



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000369102

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500182-04.2024.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante BRENO MARCELO CESARIO DIAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, deram provimento à apelação para i) reduzir a pena do réu para 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, (ii) abrandar o regime inicial de cumprimento de pena do semiaberto para o aberto e (iii) substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no valor de 01 salário-mínimo, a serem regulamentadas pelo r. Juízo das Execuções Criminais, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1500182-04.2024.8.26.0637

VOTO 30972

COMARCA: Tupã

JUÍZO DE ORIGEM: Vara Criminal

APELANTE: Breno Marcelo Cesario Dias

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Recurso de apelação interposto por Breno Marcelo Cesario Dias contra sentença que o condenou a 5 anos de reclusão em regime semiaberto e ao pagamento de 500 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. O réu recorre em liberdade e pleiteia a nulidade da busca domiciliar e, subsidiariamente, a reforma da dosimetria da pena.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a nulidade da entrada dos agentes policiais no imóvel, alegando violação da inviolabilidade de domicílio; (ii) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06; (iii) o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e substituição por penas restritivas de direitos.

III. Razões de Decidir

3. Não há nulidade na busca domiciliar, pois o imóvel era abandonado e utilizado para tráfico, não sendo considerado residência do réu. Ademais, a entrada foi justificada por flagrante delito.

4. A pena foi reduzida com aplicação do tráfico privilegiado, pois o réu é primário, com bons antecedentes, sem indícios de dedicação a atividades criminosas. O regime inicial foi alterado para aberto e a pena substituída por restritivas de direitos.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido para reduzir a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, abrandar o regime inicial para aberto e substituir a pena por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Tese de julgamento: 1. A entrada em imóvel abandonado

não configura violação de domicílio em caso de flagrante delito. 2. A aplicação do tráfico privilegiado é cabível quando o réu é primário e possui bons antecedentes.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 5º, XI; Lei 11.343/06, art. 33, caput e §4º; CP, art. 33, §2º, alínea c; CP, art. 44.

Jurisprudência Citada:

STF, RE nº 603.616/RO, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, HC 202574 AgR, julgado em 17/08/2021.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação pelo réu **BRENO MARCELO CESARIO DIAS** contra a sentença (fls. 170/183) que julgou procedente a ação penal e a condenou à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, arbitrados no valor mínimo-unitário, como incurso no crime descrito no artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06.

Ao réu foi facultado o direito de recorrer em liberdade (fl. 181).

Preliminarmente, requer (fls. 195/204) que seja reconhecida a nulidade do ingresso dos agentes policiais no imóvel em que foi registrada a ocorrência, sob argumento de que foi realizada em procedimento irregular e conflitante com as normas constitucionais que preveem a inviolabilidade de domicílio.

Subsidiariamente, em caso de manutenção da condenação, requer a reforma da sentença, em relação a dosimetria da pena, para determinar a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 211/214), a I. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 224/229).

É o relatório.

Preliminarmente, consigne-se que não se vislumbra qualquer vício na suposta “busca domiciliar” realizada pelos policiais militares que resultou na elucidação da materialidade do crime, tampouco nas demais provas incriminatórias, haja vista que todas as diligências foram promovidas nos devidos moldes da lei.

Consigne-se que o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, em defesa do direito à intimidade, prevê que “*a casa é asilo inviolável do indivíduo*,”

ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”.

No caso em análise, todavia, extrai-se do conjunto probatório que os agentes policiais adentraram imóvel abandonado, utilizando por traficâncias para a prática de ilícitos, sendo certo que o local em questão, por óbvio, não pode ser considerado residência do réu para fins de reconhecimento de sua inviolabilidade.

Ouvido em Juízo, *Guilherme Alves Valentin*, policial militar, declarou que, na data dos fatos, durante patrulhamento em via pública, **avistou o réu ingressando em residência desabitada, conhecida como ponto de venda de drogas**. Narrou que, nesse contexto, adentrou no local e surpreendeu o réu, oportunidade em que foram localizadas porções entorpecentes em sua posse, tendo o réu confessado a prática delitiva, aduzindo que utilizada o imóvel para armazenar drogas.

No mesmo sentido se deu o depoimento do policial militar *Jesimel dos Santos*.

Não obstante, ainda que se fosse considerar o imóvel abandonado como residência do réu, este se encontrava em evidente estado flagrancial de crime permanente de tráfico, já que se encontrava, **em posse de uma sacola contendo entorpecentes e que adentrou imóvel abandonado justamente para tentar se evadir da abordagem policial**, de maneira que a diligência prescindiria da prévia expedição de ordem judicial dada hipotética situação de flagrância, confirmada em sequência.

O contexto narrado denuncia a existência de evidência fática e contundente, apta a conduzir os agentes de segurança à delimitação de ocorrência de delito de natureza permanente, de modo que, repita-se, ainda que se pudesse considerar o local abandonado como domicílio do réu, não haveria que se falar em violação ilegítima de domicílio.

Não é outro o entendimento delimitado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede repercussão geral, no julgamento do RE nº 603.616/RO, o qual, dando origem ao Tema de nº 280, estabeleceu que: *"A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em*

fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

Observa-se, à luz do exposto, que o lastro de circunstâncias objetivas, deram azo à fundada suspeita de ocorrência de delito, não havendo, portanto, que se falar em nulidade da busca domiciliar realizada pelos agentes de segurança, pois promovidas nos devidos ditames legais, à luz do art. 5º, inciso XI da Magna Carta e do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, afastada a preliminar de nulidade, passa-se à análise do mérito.

O apelo comporta provimento, nos termos das razões a seguir expostas.

Restou reconhecido em sentença que, no dia 06 de fevereiro de 2023, por volta das 09h00, na Rua Gorges de Oliveira Brito, nº 1215, CDHU João Paulo II, na cidade e comarca de Tupã/SP, o réu trazia consigo, com a finalidade de entregar a consumo de terceiros, 44 microtubos plásticos (eppendorf) contendo cocaína, com peso líquido de 11,43 gramas e 5 porções de maconha, com peso líquido de 5,94, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Encerrada a instrução, foram devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime imputado, dada a confissão do acusado, que foi corroborada pelos demais elementos probatórios.

Tanto assim que, no mérito, o apelante se insurge somente contra a dosimetria da pena aplicada, **e com razão.**

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em fração 1/6 superior ao mínimo-legal, em razão da natureza da droga apreendida (cocaína).

Em que pese as motivações aduzidas pelo D. Juízo *a quo*, demonstra-se incabível a valoração da circunstância judicial em disputa.

O tipo de entorpecente apreendido, embora nocivo, é aquele comumente comercializado e usualmente apreendido em ocorrências da espécie, já tendo sido considerado para reconhecer a prática delituosa, não merecendo valoração específica.

Nesse sentido, deve a pena-base ser fixada no patamar mínimo-legal, qual seja 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes, reconheceu-se, de maneira acertada, a incidência das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa, retornando, desta maneira, a pena ao patamar mínimo-legal, com fulcro no entendimento fixado pela referida corte superior e materializado em sua Súmula nº 231¹, que impede a fixação da pena intermediária aquém do patamar mínimo ordenado pelo tipo penal.

Fica, portanto, a pena intermediária mantida em 05 anos de reclusão e no pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento, deixou-se de aplicar o redutor do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, sob argumento de que existem indícios de que o réu se dedica à atividades criminosas *“uma vez que ostenta antecedentes infracionais análogos ao tráfico e, inclusive, cumpriu vários tipos de medidas socioeducativas”* e *“Conquanto tais feitos da Vara da Infância e Juventude não permitam a valoração negativa na primeira fase da dosimetria ou signifiquem reincidência (arts. 59 e 64 do Código Penal), são dados empíricos idôneos para afastar a minorante, porquanto comprovam a dedicação às atividades espúrias”* (fl. 178).

No que diz respeito ao afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas, se insurgiu a ré requerendo, **com razão**, a aplicação do privilégio.

Para efeito de aplicação da referida minorante, o condenado deve preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos legais: (I) ser primário; (II) ostentar bons antecedentes; (III) não se dedicar a atividades criminosas; e (IV) não integrar organização criminosa.

Nota-se que o réu é primário e não ostenta maus antecedentes, bem como não existem, nos autos, circunstâncias concretas aptas a indicar que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal conta com entendimento

¹ Súmula 231: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

no sentido de que a prática de atos infracionais pelo réu não impede o reconhecimento de tal benefício, não havendo óbice a sua concessão no presente caso.

Nesse sentido:

(...) 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 3. Na linha dos precedentes desta Colenda Turma a menção a atos infracionais praticados pelo agente não consiste fundamentação idônea para afastar a minorante em exame. Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico. (...) (STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021).

Ademais, ao longo da instrução probatória, o *Parquet* não apresentou quaisquer elementos probatórios que indicassem a relação habitual do réu com atividades criminosas.

Com efeito, sendo o réu primário e portador de bons antecedentes criminais, e ausentes quaisquer indícios probatórios de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, determina-se a aplicação do benefício do tráfico privilegiado na fração máxima prevista em lei, resultado em diminuição no patamar de 2/3, posto que as circunstâncias concretas dos fatos não indicam a existência de contexto especial que justifique redução da fração aplicada.

Nesse sentido, **resulta a pena definitiva no *quantum* de 01 ano e 08 meses de reclusão e no pagamento de 166 dias-multa, arbitrados no valor mínimo-unitário.**

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, embora tenha o D. Juízo a quo fixado o regime semiaberto, pelo *quantum* da pena agora imposta, primariedade do réu e ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é o caso de fixação do regime aberto como inicial de cumprimento da reprimenda, nos termos do

art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal².

Presentes os requisitos legais (CP, art. 44), conforme requerimento do recorrente, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, a serem regulamentadas pelo r. Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **REJEITADA A PRELIMINAR, DÁ-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO para i) reduzir a pena do réu para 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, (ii) abrandar o regime inicial de cumprimento de pena do semiaberto para o aberto e (iii) substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no valor de 01 salário-mínimo, a serem regulamentadas pelo r. Juízo das Execuções Criminais, mantida, no mais, a r. sentença.**

-

Após o trânsito em julgado, expeça-se o necessário.

RENATO GENZANI FILHO

Relator

² Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

[...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.