



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000366342

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500551-65.2023.8.26.0626, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante LEONARDO ALAN MORAIS MONTEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram a matéria preliminar e negaram provimento ao recurso Defensivo, mantendo íntegra a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

ELY AMIOKA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22.521

Apelação nº 1500551-65.2023.8.26.0626

Comarca: Caraguatatuba – Vara Criminal

Apelante *Leonardo Alan Morais Monteiro* (preso)

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação criminal – Tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida – Sentença condenatória pelo art. 33, caput da Lei nº 11.343/06, e art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06, em concurso material de infrações.

Recurso da Defesa arguindo, preliminarmente, a nulidade do feito, em razão da busca pessoal e veicular sem a fundada suspeita, além da violação do direito ao silêncio. No mérito, pleito, em apertadíssima síntese, de absolvição por insuficiência probatória. Pleitos subsidiários de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea [delito previsto no art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06], aplicação da detração penal, com a consequente fixação de regime inicial mais brando, bem como direito de recorrer em liberdade.

Preliminares.

Direito de recorrer em liberdade. Momento e meio processual inadequados – Não cabimento. Manutenção da custódia bem justificada.

Busca pessoal e veicular – Fundada suspeita demonstrada – Art. 244, do Código de Processo Penal – Indícios concretos que culminaram na apreensão de entorpecentes e arma com o réu – Acusado que, quando notou a presença da Polícia, segurou algo que estava na sua cintura [arma de fogo] e, na sequência, correu para não ser abordado – Drogas encontradas no veículo – Diligência empreendida que foi realizada com o devido amparo da Lei.

Alegação de ausência de informação do silêncio por ocasião da prisão em flagrante – A legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio ['Aviso de Miranda']. Prática exigível nos interrogatórios formais, nas fases policial e judicial – Acusado que, ouvido formalmente na fase inquisitiva foi expressamente advertido de todos os seus direitos constitucionais, dentre os quais o direito de permanecer em silêncio.

Art. 33, caput da Lei nº 11.343/06 – Materialidade e autoria comprovadas – Apreensão de 03 porções de crack (5,42 gramas), 25 porções de cocaína (26,08 gramas), 67 porções de maconha (148,33 gramas), e 258 papелotes de 'K2' (119,07 gramas) – Réu que negou a prática delitiva em ambas as fases da persecução penal – Policiais Militares que relataram como se deu a prisão e a apreensão das drogas

– Tráfico de entorpecentes evidenciado pelo conjunto probatório – Manutenção da condenação.

Art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06 – Autoria e materialidade comprovadas – Prisão em flagrante – Depoimentos dos policiais que merecem credibilidade, e não deixam margem à dúvida quanto à autoria – Confissão do acusado em ambas as fases da persecução penal – Prova pericial que comprova a prática delitiva – Crime de perigo abstrato, que tutela a segurança pública e, de forma indireta, a vida, liberdade e integridade física etc. Arma de fogo que possui lesividade intrínseca à sua natureza.

Dosimetria – Penas-bases justificadamente fixadas acima do mínimo legal – Na segunda fase, ausentes circunstâncias modificativas para o crime de tráfico de entorpecentes e, para o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida, foi reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea – Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição.

Concurso material de infrações.

Não cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Ausência de requisitos legais.

Regime inicial fechado mantido, eis que justificado.

Detração penal – matéria a ser mais bem analisada em sede de execução penal.

Preliminar rejeitada.

Recurso Defensivo desprovido.

Ao relatório da r. sentença de fls. 400/411, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Júlio da Silva Branchini, ora adotado, acrescento que **Leonardo Alan Moraes Monteiro** foi condenado como incurso no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/06, e art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06, em concurso material de infrações, à pena de *08 anos e 10 meses de reclusão*, em regime inicial **fechado**, e ao pagamento de *593 dias-multa*, fixados no valor unitário mínimo.

Foi vedado ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Não houve recurso do Ministério Público.

Inconformada, apelou a **Defesa**. Preliminarmente,

arguiu a nulidade do feito, em razão da busca pessoal e veicular sem a fundada suspeita, além da violação do direito ao silêncio. Já no mérito, busca, em apertadíssima síntese, a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea [delito previsto no art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06], a aplicação da detração penal, com a consequente fixação de regime inicial mais brando, bem como o direito de recorrer em liberdade (fls. 448/466).

Processado o recurso, com contrarrazões Ministeriais (fls. 470/475), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **improvemento do apelo Defensivo** (fls. 489/505).

É o relatório.

Preliminares

De início, cumpre ressaltar não ser este o momento processual mais adequado e nem o meio mais apropriado para a formulação do pleito de recorrer em liberdade.

A manutenção da custódia do sentenciado está bem justificada e deve ser mantida.

Convém ainda destacar que **Leonardo Alan Moraes Monteiro** permaneceu preso durante toda a instrução criminal e não há sentido que seja solto quando da r. sentença condenatória, onde se materializam, ainda mais, a ilicitude, culpabilidade e punibilidade, mesmo que provisoriamente.

Nesse sentido, o entendimento do STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REITERAÇÃO DELITIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente – preso quando portava aproximadamente 252g (duzentos e cinquenta e dois gramas) de maconha e 1,66 (um grama e sessenta e seis decigramas) de cocaína – a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, a existência de indicativos nos autos no sentido de que a atividade delituosa era reiterada, o que evidencia a perniciosidade da ação ao meio social. Precedentes.

2. Superveniência de sentença que condenou o Recorrente, pelos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, negado o direito de apelar em liberdade.

3. O Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento “**de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar**” (STF – HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08). 4. Recurso em habeas corpus desprovido. (STJ, RHC 31.279/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, Dje 06/06/2013). (grifo nosso).

Além disso, não há falar em nulidade do feito em razão da suposta ilegalidade da revista veicular e pessoal do acusados sem a “fundada

suspeita”, pois, como bem registrado na r. sentença condenatória:

“Com efeito, extrai-se do conjunto probatório que a diligência dos policiais militares de abordagem e revista pessoal do acusado, com consequente prisão em flagrante delito, ocorreu de modo regular, com espreque em fundada suspeita de prática delituosa, inexistindo, a despeito do entendimento da defesa, qualquer violação ao disposto no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo os depoimentos dos agentes da lei, a abordagem do acusado ocorreu em razão da atitude suspeita que ele demonstrou quando da aproximação da viatura, portando algo na cintura (local onde comumente são carregadas as armas de fogo), o que tentou encobrir com a mão, empreendendo pronta fuga.

Tal narrativa foi reiterada quando da oitiva dos agentes da lei em Juízo.

Desse modo, tem-se que a abordagem ocorreu por consequência de ação praticada pelo réu (esconder objeto que estava em sua cintura e empreender pronta fuga), fato que já seria suficiente para distinguir o caso do autos daquele tratado no citado RHC158.580/BA. Entretanto, em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, citando o referido julgado trazido pela defesa como paradigma, reviu seu posicionamento sobre questão, sufragando o entendimento de que “fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial configura motivo idôneo para autorizar uma busca pessoal em via pública, mas a prova desse motivo, cujo ônus é do Estado, por ser usualmente amparada apenas na palavra dos policiais, deve ser submetida a especial escrutínio, o que implica rechaçar narrativas inverossímeis, incoerentes ou infirmadas por outros elementos dos autos”.

No mesmo sentido, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública”.

A inviolabilidade da intimidade da pessoa, norma constitucional de eficácia contida, está insculpida e consagrada no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, dispondo da seguinte maneira: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

peessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Contudo, ela pode ser mitigada, dentre outras possibilidades, diante da constatação de ocorrência de crime, como in casu.

Por sua vez, considerando-se que o tráfico ilícito de drogas e o porte ilegal de arma de fogo são crimes permanentes, verifica-se permitido pela Carta Magna a ação dos agentes em revistas pessoais de pessoas suspeitas, em locais públicos ou privados, com vistas às providências necessárias e cabíveis para a prisão em flagrante do agente criminoso e consequente apreensão do material ilícito, desde que presente a justa causa.

No caso sub judice, conforme já delineado, vê-se presente a justa causa de forma inequívoca, autorizando a realização da revista pessoal diante da inquestionável conduta suspeita do acusado (...). (fls. 401/402).

Acrescenta-se, ainda, que o art. 244, do Código de Processo Penal, é suficientemente claro ao apontar que a busca pessoal será permitida, independentemente de mandado, sempre que houver fundada suspeita de que o sujeito esteja de posse de armas, objetos ou papeis que constituam corpo de delito.

No caso em apreço, as provas colhidas demonstram a existência dessa suspeita fundada. Segundo a narrativa dos policiais, eles estavam em patrulhamento de rotina quando lhes chamou a atenção o fato de o acusado, ao notar a aproximação da viatura, ter segurado algo em sua cintura [o que os levou a crer que estivesse armado] e corrido para os fundos do imóvel onde estava. Diante de tais circunstâncias, evidente a fundada suspeita que amparou a ação policial, que, de fato, culminou na apreensão de arma de fogo em posse do réu e de entorpecentes variados.

Ainda que assim não fosse, importante frisar que ambos os crimes são permanentes, já que a consumação deles se prolonga no tempo de

modo que, durante todo o período que o agente estiver com a droga ou arma, os crimes se consumarão, motivo pelo qual a prisão em flagrante é possível a qualquer momento.

No mesmo sentido já se decidiu no C. STJ:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PRISÃO POR QUALQUER DO POVO. Não é ilegal a prisão realizada por agentes públicos que não tenham competência para a realização do ato quando o preso foi encontrado em estado de flagrância. **Os tipos penais previstos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) são crimes permanentes e, de acordo com o art. 303 do CPP, o estado de flagrância nesse tipo de crime persiste enquanto não cessada a permanência.** Segundo o art. 301 do CPP, qualquer do povo pode prender quem quer que seja encontrado em situação de flagrante, razão pela qual a alegação de ilegalidade da prisão – pois realizada por agentes que não tinham competência para tanto – não se sustenta. **(HC 244.016-ES, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/10/2012).**

No mais, quanto ao mencionado direito ao silêncio, como já decidiu recentemente o C. STJ: “*A legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial*” (AgRg no HC n. 809.283/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023).”.

Ademais, verifica-se dos autos que, quando ouvido formalmente na fase inquisitiva (fls. 22/23), **o acusado foi expressamente advertido de todos os seus direitos constitucionais, dentre os quais o direito de permanecer em silêncio**, sendo que, na ocasião, ele apresentou livremente sua

versão sobre os fatos, negando a propriedade dos entorpecentes e admitindo o porte da arma de fogo.

Assim sendo, não verifico qualquer nulidade a ser sanada e rejeito a matéria preliminar arguida.

Mérito

Narra a exordial acusatória que:

*“(…) no dia 08 de dezembro de 2023, por volta das 17:30 horas, à rua Carlos F. Alvarenga, nº 23, bairro Travessão, nesta cidade e Comarca de Caraguatatuba, **LEONARDO ALAN MORAIS MONTEIRO**¹, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico de drogas, 03 (três) eppendorfs contendo 5,42 gramas de **crack**, 25 (vinte e cinco) papelotes de **cocaína**, com peso de 26,08 gramas, 67 (sessenta e sete) porções de **maconha**, com peso de 148,33 gramas, e 258 (duzentos e cinquenta e oito) papelotes de **K2**, com peso de 119,07 gramas, conforme Auto de Exibição/Apreensão de fls. 22/23 e Auto de Constatação Preliminar de fls. 25/26*

*Nas mesmas circunstâncias de lugar e tempo acima descritas, LEONARDO ALAN MORAIS MONTEIRO portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 01 (uma) **arma de fogo**, do tipo pistola, calibre .40, marca Taurus, de uso restrito, com a **numeração suprimida**, municiada com 07 (sete) cartuchos íntegros, conforme Auto de Exibição/Apreensão de fls. 22/23.*

Diante da atitude suspeita, os policiais abordaram o DENUNCIADO, localizando na cintura dele uma arma de fogo municiada. Já dentro de um maço de cigarros que ele carregava foram encontrados 25 (vinte e cinco) papelotes de cocaína

Os policiais também constataram que um veículo

¹ 22 anos à época dos fatos, vive em união estável, 2º grau incompleto, barbeiro (fls. 22).

Folha de antecedentes e certidão criminal (fls. 51/53 e 54/55):

Prisão em flagrante em 06.11.2022 (art. 16, § 1º, lei de armas) – liberdade provisória. Processo em andamento.

Prisão em flagrante em 26.03.2023 (arts. 33 e 35, lei de drogas) – liberdade provisória. Processo em andamento.

estacionado próximo ao local (um Chevrolet/Vectra, placa DQB-7G92, cor preta) estava na posse do DENUNCIADO, razão pela qual foi feita a averiguação interna.

Assim foi que os policiais localizaram entorpecentes dentro de uma sacola no banco traseiro do veículo, sendo estes 03 (três) eppendorfs contendo crack, 67 (sessenta e sete) porções de maconha, e 258 (duzentos e cinquenta e oito) papelotes de K2, mais 132 (cento e trinta e dois) eppendorfs vazios.

Informalmente aos policiais o DENUNCIADO relatou que era o proprietário das drogas e com relação à arma de fogo contou que ele mesmo a adquiriu pelo valor de R\$10.000,00 no município de São José dos Campos/SP.

Tais circunstâncias (a quantidade e variedade de entorpecentes, a forma em que estavam acondicionados, a arma de fogo com munições mais os itens que se destinavam ao armazenamento das drogas) evidenciam a traficância, não sendo configurada a mera posse para consumo pessoal.

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência LEONARDO ALAN MORAIS MONTEIRO como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 e artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 69 do Código Penal (...) (fls. 03/05).

A r. denúncia foi recebida em 14/12/2023 (fls. 97/100).

A **materialidade** do delito restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 12/13), boletim de ocorrência (fls. 06/11), auto de exibição e apreensão (fls. 27/28), auto de constatação (fls. 30/31), fotografias (fls. 34, 36, 37, 39, 40 e 59/61), laudo pericial da arma de fogo (fls. 346/348) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 349/351), bem como pelas demais provas amealhadas aos autos.

A **autoria** também é inconteste.

Na fase inquisitiva, o réu **Leonardo Alan Moraes Monteiro** na presença de sua Advogada, Dra. Tainá Suila da Silva (OAB/SP nº 375.399), apresentou a seguinte versão: “(...) nesta data, por volta das 16 horas, estava no local dos fatos, uma loja para a venda de roupas, juntamente com Priscila e Cristiano. Que nesse momento estava de costas para a rua, arrumando bonés nos mostruários, quando escutou uma frenagem de (veículo) Hillux, sendo que de imediato desceram policiais militares em sua direção dizendo “não falei que iria achar você”. Que os policiais militares o colocaram atrás de um balcão, de maneira que outras pessoas não conseguissem enxergar, e começaram a agressão, chutes na costela e soco na clavícula. Que os policiais militares começaram a perguntar sobre drogas e armas, quando afirmou não possuir drogas e que teria uma arma dentro de seu carro, e que seria para sua defesa, tendo em vista que teria sido vítima de atentado há aproximadamente 20 dias, na mesma rua. Que a referida arma estava em uma sacola rosa no bando de trás do veículo CHEVROLET/VECTRA, PLACA: DQB-7G92, que é de propriedade de sua mãe. Que pagou pela referida arma o valor de R\$ 10.000, tendo a arma vindo de São José dos Campos. Que nega ser o proprietário das referidas drogas. Que em momento oportuno será apresentada imagens da busca veicular pelos policiais militares, em que ficará evidente não ter sido encontrado drogas em seu veículo. **Que foi dada a palavra a Doutora Tainá Suila da Silva**, que passou a fazer suas perguntas, as quais seguem: Que se recorda de que os policiais da abordagem do dia de hoje foram os mesmos que efetuaram sua prisão no início do corrente ano, pelo crime de tráfico de drogas e porte de arma de fogo. Que na prisão do início do ano, pelos referidos policiais, foi torturado por eles, que quebraram seu dedo e o deixaram cheios de marcas em decorrência de agressões físicas, tendo a prisão sido relaxada pelo STJ no HC834.330/SP, referente ao processo 1501414-66.2023.8.26.0126. Que não foi cientificado do direito ao silêncio na abordagem policial militar. Que no interior do veículo de propriedade de sua mãe havia uma carteira de sua propriedade com cerca de R\$ 800, que é oriundo de uma herança recebida há pouco tempo, no valor total de R\$ 90.000. Que acredita que está sendo perseguido por policiais militares, podendo fazer prova disso em momento oportuno, havendo imagens a comprovar os fatos” (fls. 22/23) (sic).

Em juízo, o acusado **Leonardo Alan Moraes Monteiro** disse que responde por delito de tráfico de entorpecentes em outro processo. Não estava com as drogas, só com a arma. Estava sem camiseta. O local da abordagem era um 'ponto' do comércio de roupas, que iria abrir no fim de semana. Foi agredido pelos policiais. O policial Alan disse que daria lhe um presente, já meses antes esse policial teria 'ido para a Corregedoria'. O policial jogou um maço de cigarro em cima dele. Admitiu, informalmente, aos policiais que estava armado. Os policiais só pararam de lhe agredir quando a esposa de seu primo pediu ajuda. Os policiais teriam pedido dinheiro para liberá-lo. Os policiais invadiam com frequência sua residência. Só tomou conhecimento das drogas na Delegacia. Não está mais envolvido com drogas. Sofria constantes agressões de policiais naquele local. Ficou durante toda a abordagem atrás do balcão do estabelecimento. Em nenhum momento correu. Era constante a presença de viaturas no local. As revistas dos policiais são sempre violentas.

Ouvida na fase inquisitiva, a testemunha *Cristiano Vieira Sobrinho* narrou: “(...) alugou o ponto comercial há 03 dias, afirmando que pretendia montar uma loja de roupas juntamente com sua esposa Priscila. Que estava limpando o local, na companhia de Priscila e seu primo Leonardo, afirmando que em determinado momento policiais militares compareceram no local, **afirmando que ficou parado ao lado de sua mulher, enquanto Leonardo correu para trás de um balcão. Que os policiais procederam a busca pessoal no declarante, bem como em Priscila e Leonardo, afirmando que não visualizou os policiais encontrando drogas ou armas com Leonardo. Que permaneceram no local, declarando que em determinado momento um dos policiais retornou ao estabelecimento dizendo que havia encontrado drogas no carro de Leonardo, um CHEVROLET/VECTRA, PLACA: DQB-7G92, mas que não presenciou tal fato, pois não saiu do interior do estabelecimento. Que o CNPJ para o funcionamento do comércio seria aberto em nome de Leonardo**”. (fls. 18) (sic).

Em juízo, a testemunha *Cristiano Vieira Sobrinho* disse

que o acusado estava de bermuda e sem camiseta.

Ouvida na fase inquisitiva, a testemunha *Priscila Oliveira de França* disse que: “(...) alugou o ponto comercial, local dos fatos, há 03 dias, para montar uma loja de roupas. Que estava limpando o local, na companhia de seu marido *Cristiano* e seu amigo *Leonardo*, afirmando que em determinado momento policiais militares compareceram no local, afirmando que ficou parada ao lado de seu marido, **enquanto Leonardo correu para trás de um balcão, provavelmente assustado pela presença dos policiais. Que os policiais procederam a busca pessoal na declarante, bem como em Cristiano e Leonardo, afirmando que não visualizou os policiais encontrando drogas ou armas com Leonardo. Que permaneceram no local, declarando que em determinado momento um dos policiais retornou ao estabelecimento dizendo que havia encontrado drogas no carro de Leonardo, um CHEVROLET/VECTRA, PLACA: DQB-7G92, mas que não presenciou tal fato, pois não saiu do interior do estabelecimento. Que posteriormente foi conduzida juntamente com Cristiano e Leonardo até Delegacia de Polícia**”. (fls. 19) (sic).

Em juízo, a testemunha *Priscila Oliveira de França* disse que, no dia da abordagem, o acusado estava de bermuda azul e sem camiseta. Negou ter visto uma arma na cintura do acusado. Não soube informar se o acusado já sofreu algum atentado. Não viu qualquer maço de cigarro próximo ao acusado antes da abordagem. Disse que os policiais foram agressivos com **Leonardo** e *Cristiano*. Via com frequência policiais abordando **Leonardo**. Disse que não foi revistada pelos policiais.

Ouvida apenas na fase inquisitiva, *Rosi Aparecida Moraes* disse que: “(...) o veículo CHEVROLET/VECTRA, PLACA DQB-7G92 é de sua propriedade, comprou há aproximadamente 01 (um) mês de BRUNO pelo valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil), sendo que foi dado o valor R\$18.000,00 (dezoito

mil reais) em dinheiro, e mais um veículo CORSA, não sabendo informar ano, modelo, nem a placa. Que recebeu um seguro de vida no valor de R\$196.000,00, valor esse que foi dividido em três partes, sendo uma sua, outra do LEONARDO, e terceira do CRISTIAN, em valor igual.”. (fls. 21) (sic).

Ouvido na fase inquisitiva, o Policial Militar *Fabiano de Siqueira José* relatou que: “(...) nesta data, às 17h30min, em patrulhamento pela Rua Carlos Farias de Alvarenga, no bairro Travessão, passaram em frente a um estabelecimento comercial, o qual ainda não possui nome ou licença para funcionamento, ocasião em que avistaram uma mesa de sinuca em frente ao comércio e três pessoas no seu interior. **Uma das pessoas que se encontravam no estabelecimento, próximo ao balcão, ao perceber a presença dos policiais, levou uma das mãos à cintura, aparentando segurar algo, e correu para os fundos do comércio, tentando acessar uma porta que dá acesso a um corredor externo para fuga. Que a equipe desembarcou da viatura e prosseguiu na abordagem do indivíduo identificado como LEONARDO ALAN MORAIS MONTEIRO, após vencer a resistência com a utilização de algemas. Foi localizada na sua cintura uma pistola da marca Taurus, calibre .40, com sua numeração suprimida e com o ferrolho lixado, aparentando ser armamento do Estado. Ao seu lado foi localizado um maço de cigarros, contendo 25 papelotes de substância entorpecente semelhante à cocaína. Que após encontrarem a referida droga, passaram a diligenciar no interior do comércio, onde encontraram uma chave de veículo GM, tendo então indagado a quem pertencia. Que Leonardo afirmou ser o proprietário do veículo CHEVROLET/VECTRA, PLACA: DQB-7G92, COR PRETA, que se encontrava ao lado do estabelecimento, onde foi localizada uma sacola que estava no banco de trás, contendo 67 porções de erva esverdeada semelhante à maconha, 03 eppendorfs contendo crack, 258 porções de substância entorpecente semelhante a K2 e 132 eppendorfs vazios. Que indagado, Leonardo confessou ser proprietário da droga, e em relação à arma disse que adquiriu na cidade de São José dos Campos, pelo valor de R\$ 10.000,00”.** (fls. 14/15) (sic).

Em juízo, o Policial Militar *Fabiano de Siqueira José* relatou que estavam em patrulhamento de rotina. O local dos fatos parecia ser um bar. Avistaram dois homens e uma mulher. O acusado estava próximo ao balcão do estabelecimento. Quando percebeu a presença da Polícia, colocou a mão na cintura e foi para os fundos do estabelecimento, tentado empreender fuga, porém, foi detido. Na busca pessoal foi localizada uma pistola. O réu disse que comprou a arma em São José dos Campos e pagou R\$ 10.000,00. Em uma vistoria no estabelecimento, encontraram um maço de cigarro com porções de cocaína. Encontraram uma chave de veículo, no qual foram encontrados mais entorpecentes. Informalmente, o acusado confessou a prática de ambos os delitos. Não se recorda das vestes de réu, provavelmente estava de camiseta. É possível que estivesse na mesma viatura em outra ocorrência. Já fez patrulhamento com o Policial Alan Vargas. O réu era conhecido dos meios policiais. Não se recorda se já abordou o réu anteriormente. Não sabe dizer onde é a residência do acusado. Não tem conhecimento de quem levou o réu para realizar o exame de corpo de delito.

No mesmo sentido o relato da testemunha *Alan Vargas Monteiro Ferreira* em juízo, o qual acrescentou que já havia efetuado a abordagem do acusado em outra oportunidade.

Ouvido na fase inquisitiva, o Policial Militar *Diego de Mello Sodré* relatou: “(...) patrulhamento pela Rua Carlos Farias de Alvarenga, no bairro Travessão, passaram em frente a um estabelecimento comercial, o qual ainda não possui nome ou licença para funcionamento, ocasião em que avistaram uma mesa de sinuca em frente ao comércio e três pessoas no seu interior. **Um das pessoas que se encontravam no estabelecimento, próximo ao balcão, ao perceber a presença dos policiais, levou uma das mãos à cintura, aparentando segurar algo, e correu para os fundos do comércio, tentando acessar uma porta que dá acesso a um corredor externo para fuga. Que a equipe desembarcou da viatura e prosseguiu na abordagem do indivíduo identificado como LEONARDO ALAN**

MORAISMONTEIRO, após vencer a resistência com a utilização de algemas. Foi localizada na sua cintura uma pistola da marca Taurus, calibre .40, com sua numeração suprimida e com o ferrolho lixado, aparentando ser armamento do Estado. Ao seu lado foi localizado um maço de cigarros, contendo 25 papelotes de substância entorpecente semelhante à cocaína. Que após encontrarem a referida droga, passaram a diligenciar no interior do comércio, onde encontraram uma chave de veículo GM, tendo então indagado a quem pertencia. Que Leonardo afirmou ser o proprietário do veículo CHEVROLET/VECTRA, PLACA: DQB-7G92, CORPRETA, que se encontrava ao lado do estabelecimento, onde foi localizada uma sacola que estava no banco de trás, contendo 67 porções de erva esverdeada semelhante à maconha, 03 eppendorfs contendo crack, 258 porções de substância entorpecente semelhante a K2 e 132 eppendorfs vazios. Que indagado, Leonardo confessou ser proprietário da droga, e em relação à arma disse que adquiriu na cidade de São José dos Campos, pelo valor de R\$ 10.000,00". (fls. 16/17) (sic).

Em juízo, o Policial Militar *Diego de Mello Sodrê* basicamente reiterou o que havia relatado na fase extrajudicial, acrescentando que o réu estava de camiseta e bermuda e que o local é ponto de comércio espúrio de drogas.

Cumprе mencionar que é inquestionável a validade dos depoimentos prestados pelos policiais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente

nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

“os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação” (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

"VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal [...]" (STF, 1.ª Turma, HC n.º 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96; in DJU 18.10.96).

E deste E. Tribunal de Justiça:

(...) Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade **No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o**

contrário. Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes – Imposição de privação de liberdade superior a quatro anos – Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido no inciso I, do art. 44, do CP Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP. **(grifei)** (Apelação nº 0001192-93.2014.8.26.0028, Relator: GRASSI NETO, Comarca: Aparecida, data do julgamento: 14.05.2015; 8ª Câmara de Direito Criminal).

Não é crível que os policiais incriminariam o réu de forma gratuita ou mesmo que inventariam os fatos para relacioná-lo à prática do tráfico de drogas.

Com efeito, a traficância de drogas restou evidenciada pelos depoimentos dos policiais em juízo, que são coesos e harmônicos, e estão de acordo com aqueles prestados na fase extrajudicial, bem como demais circunstâncias do caso concreto.

O acusado foi abordado em conhecido ponto de comércio espúrio, com expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, muito embora tenha negado formalmente qualquer relação com as drogas. Chama a atenção o fato de que, justamente naquele local, o réu estivesse armado.

Sobre a abordagem, as pequenas divergências apresentadas, decorrentes de perspectivas pessoais, não são capazes de invalidar a prova como um todo. É comum que as pessoas interpretem uma mesma situação de formas distintas.

Nesse ponto especificamente, é indiferente o fato de o

réu estar com ou sem camiseta no momento da abordagem. Segundo o relato dos policiais, quando viram o réu, ele estava com algo na cintura [objeto parecido com uma arma], o que motivou a abordagem. Os policiais relataram que *Leonardo* estava com a arma na cintura, enquanto ele afirmou que o armamento estava no carro. Relevante o fato de haver arma de fogo na ocorrência, e o réu não negou que a arma apreendida era dele.

No caso em questão, a meu ver, os relatos dos policiais são mais condizentes com a verdade real dos fatos.

O acusado confessou que a arma encontrada era de sua propriedade, a qual serviria para sua defesa pessoal, pois teria sofrido um atentado naquela mesma rua dias antes, relato que não foi detalhado e comprovado. De todo modo, caso fosse o armamento utilizado para esse fim declarado, não haveria lógica deixá-lo no carro vazio.

Além disso, é pouco provável que os policiais tivessem abordado o réu de forma totalmente aleatória e, coincidentemente, encontrado o armamento. Ademais, não se mostra crível a versão de que os policiais teriam forjado a existência de drogas para prejudicar o acusado. Ainda que um dos policiais da guarnição tenha participado de outras abordagens do acusado, não se pode pressupor que todos os outros integrantes da Corporação local iriam 'perseguir' o réu para prejudicá-lo gratuitamente.

Segundo o relato do acusado, os policiais teriam entrado em sua residência por diversas vezes, mas nunca o acusaram falsamente, o que só teria ocorrido no dia dos fatos, quando a abordagem ocorreu em local aberto, com circulação de pessoas e na presença de duas testemunhas, as quais, inclusive, possuem relação próxima com o réu.

Nesse ponto, bem pontou a D. Procuradoria de Justiça:

“A alegação defensiva de conduta irregular dos policiais não veio acompanhada de nenhuma prova, baseando-se tal tese simplesmente no fato de ter o apelante sofrido abordagem truculenta em outra oportunidade. Pelo que dos presentes autos consta, não há qualquer prova a desabonar a ação policial, de modo que as provas nela produzidas são perfeitamente aptas e suficientes a sustentar o decreto condenatório”. (fls. 499).

Importante ressaltar que eventual excesso dos policiais – que aqui não ficou cabalmente demonstrado – deverá ser objeto de apuração em outra esfera. Verifica-se, a respeito, que, inclusive, quando da realização da audiência de custódia, o MM. Juízo *a quo* determinou a expedição de ofício para averiguação (fls. 62/65).

Em resumo, não é o caso de absolvição com relação ao delito de tráfico de entorpecentes.

Para a configuração do delito de tráfico de drogas, **não se faz necessária prova da mercancia**, pois o simples fato de, com essa finalidade, **guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente**, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalta-se o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“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”.

Assim, de rigor manutenção da condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Melhor sorte não merece o acusado com relação ao crime previsto no art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06.

A prática de tal crime restou evidenciada pelos depoimentos dos policiais, em ambas as fases processuais, e que são coesos e harmônicos, e estão de acordo com aqueles prestados na fase extrajudicial.

Acrescente-se, ainda, quanto a tal delito, a confissão do réu em ambas as fases da persecução penal, somada aos demais elementos colhidos nos autos, notadamente a prova oral produzida em juízo, que não deixa margens a dúvidas.

A confissão é circunstância atenuante genérica e meio de prova, sobretudo quando se mostra em consonância com a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, a lição de Fernando Capez, ao tratar do valor probante da confissão:

“(...) é por demais razoável que ao magistrado caberá apreciar a confissão efetivada em consonância com as demais provas produzidas, de sorte a buscar a formação de um juízo de certeza. A jurisprudência tem decidido que as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou pelos detalhes fornecidos, os quais não poderiam ter sido criados pela autoridade interrogante, e desde que corroborados com outros elementos de prova, ainda

que circunstanciais (nesse sentido: STF, DJU, 5 jun. 1992, p. 8430).”. (Curso de Processo Penal, Editora Saraiva, 17ª edição, p.414).

Portanto, não resta dúvida alguma que o acusado, de fato, praticou também o crime previsto na Lei de Armas.

A arma encontrada foi considerada eficaz (fls. 346/348), configurando, assim, o delito em tela.

No mais, ressalta-se que o crime do art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, é expresso: **portar**, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, **marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.**

A figura penal em apreço não exige o elemento subjetivo do dolo específico e é crime que não requer ocorrência de dano.

Ademais, os tipos penais contidos na Lei nº 10.826/03, que revogou a Lei nº 9.437/97, objetivam a garantia e a preservação do estado de segurança, a integridade corporal, a vida, a saúde e o patrimônio de todos os cidadãos, indefinidamente considerados, contra possíveis atos que os exponham a perigo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE
ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14
DA LEI 10.826/2003. ALEGADA AUSÊNCIA DE
POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA
DESMUNICIADA. ABSOLVIÇÃO.
INADMISSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO

ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO ALEGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- O posicionamento do Tribunal de origem está em perfeita harmonia com a jurisprudência pacificada nesta Corte Superior, no sentido de que **o crime descrito no art. 14 da Lei 10.826/2003 é de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social, sendo, portanto, irrelevante que a arma apreendida esteja desmuniada.**

- Resta justificado o aumento da pena-base, na primeira fase da dosimetria da pena, em razão da reincidência, ante a existência de condenação pela prática anterior dos delitos de tráfico e porte de arma, conforme FAC juntada aos autos da ação penal, salientando que o impetrante não juntou à presente impetração a referida FAC, não logrando comprovar sua alegação de inexistir condenação com trânsito em julgado.- Mantida a pena-base no patamar estipulado nas instâncias ordinárias e considerando a manutenção do reconhecimento da reincidência, fica prejudicado o pedido de readequação do regime prisional, bem como o pedido de substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos. Habeas corpus não conhecido. (HC 171829 / RJ. Ministra MARILZA MAYNARD. SEXTA TURMA. J. em 04/09/2014).

A simples realização de quaisquer das ações previstas no núcleo de um dos tipos penais contidos na lei basta para a

consumação do crime. É irrelevante qualquer avaliação subsequente sobre a ocorrência, no caso concreto, de efetivo perigo à coletividade, salvo se caracterizar delito mais grave.

Dessa forma, mantenho a condenação estabelecida na r. sentença.

Passo, então, a análise da **dosimetria das penas.**

Art. 33, caput da Lei nº 11.343/06

Na primeira fase, atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, e do art. 42, da *Lei de Drogas*, a r. sentença fixou a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, uma vez que “(...) o réu possuía entorpecentes de alto poder viciante e vulnerante, entre os quais crack, cocaína e K2 (conhecida como super maconha), esta última em grande quantidade (258 porções)”, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo, o que fica mantido, eis que bem justificado.

No caso em comento foram apreendidas **03 porções de crack**, pesando aproximadamente **5,42 gramas**, **25 porções de cocaína**, pesando aproximadamente **26,08 gramas**, **67 porções de maconha**, pesando aproximadamente **148,33 gramas**, e **258 papелotes de K2**, pesando aproximadamente **119,07 gramas**.

Na lição de Vicente Greco Filho², “No momento da aplicação do art. 59, preponderam as circunstâncias relativas à natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta do agente”.

² Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva.

E já se decidiu: “*No crime de tráfico de drogas, a quantidade e a variedade do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código penal, uma vez que, atendendo à finalidade da lei 6.368/76 (atual Lei n. 11.343/06), que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes*” (STJ, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). No mesmo sentido: STJ, HC 84.269-MS, 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na derradeira etapa, não houve modificações.

Art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/06

Na primeira fase, atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, a r. sentença fixou a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, uma vez que “*(...) a arma de fogo, não obstante a numeração suprimida, era de uso restrito e de calibre de alto poder lesivo (.40)*”, perfazendo *03 anos e 06 meses de reclusão, e 12 dias-multa*, no valor unitário mínimo, o que fica mantido, eis que bem justificado.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes, foi reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, pelo que a reprimenda retornou ao patamar mínimo legal de *03 anos de reclusão, e 10 dias-multa*, no valor unitário mínimo.

Na derradeira etapa, não houve modificações.

Concurso de crimes

Diante do concurso material de infrações, as penas foram somadas, perfazendo o montante final de *08 anos e 10 meses de reclusão, e 593 dias-multa*, no valor unitário mínimo.

Regime prisional

Quanto ao regime prisional inicial, a Defesa busca o mais brando.

Foi fixado regime inicial **fechado** na r. sentença, o que também fica mantido, eis que bem justificado: *“Para o início de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, fixo regime FECHADO, tendo em vista a pena fixada e a gravidade em concreto do delito, que consistia em manter em depósito considerável quantidade de entorpecentes de alto poder lesivo bem como arma de fogo, também de alto poder lesivo, com numeração suprimida por raspagem”*.

A própria quantidade de pena fixada impõe a fixação do regime prisional inicial fechado.

Pontua-se, ainda, que respeitados posicionamentos em sentido contrário, a meu ver, o único regime compatível com o crime de tráfico de drogas, sobretudo quando associado a outro crime grave [porte ilegal de arma de fogo de uso restrito], é o inicial **fechado**, justamente pela gravidade concreta existente. Isso porque, todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

Referindo-se ao regime inicial fechado, já se decidiu: *“(…) medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a*

conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto”⁴.

Sobre o tema, o C. STJ decidiu recentemente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) **4. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime inicial intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, autoriza a fixação do regime mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial fechado. Precedentes. (...) 6. Agravo regimental não provido.**

⁴ TJSP, 1ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária, Apelação n. 0097795-70.2011.8.26.0050, Des. Airton Vieira, j. 26.02.2015.

(STJ, AgRg no HC n. 905.390/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de **12/6/2024**) (g.n.)

E, ainda: “Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Pena-base no mínimo legal. Pena inferior a 8 anos. Quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas. Gravidade concreta do delito. **Regime fechado – art. 42 da Lei n. 11.343/06 e art. 33, § 3º, do Código Penal.** Constrangimento ilegal não evidenciado. Habeas corpus não conhecido. (...) 2. ... **a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal.** Habeas corpus não conhecido” (STJ – 5ª Turma – HC 313085/SP – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Dj. 21.6.2016 e DJE 28.6.2016). (grifei).

Da mesma forma, conforme decidido no v. acórdão nos autos n. 0037387-81.2012⁵, “a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, **bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006**, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei. Nesse sentido: STJ – HC 272.152/SP – rel. Min. Marilza Maynard – 6ª Turma – J. 10.12.2013. 013. No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza e expressivo número de estupefacientes apreendidos, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS – 6ª T. – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.10.2013; HC 222994/SP – 6ª T. – rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE – j. 24.10.2013; HC 278530/SP – 5ª T. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22.10.2013. Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Código Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua

⁵ TJSP – Relator Amaro Thomé, j. 12.05.2015.

conduta. O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico”.

No mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça de São Paulo, citando várias r. decisões do C. STJ:

“Conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados: HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 16.08.2012, HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e, por último, HC 283296/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28.05.2014” (TJSP - Apelação Criminal nº 1501038-82.2023.8.26.0481, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Euvaldo Chaib, j. 30.09.2024).

Neste caso concreto, como já consignado, a própria quantidade de pena ora fixada já impede, de plano, a alteração para o regime prisional mais brando. Ademais, as circunstâncias do caso concreto, conforme já mencionado acima, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

O tráfico de entorpecentes intranquiliza a população e

vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

A pena privativa de liberdade **não** foi substituída por restritivas de direitos, e com propriedade, eis que ausentes os requisitos legais.

No mais, o requerimento de detração penal nos moldes da nova redação penal conferida ao § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, não comporta acolhimento, cabendo melhor análise em sede de execução criminal.

O MM. Juízo “*ad quem*” não possui condições de efetuar a detração penal e submetê-lo a regime prisional menos gravoso do que aquele condizente com as condições em que os delitos foram cometidos e com as penas cominadas, posto que não reúne todas as informações referentes à situação carcerária do increpado.

Nestes termos, ressaltam-se julgados deste E. Tribunal de Justiça que bem analisaram a inovação legislativa:

“(…) inaplicável, no caso, o artigo 387, §2º, do Diploma Processual Penal, porquanto inexistentes nos autos quaisquer informações hábeis a respaldar não só a real situação processual do acusado, como um todo, mas, também, o requisito subjetivo indispensável à estipulação de regime diverso do ora imposto, já que se trata, ainda que de maneira oblíqua, de verdadeira e inoportuna progressão.” (14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº0050820-50.2011.8.26.0224, Rel. Des. Fernando Torres Garcia, julgado em 25.04.2013). “(…) Ressalta-se, ainda que o novo dispositivo, não estabeleceu que a detração devesse funcionar como alavanca automática

de progressão de regime, pois esta conta com requisitos legais objetivos (tempo de prisão) e subjetivos (bom comportamento) que devem ser analisados pelo Juízo da Execução. Ademais, é preciso lembrar, ainda, que a prisão cautelar eventualmente decretada não se confunde com a prisão em regime fechado, pois esta decorre de sentença condenatória. Assim, ao juiz do conhecimento não caberá análise de requisitos subjetivos para eventual progressão porque não se trata de concessão de nenhum benefício, senão de ajuste do tempo de pena já cumprido e cujo desconto apenas será antecipado, se favoráveis as circunstâncias judiciais do réu, como já referido anteriormente.” (2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº0016805-85.201.8.26.0602, Rel. Des. Alex Zilenovski, julgado em 22 de abril de 2013).

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a matéria preliminar e nego provimento ao recurso Defensivo**, mantendo íntegra a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ely Amioka

Relatora