da pena, afastamento de reincidência em diversas fases e imposição de regime mais brando. Apelo da defesa do corréu Edson. Preliminar de nulidade pela invasão de domicílio. Atipicidade da conduta, impugnação aos depoimentos dos policiais. Pleito de nova dosimetria, penas no mínimo, com atenuante de confissão e redutor do art. 41 da Lei de Drogas. Regime inicial mais brando e substituição da privativa por restritiva de direitos. INVIABILIDADE DE ACOLHIMENTO DOS PLEITOS. Não configurada a nulidade no ingresso na residência, autorizado pelo contexto em que se deram os fatos. Presente a justa causa. Provas robustas para a condenação. Na valoração das provas, o testemunho dos policiais merece acolhimento, sendo inviável a impugnação genérica pela origem. Relatos que se corroboram pela apreensão de drogas e apetrechos. Ausente atipicidade. Não configurada a confissão ou a colaboração voluntária. O regime inicial fechado é o adequado. A utilização da reincidência não caracteriza bis in idem. Fases distintas de dosimetria da pena. Incabível a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão. O regime inicial fechado é o adequado. REJEITADA A PRELIMINAR, NEGA-SE PROVIMENTO AOS APELOS.

(TJSP; Apelação Criminal 1502666-87.2021.8.26.0510; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavaleiro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de

Direito Criminal; Foro de Rio Claro - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/05/2024; Data de Registro: 14/05/2024)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRELIMINAR – **Ilicitude das provas. Diligência que não foi aleatória, mas lastreada em elementos concretos. Invasão de domicílio não configurada. Crime permanente e estado de flagrante. Fundada suspeita evidenciada. Precedentes do E. STF e C. STJ – Rejeição.**

MÉRITO – Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada – Apreensão de razoável quantidade de entorpecente (103 eppendorfs de cocaína com peso líquido de 54,07 gramas), além de dinheiro – Reconhecimento do erro de tipo. Inviabilidade – Condenação mantida. PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO – Bases acima dos mínimos. Quantidade da droga apreendida (1/6) – Dupla reincidência (1/5) – Inviável o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 – Exclusão ou diminuição da pena de multa. Impossibilidade. Previsão legal em abstrato no tipo penal, independentemente da condição financeira do réu. Respeito aos limites mínimo e máximo estabelecidos na norma – Regime inicial fechado – Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I, II e III) – Apelo desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500160-28.2023.8.26.0621; Relator (a): Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Roseira - Vara Única; Data do Julgamento: 09/04/2024; Data de Registro: 09/04/2024)

Assim, por ser prescindível o mandado judicial para o ingresso no domicílio quando decorrente de uma situação de flagrante delito, não se verifica erro procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Afastadas as preliminares, passa-se a análise do mérito do recurso interposto.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao réu Vinicius.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01), termos de depoimento e declarações (fls. 02/04, 06/08, 09), boletim de ocorrência (fls. 22/26), auto de exibição e apreensão (fls. 29/30), pelo laudo de constatação (fls. 31/32), pelos laudos de exames químico-toxicológicos (fls. 173/181), relatório das anotações acerca do comércio de drogas (fls. 271/273), pelas cópias do procedimento instaurado em relação ao menor infrator (fls. 271/273), pelo BO-PM (fls. 228/234), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas em Juízo (fls. 333/334 – mídia audiovisual) pelas testemunhas Alessandro Pavani Soares e Jonathan Carneiro, Renata Alessandra C. Dos Santos, Aparecido Oliveira do Amaral, Vanessa Fonseca de Barros Frade e Antonio Gomes Bortolucci.

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos, feito pelo juízo sentenciante, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A testemunha, Jonathan Carneiro, policial militar, em juízo, disse que estavam em patrulhamento de ações especiais no Município de Aguai; que estavam em local conhecido pela prática do tráfico; que estavam na esquina da Rua Rodolfo quando visualizaram um indivíduo saindo de bicicleta da casa de 551; que havia outro indivíduo no portão com blusa amarela e faixa preta; que ele, ao perceber a aproximação da viatura, esboçou susto, gritou "polícia", entrou e fechou o portão; que fizeram o cerco; que havia uma moça chamada Franciele; que ouviram passos dentro da casa; que começaram a arremessar coisas sobre o telhado; que Franciele disse que estava ali para retirar uma bicicleta que havia emprestado para um conhecido;

que os outros rapazes teriam corrido para o fundo; que próximo ao muro havia dois pares de chinelo, dois pinos de cocaína; que o muro aparentava ter sido escalada; que então foram para a casa vizinha, 561; que no quintal estava o rapaz de blusa preta e amarela, que era THIAGO; que ele resistiu à abordagem; que tentou imobilizar seu braço; que usaram de força física para contê-lo; que havia 750 reais com THIAGO; que havia outro senhor na casa, Antonio, que se identificou como pai dele; que ele disse que THIAGO apareceu correndo bastante assustado; que, no fundo, em um banheiro, estava escondido VINICIUS, descalço e ofegante; que ambos estavam com marcas de escalada: joelho ralado, roupas e mãos sujas; que no telhado da casa havia uma sacola; que na sacola localizaram 99 tubos de cocaína e 80 tubos de crack; que retornaram à casa 551, que deu início à correria, e localizaram no interior da casa, sobre o fogão, anotações com características de tráfico de drogas; que localizaram tijolo de maconha no fogão; que havia alguns celulares; que havia madeiras no corredor, com uma sacola contendo em torno de 500 porções de crack; que eram porções idênticas àquelas que estavam na sacola arremessada; que o Dr. Gustavo compareceu ao local; que ambos passaram pelo atendimento médico; que também passou por atendimento médico e fez radiografia; que teve que tomar remédio; que posteriormente realizaram o flagrante; que a casa da ocorrência é uma casa de esquina; que eles foram para o fundo e pularam para a casa 561, que é a casa de THIAGO; que Antonio estava nessa casa; que THIAGO estava no portão da 551 (identificado pelas vestes); que ele entrou para a casa gritando polícia; que conseguiu ver a sacola sendo arremessada pelo telhado; que na casa 561 estava VINICIUS no banheiro; que não chegou a ver VINICIUS pulando o muro; que não conseguiu ver quem jogou a sacola; que conseguiu ver a sacola sendo arremessada; que não sabe se foi VINICIUS quem

jogou; que não viu VINICIUS comercializando drogas; que o viram saindo de bicicleta; que não prendeu alguém que tenha comprado drogas dele; que não verificou os celulares encontrados; que VINICIUS não carregava drogas consigo; que THIAGO não obedeceu à ordem e resistiu contra a equipe; que isso foi feito dentro da residência da casa 561; que não notou a presença de outras pessoas nas residências; que THIAGO estava com 750 reais e estava no portão da 551; que entrou correndo gritando "polícia polícia"; que na residência de onde saíram os réus correndo foram localizadas outras drogas além daquelas da sacola; que acha que fez um vídeo do muro da 551; que é procedimento policial fazer o registro da pessoa custodiada; que acha que a polícia civil quem fotografou as drogas; que as fotos mostradas não são do padrão de sua equipe.

A testemunha, Alessandro Pavani, policial militar, em juízo, disse que estavam em patrulhamento de ações especiais pelo Município de Aguai; que, na Rua Rodolfo Afonso, altura do 51, visualizaram um indivíduo em uma bicicleta com uma japona; que ele, ao perceber a presença da viatura da PM, gritou "polícia" e se evadiu para dentro da residência; que desembarcaram da viatura e efetuaram o cerco na residência; que, quando tomou a esquina, continuava a ouvir os indivíduos gritando "polícia polícia"; que percebeu uma sacola sendo arremessada no telhado do imóvel vizinho; que fizeram contato com uma moça que estava ali, Franciele; que ela informou que teria ido buscar uma bicicleta; que ela teria emprestado para um dos moradores; que os indivíduos teriam pulado o muro para a casa vizinha; que encontraram dois chinelos e dois pinos de cocaína; que na casa de número 561 localizaram THIAGO e VINICIUS; que um deles estava descalço no banheiro da edícula; que THIAGO não obedeceu as ordens e partiu para cima da equipe; que lesionou o ombro do referido policial militar; que

tiveram que utilizar de força moderada para contê-lo e cessar a agressão ao policial; que partiram para a vistoria do imóvel de onde teriam se evadido; que localizaram uma caderneta em cima do fogão do imóvel; que continha anotações típicas do tráfico; que, dentro do forno do fogão, encontraram um tijolo de maconha; que passaram a fazer a vistoria na parte externa da residência; que foram verificar a sacola arremessada na casa vizinha; que localizaram 99 pinos de cocaína, 80 pinos verdes de crack; que na primeira casa, perto de umas madeiras, localizaram uma sacola plástica com mais 500 microtubos de cocaína; que diante destes fatos deram voz de prisão e conduziram ambos ao PS; que visualizou um indivíduo com uma blusa amarela e preta; que corresponde às características de um dos indivíduos abordados; que não sabe qual dos dois que estava com a blusa preta e amarela; que VINICIUS estava em posição fetal, dentro do banheiro e com os joelhos ralados da travessia do muro; que não o viu pulando o muro; que não viu quem arremessou a sacola; que não viu VINICIUS comercializando drogas; que foi a primeira vez que tinha ido a Aguaí; que não verificou os celulares dos réus; que não se recorda se algo foi encontrado em busca pessoal com VINICIUS; que não se lembra se questionaram acerca de mandado; que ingressaram na residência de número 561 pela visualização de droga, pelo barulho e pela autorização do pai dele; que não viu quem fez o arremesso; que não se lembra se THIAGO portava alguma droga; que deu voz de prisão pelo tráfico de drogas; que entende que eles tentaram se desvincilhar das drogas; que não havia outra pessoa no local que pudesse ser proprietário das drogas; que algum dos dois que pulou jogou a droga; que salvo melhor juízo o telefone de THIAGO estava na casa de 551; que o chinelo dele também estava lá; que na casa 561 encontrou apenas a droga do telhado; que THIAGO foi encontrado dentro da

residência 561; que no 551 havia no muro dois pares de chinelo; que ambos estavam ofegantes e com os joelhos ralados; que THIAGO foi encontrado por outro policial; que acha que foi na cozinha.

O informante Antônio Gomes, em juízo, disse que não tinha amizade com VINICIUS; que não autorizou VINICIUS a entrar na sua residência; que não sabe de amizade entre VINICIUS e THIAGO; que assim que os policiais chegaram ouviram um barulho no telhado; que pensaram ser gato; que na sequência bateram no portão; que mandou THIAGO ir lá ver; que THIAGO abriu o portão; que na sequência o escutou gritando por socorro; que os viu agredindo o seu filho; que pegou o celular para filmar; que tomaram o celular de sua mão; que levaram o celular para a viatura; que reviraram sua casa; que disseram que se achasse droga ou arma iriam prende-lo; que disse que não tinha nada; que não encontraram nada; que nos fundos encontraram VINICIUS; que ele estava escondido no banheiro do fundo; que perguntaram sobre VINICIUS; que afirmou que não o conhecia; que acharam uma droga em cima do telhado de sua casa; que seu filho já estava dentro da viatura; que disseram que seu filho não seria preso; que THIAGO havia trabalhado no dia da prisão; que havia trabalhado consigo; que ele paga THIAGO; que a quantia encontrada com ele havia sido paga por ele próprio; que paga 750 reais por semana; que questionaram sobre mandado; que disseram que o BAEP não precisava de mandado; que começaram a agredir; que nunca falou que THIAGO havia pulado o muro; que outro rapaz passou pelo telhado e quebrou várias telhas; que Renata e Aparecido costumam sentar na frente da casa; que a polícia nunca havia ido em sua residência; que mora ali há 30 anos e nunca teve esse problema; que THIAGO nunca se aproximou do 551; que algumas pessoas vão chamar por THIAGO em sua casa; que são amigos para chamar para

sair; que isso ocorre mais aos finais de semana; que ele é jovem e gosta de sair; que não há movimentação de pessoas estranhas; que THIAGO usava uma camiseta cinza; que viu o encontro da droga no telhado; que VINICIUS morava no 551, ao lado da sua casa; que acha que VINICIUS morava ali há uns 3 ou 4 meses.

A testemunha, Renata Alessandra, em juízo, disse que mora no local há 20 anos; que sua casa fica a uma casa de distância da de THIAGO; que é filha de Aparecido; que nunca presenciou THIAGO em condições de tráfico de drogas; que nunca viu THIAGO se aproximar da residência 551; que THIAGO trabalha como pintor, como seu pai; que THIAGO havia trabalhado no dia da prisão; que estava sentada na rua quando os policiais chegaram; que não viu o THIAGO na rua; que os policiais chegaram e bateram no portão; que THIAGO abriu e eles colocaram THIAGO para dentro; que ouviu vários gritos de polícia; que não viu outras pessoas correndo da casa 551; que VINICIUS morava na casa 551.

A testemunha, Aparecido Oliveira, em juízo, disse que reside na sua casa há 21 anos; que sua casa é perto da casa de THIAGO; que conhece THIAGO há 21 anos; que nunca notou sinais de THIAGO relativos ao tráfico de drogas; que nunca percebeu aproximação de THIAGO na casa 551; que THIAGO trabalha; que no dia da prisão viu que ele chegou do serviço; que estava sentado no banco no portão da sua casa; que viu quando os policiais chegaram porque todo mundo grita "a polícia chegou"; que na hora que gritou polícia THIAGO saiu pra fora do portão; que ouviu vários gritos; que não viu outras pessoas se evadindo da casa de numero 551; que não sabe quem morava na casa.

A testemunha, Vanessa Fonseca, em juízo, disse que é vizinha de THIAGO; que mora ali há 2 anos; que conhece THIAGO desde uns 3 ou 4 anos de idade; que nunca percebeu

THIAGO em condições de tráfico de drogas; que nunca notou a aproximação de THIAGO na residência 551; que THIAGO trabalha como pintor; que no momento da prisão estava em sua casa com seus filhos; que escutou uma gritaria; que saiu para ver o que era; que eles já estavam dentro da residência; que THIAGO havia acabado de chegar do serviço; que depois não viu mais nada; que quando viu THIAGO estava para dentro da residência; que ouviu vários gritos; que havia uma movimentação grande na rua. (...)”.

Por sua vez, o réu Vinicius, em Juízo (fls. 333/334 – mídia audiovisual), confessou a prática delitiva. Disse que “(...) estava na casa de esquina; que os policiais chegaram; que não estava traficando; que não tinha lugar para ficar; que ofereceram uma casa pra ficar e guardar uma droga; que estava ficando nessa casa; que estava lá há uns 4 meses; que sua mãe havia ido morar em Poços de Caldas; que estava sem lugar para ficar; que morou uns dias na rua; que recebeu essa proposta pra ficar na casa e guardar uma certa quantia de drogas em troca de moradia; que aceitou porque não tinha outro lugar para ficar; que os policiais chegaram; que correu por trás da casa e arremessou pra casa do lado; que, apavorado e com medo, pulou pra casa do lado e foi pra tipo um banheiro no fundo da casa; que ficou ali escondido com medo dos policiais chegarem; que não vai falar quem pediu pra guardar a droga por sua vida; que essa pessoa está na rua e está pagando; que tinha outro moleque que saiu pulando para as casas ao lado; que não foi pego; que o nome dele é Ricardo; que conhece THIAGO de vista; que morava na casa ao lado, para a casa onde pulou; que ele nunca foi pra casa onde estava; que o outro chinelo era de Ricardo e o outro era seu; que os policiais pegaram e levaram pra casa do THIAGO; que foi levado pra lá de novo e viu THIAGO; que estava nos fundos quando eles entraram; que THIAGO estava na frente; que Ricardo tem sua idade; que é moreno escuro; que tem 22 anos; que ele ficava nessa casa; que durante o acontecido ele correu pulando os telhados; que não foi ele quem chegou de bicicleta; que Ricardo estava dentro da casa quando a polícia chegou; que também estava dentro da casa quando a polícia chegou; que não sabe onde Ricardo mora; que conhece Franciele; que ela havia emprestado uma bicicleta e tinha ido lá

buscar; que tem contato com TIAGO diariamente no presídio; que faz uso de drogas; que a droga que estava guardando não era sua; que usa apenas maconha; que já traficou; que já teve passagens pelo tráfico; que não estava traficando durante o acontecido; que estava apenas guardando o entorpecente; que andava com os alvarás no bolso porque estava sem os documentos; que não sabe se TIAGO tem envolvimento com organização criminosa; que só o visualiza chegando do trabalho; que não tem motivo para favorecê-lo. (...)”.

Infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito de tráfico de drogas imputado ao réu Vincius, pelos elementos da prova testemunhal e pela elevada quantidade de drogas, apetrechos para embalagem e anotações acerca do tráfico apreendidas (580 porções de crack, com peso líquido de 81,78g, 101 porções de cocaína, com peso líquido de 31,7g e uma porção de Cannabis Sativa L, com peso líquido de 606,39g), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu guardava e mantinha em depósito substâncias ilícitas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, “para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no artigo 33, “caput”, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente” (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Oportuno, ainda, registrar que “sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública ao risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado” (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010,

DJ 30/11/2010). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes”* (TJRS, Ap. 697.020.717, Câm., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime”* (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas, *cocaína, crack e maconha*, mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, e de conhecida potencialidade letal; a forma como estavam acondicionadas as diversas porções, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, e as inadmissíveis alegações dos réus, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Cabe notar que já se decidiu: *“A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados na residência da apelante, induz que se destinavam ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368/76”* (RTJE 109/277). Ensina Fernando Pedroso que: *“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”* (Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 2ª ed., RT, 2004, item “5”, p. 96).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta do réu Vincius às formas puníveis do art. 33, “caput”, da Lei de Drogas e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Por outro lado, não obstante os esforços do Órgão acusador, tem-se que ao cabo da instrução criminal, não se pôde demonstrar a sustentabilidade do pedido condenatório contido na denúncia em relação ao réu Tiago, porquanto a autoria não ficou demonstrada estreme de dúvida.

Sob o crivo do contraditório (fls. 333/334 – mídia audiovisual), o réu Tiago, mantendo o quanto declarado na fase inquisitorial, com segurança e firmeza, negou a autoria delitiva. Afirmou que *“(...) trabalhou o dia todo; que é pintor e trabalha desde os 15 anos; que chegou do trabalho; que seu pai fez o pagamento; que ganhou 750 reais, correspondente à semana do trabalho; que sua mãe trabalha até as 21 horas; que seu pai faz a janta; que estava com ele ajudando; que por volta das 19h30 começaram a fazer a janta para sua mãe; que escutaram um barulho no telhado; que pensaram ser gato; que, momentos depois, escutou barulho no portão; que havia pessoas batendo; que foi atender a porta; que se deparou com os policiais; que queriam entrar pra dentro de sua casa; que perguntou o que estava acontecendo; que ele disse que tinha que entrar para averiguar; que perguntou sobre mandado; que seu pai tem pressão alta e passa por diabetes; que ele disse que, por ser BAEP, fazia a lei; que tomou um murro no olho; que o olho está roxa até agora; que apenas segurou o braço do policial para não apanhar mais; que apareceu outro policial e o algemou; que gritou o pai por socorro; que seu pai saiu correndo da cozinha e veio para filmar; que eles começaram a oprimir seu pai; que disseram que iriam prendê-lo pelo que encontrassem na casa; que tomaram o celular do seu pai; que o algemaram na sequência; que vieram três policiais e o levaram para a casa ao lado, de esquina; que apresentaram uma quantia de drogas; que diziam que tinham que assumir; que o ameaçaram de morte; que foi jogado para o porta malas da viatura; que então ele saiu com um rapaz de dentro da sua casa; que era VINICIUS; que ele mora há uns 3 ou 4 meses nessa casa; que ambos foram para o hospital; que disseram para o médico não colocar nada no laudo; que o médico colocou tudo no laudo; que teve o dente quebrado; que o policial pediu pro médico colocar que havia torcido o braço dele; que não fez isso; que foi para a Delegacia depois; que está preso até agora; que nunca teve amizade com VINICIUS; que só o cumprimentava; que VINICIUS morava sozinho ali; que vários amigos ficavam ali com ele; que ouvia isso da casa; que VINICIUS morava ali há 3 ou 4*

meses; que estava na sua casa quando os policiais chegaram; que já usou maconha; que já foi inclusive pego com maconha; que isso faz muito tempo; que estava com uma camiseta cinza; que não tinha motivo para entrar na casa 551; que não tem nenhuma relação com essa casa; que não trafica; que é pintor desde os 15 anos de idade; que não tem envolvimento com organização criminosa e nunca teve; que trabalhou a semana toda; que recebeu na sexta-feira, no dia do acontecido, 750 reais; que já havia tomado banho e não estava sujo de tinta; que jamais arremessaria drogas na própria casa; que a imagem mostra como ficou após a abordagem; que ficou machucado; que saiu sangue de dentro do seu olho; que não daria tempo pra trocar de roupa no meio de uma operação policial; que não tinha condições de reagir contra a polícia na ocasião. (...).”

Assim, as declarações de inocência formuladas pelo réu, corroboradas pelas palavras das testemunhas, bem como do próprio réu Vinicius, não enfrentaram contrariedades sérias na prova oral colhida, destacando-se que não foi apresentado nenhum elemento de prova que vinculasse as drogas apreendidas ao réu.

Dessa forma, enfraquecidos foram os elementos incriminadores de informação, não sendo possível, durante a instrução criminal, a perfeita reprodução dos fatos narrados na denúncia. Não se demonstrou, com seriedade, vinculação direta ou indireta do acusado com o comportamento desviante noticiado na petição de ingresso e, assim, fraca e malsegura a prova produzida, permanece incidindo com todo vigor o princípio constitucional de não culpabilidade (art. 5º, LVII, c.c. art. 60, § 4º, IV, ambos da Constituição da República), com *status* de cláusula pétrea, não se podendo presumir comportamento do réu modelado em qualquer dos verbos do tipo penal incriminador de interesse, mesmo que por tipicidade indireta.

Calha lembra: *“Inadmissível a prolação de decreto condenatório se suficientes os elementos probatórios apenas para fundar suspeitas contra o réu. É que a simples probabilidade de autoria, tratando-se de mera etapa da verdade, não constitui, por si só, certeza”* (JUTACRIM 45/218).

Apesar dos indícios incriminadores e os valerosos esforços do Ministério Público, as circunstâncias do fato têm particularidades de relevância, que não puderam ter solução sob o crivo do contraditório, fazendo com que a absolvição seja inafastável, como dito, por fraco e malseguro o conjunto de informações, que

não desconstituiu a presunção constitucional de não culpabilidade.

Ensina Guilherme de Souza Nucci: *“prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição”* (Código de Processo Penal Comentado, 12ª edição, Editora RT, p. 750); Da mesma forma: *“Aplicação do princípio in dubio pro reo. Autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade. Tal não é bastante para a condenação criminal exigente de certeza plena. Como afirmou Carrara, 'a prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática'. Deram parcial provimento unânime”* (RJTJESGS 177/136).

Em reforço, *mutatis mutandis*, decisão desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: absolvição por insuficiência probatória – admissibilidade em relação a um dos corréus – autoria não comprovada de maneira satisfatória – inexistência de elementos a vinculá-lo ao narcotráfico. PROVIMENTO. “Aplicação do brocardo in dubio pro reo. Se a prova policial não recebe nenhuma reprodução em juízo, o benefício da dúvida há de favorecer o acusado. É o reconhecimento do non liquet. Absolvição com lastro no disposto no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.” TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL: pena – afastamento do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 – inadmissibilidade – preenchimento dos requisitos legais – pequena quantidade de drogas, primariedade, bons antecedentes e ausência de elementos a indicar a dedicação à prática delitiva – atos infracionais, por si só, sem correlação fática e temporal com o tráfico não são aptos a impedir a aplicação da benesse – DESPROVIMENTO.

(TJSP; Apelação Criminal 1501154-11.2023.8.26.0539; Relator (a): Jayme Walmer de Freitas; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Cruz do Rio Pardo - Vara

Criminal; Data do Julgamento: 16/08/2024; Data de Registro: 16/08/2024)

Dessa forma, em relação ao réu Tiago, incensurável a r. sentença absolutória que deve ser mantida em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na resp. sentença.

Na primeira fase, o MM. Juiz “a quo” atento aos ditames do artigo 59, “caput”, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, sopesando negativamente as consequências sociais perniciosas do tráfico de drogas – destacando-se a diversidade, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas de grande poder destrutivo e alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, fixou a pena-base, acrescida de 1/5, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

O crime de que se cuida tem suas particularidades que o distinguem da generalidade dos crimes de mesma espécie, porquanto o réu agiu com intenso dolo e distinta consciência da ilicitude indicada pelos apetrechos para embalo das substâncias e pela elevada quantidade e nocividade das drogas apreendidas - *50 porções de skunk, 126 porções de maconha, 83 porções de cocaína e 14 garrafas de lança-perfume* - de aptidão letal.

O bem jurídico foi violado com intensidade significativa. Convém sublinhar que: “*A alta nocividade da **cocaína** está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública*” (TJRS – AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda – RJTJRS 130/154), *in* HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes -, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **TOLOZA NETO**, em 13.05.2014).

Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: “*A infração atribuída ao increpado é*

demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativo existencial do vício morfético e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo” (Habeas Corpus nº 2049710-67.2014.8.26.0000 – Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. GERALDO WOHLERS).

Segundo escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “*É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização.*” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, RT, 7ª edição, pág 350).

Não bastasse, “*Não há nulidade na decisão que fixa a pena-base considerando fundamentação idônea, na qual estão compreendidas a natureza e a quantidade do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06” (STF - HC nº 112798 /AC Rel. Exma. Min. CÁRMEN LÚCIA. j. 18/12/2012); “PENA - Entorpecente - Tráfico - Fixação da pena-base acima do mínimo legal - Admissibilidade, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida - inteligência do art. 59 do CP. (STJ) RT 783/594; ENTORPECENTE - Tráfico - Pena - Fixação da reprimenda-base acima do mínimo legal em virtude da espécie e da quantidade de droga apreendida. Admissibilidade. (STJ) - RT 786/599”.*

Isto posto, no caso dos autos, irrepreensível o aumento aplicado à pena-base, posto que em conformidade com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “*Na hipótese, a pena-base imposta ao agravante foi exasperada em razão da quantidade, variedade e lesividade da droga apreendida (118,2g de cocaína, 1,5g de crack e 20,4g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes.*” ([STF; RHC 213695; MC](#) Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 22/04/2022; Publicação: 02/05/2022, gn). Ainda: “*No tocante*

a primeira fase da dosimetria, as instâncias ordinárias, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade de entorpecentes - 53,67g de crack e 27,78g de maconha (fl. 96) -, para exasperar as reprimendas-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.” (AgRg no HC n. 803.848/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023, gn). Da mesma forma: “A pena-base de RAFAEL pelo delito de tráfico de entorpecentes foi exasperada em 1 ano e a pena-base pelo delito de associação para o tráfico foi exasperada em 8 meses em razão da valoração negativa da quantidade e da natureza da droga apreendida - 6,530kg de cocaína (fls. 715 e 776) - o que encontra respaldo no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, não havendo desproporcionalidade no quantum de elevação da reprimenda aplicado.” (AgRg no HC n. 809.720/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023, gn).

Ademais, não se olvide, que o “legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado” (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Não bastasse, como bem apontado pelo Órgão Ministerial, Vinicius ostenta maus antecedentes (fls. 331/332 - processo n. 1501437-78.2022.8.26.0083) que obriga o recrudescimento do aumento aplicado à pena-base.

Para a hipótese, cumpre consignar que a condenação definitiva por fato anterior, transitada em julgado posteriormente ao delito em questão, é apta a recrudescer a pena-base. Nesse sentido: “Segundo a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, “a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes” (AgRg no REsp 1.840.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2019)”.
d. Magistrado sentenciante e os maus antecedentes ostentados pelo réu, a pena-base deve ser acrescida de 1/3, atingindo 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Assim, considerando-se as circunstâncias negativas avaliadas pelo

Na segunda fase, a reincidência específica ostentada pelo réu foi integralmente compensada com a atenuante da confissão espontânea que se mantém po.

Acompanhando as decisões dos Tribunais Superiores, o réu faz jus à integral compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, inteligência do tema repetitivo n.º 585, da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, já se manifestou esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência das acusadas. Pleitos de anulação da sentença por cerceamento de defesa, absolvição e abrandamento da pena. Parcial cabimento. Preliminar rejeitada. Inexistência de fundada dúvida acerca da integridade mental do acusado que afasta a necessidade de instauração de incidente de insanidade mental. Mérito. Autoria e materialidade delitivas satisfatoriamente comprovadas. Discrepância manifesta entre as versões ofertadas pelas acusadas, em solo policial e em juízo. Validade dos depoimentos prestados pelos policiais militares, uniformes entre si e coesos ao acervo probatório. Condenação de rigor. Reprimendas que comportam reparo. Exasperação da pena-base idoneamente fundamentada. Reconhecimento da figura privilegiada do tráfico, quanto à ré Emily, e da atenuante concernente à confissão, quanto à ré Daiane. Compensação integral da agravante atinente à reincidência específica com a atenuante relativa à confissão espontânea. Inteligência da Tese Repetitiva 585 fixada pelo STJ. Regime inicial fechado mantido. Sentença reformada em parte. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.” (TJSP; Apelação Criminal 1500344-04.2024.8.26.0603; Relatora: Marcia Monassi;

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araçatuba
- 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/11/2024; Data de
Registro: 19/11/2024)

Na terceira fase, não houve causas de aumento e diminuição de pena a serem consideradas, mantendo-se em definitivo a reprimenda tal como fixada na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a reincidência específica ostentada pelo réu aliada a diversidade, quantidade e a nocividade da droga aliada aos apetrechos para embalo das substâncias ilícitas apreendidas, revelam que o réu dedicava-se à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*.

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na resp. sentença.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena, diante de todas as circunstâncias do caso concreto, destacando-se os maus antecedentes e a reincidência específica ostentadas pelo réu, bem como a quantidade elevada e nocividade das drogas apreendidas, consoante disciplina o artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, o que também obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 2. No caso, a Corte de origem manteve a imposição do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, motivo pelo qual não há falar em inobservância ao enunciado nas Súmulas ns. 718 e 719 do STF e 440 do STJ. 3. **Consoante entendimento desta Corte Superior de**

Justiça, a fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado nas peculiaridades do caso analisado, tal como ocorreu na hipótese dos autos. (...). (AgRg no HC n. 753.518/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.); Em reforço: “(...) *In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. (...)*” (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.). Ainda: “(...) ***Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 5 anos de reclusão, a quantidade, a natureza deletéria e a variedade dos entorpecentes apreendidos (30 microtubos plásticos contendo cocaína, pesando aproximadamente 43,3g, 75 "buchas" de maconha, pesando aproximadamente 101g, e 22 pedras de crack, pesando aproximadamente 8,9g), bem como a existência de circunstância judicial negativa justificam a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado (...)***”. (AgRg no AREsp n. 1.835.048/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 24/5/2021.)

Por oportuno: “(...) *O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas. Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade,*

*envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante. Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios. Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta da ré, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)” (Apelação nº 0034838-30.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**, julg., em 6 de outubro de 2016).*

Diante de tais considerações, afastadas as preliminares, **nega-se provimento** ao recurso interposto pela d. Defesa e **dá-se parcial provimento** ao recurso Ministerial para readequar a reprimenda aplicada ao réu **VINÍCIUS FERREIRA DA CRUZ** para 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo-se no mais a resp. Sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator