



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000371706

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501320-70.2024.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante JEAN HENRIQUE GUIMARÃES DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso, rejeitaram as preliminares e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento, para: a) reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/6); b) reduzir a fração de aumento imposta na segunda fase da dosimetria (1/6) c) readequar a pena ao final imposta para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 680 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 15 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 9928

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1501320-70.2024.8.26.0066

Apelante: Jean Henrique Guimarães dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.
ILICITUDE PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO DE
DOMICÍLIO. PLEITO OBJETIVANDO A
APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE PROBATÓRIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO
POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PEDIDO DE
ABRANDAMENTO DA SANÇÃO PENAL IMPOSTA.
IMPROVIMENTO.

I. DO CASO EM EXAME.

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Jean Henrique Guimarães dos Santos, contra a r. sentença que o condenou à pena de 08 anos, 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 833 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput* Lei n. 11.343/06. Preliminar de violação de domicílio. Alegada Teoria da Perda de uma Chance Probatória. Pleito recursal que proclama pela absolvição do acusado por insuficiência de prova. Pedidos subsidiários de adequação da sanção penal imposta.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Policiais militares que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, obtiveram informações de que o acusado exercia a gerência do tráfico e vendia entorpecentes em sua residência. No local dos fatos, o acusado foi surpreendido pelos agentes de segurança quando saía de sua casa em poder de uma sacola, que foi jogada ao chão quando ele notou a presença de policiais. Fuga na sequência para o interior do imóvel. Abordagem. Busca domiciliar. Em um dos cômodos da residência foram apreendidas 387 porções de cocaína, meio tijolo de maconha, comprimidos de LSD, dinheiro em espécie e diversos objetos ligados ao tráfico. Na sacola descartada, os policiais encontraram outras 27 porções de cocaína, semelhantes às localizadas

na residência.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

3. Preliminar. Ilicitude probatória. Violação à garantia da inviolabilidade domiciliar. Ilicitude probatória não configurada. Diligência policial que foi precedida de informações dando conta da prática do tráfico no local dos fatos. Réu divisado na varanda do imóvel, momento em que, ao constatar a presença dos policiais militares, dispensou a sacola e correu para o interior do imóvel. Ingresso domiciliar. Localização de grande quantidade de drogas, além de petrechos relacionados ao tráfico. Quadro de justa causa que permitia a abordagem e o ingresso na residência, independentemente de autorização judicial. Violação da garantia da inviolabilidade domiciliar não evidenciada. Precedentes.

4. Pleito objetivando a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória. A teoria da perda de uma chance probatória fundamenta-se na aferição de liame causal entre a omissão na produção da prova e o prejuízo irrogado à defesa, à luz da presunção legítima de que o elemento probatório preterido possuiria aptidão para influenciar, de forma substancial, o conjunto probatório dos autos. Tese da defesa que aponta omissão na produção de prova que poderia demonstrar a ausência de justa causa para ingresso na residência do acusado e de sua abordagem. Pedido de expedição de ofício aos comércios estabelecidos nas imediações do local dos fatos para obtenção de informações acerca do uso de câmeras de monitoramento, com a apresentação das respectivas gravações. Pedido formulado na fase do art. 402 do CPP. Descabimento. Providência que poderia ter sido requerida pela defesa quando da apresentação da resposta escrita, momento processual adequado para a apresentação de todos os requerimentos probatórios. Questão controvertida que não surgiu ao longo da atividade instrutória. Preclusão. Prova impertinente. Ausência de qualquer certeza quanto a existência sistema de monitoramento nos estabelecimentos comerciais localizados na imediações dos local dos fatos.

5. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos policiais militares indicando a detenção em flagrante do acusado em poder de grande quantidade e variedade de drogas. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Alegação de que os policiais

teriam invadido a residência do réu atribuindo-lhe falsamente a propriedade das drogas que não restou comprovada. Versão contraditória apresentada, pelo acusado.

6. Da dosimetria. 6.1. Pena-base fixada acima do limite mínimo diante da quantidade e da natureza dos entorpecentes. Apreensão de maconha, cocaína e droga sintética (MDA). Circunstância preponderante à luz do art. 42 da Lei de Drogas. Adequação da fração de aumento. 6.2. Agravante da reincidência corretamente reconhecida. Readequação da fração de aumento para 1/6. 6.3 Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas. Réu reincidente. 6.4 Manutenção do regime inicial fechado. 6.5 Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade.

IV. DISPOSITIVO

7. Recurso conhecido, preliminares afastadas e, no mérito, improvido.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: CF/1988, art. 5º, XI e LVI. CPP, art. 157, caput e §1º. Lei n. 11.343/06, art. 33, caput. STJ, HC 525.772/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 17/10/2019. STJ, HC 829.723-PR, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, j. 12/12/2023.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **JEAN HENRIQUE GUIMARÃES DOS SANTOS**, contra a r. sentença proferida pela **MMª. Juíza de Direito Fernanda Martins Perpetuo de Lima Vazquez, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos**, que o condenou à pena de 8 anos, 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 833 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 287/305).

Em razões recursais a defesa pugna, em preliminar, pela absolvição do acusado, invocando a ilicitude probatória, em decorrência da violação à garantia da inviolabilidade domiciliar. Ainda, preliminarmente, invoca a teoria da perda de uma chance probatória, porquanto, na fase do art. 402, foi indeferido pedido de diligência

que poderia demonstrar ausência de justa causa para a abordagem e busca domiciliar. No mérito, sustenta que as provas produzidas são insuficientes para fundamentar o édito condenatório. Subsidiariamente, pleiteia pelo abrandamento da sanção penal imposta (287/305).

Contrarrazoado o recurso (fls. 308/315), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 339/343).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

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

2. Da apelação interposta pela defesa do réu

2.1. Breve síntese dos fatos

O réu foi denunciado e processado como incurso no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, porque, no dia 11 de junho de 2024, por volta das 23h15, na rua Paraíba, n.º 121, bairro São Judas Tadeu – Dom Bosco, nesta cidade e comarca Barretos, trazia consigo e tinha em depósito, 414 porções de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos, com peso bruto aproximado de 407 gramas; 1 porção de maconha, na forma de tijolo, com peso bruto aproximado de 284 gramas; e 5

comprimidos de LSD, com peso bruto aproximado de 0.4 grama, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado, o acusado tinha em depósito e trazia consigo, entorpecentes destinados à comercialização, no local dos fatos, onde foi surpreendido por policiais militares que, para lá se deslocaram, após receberem informações de que ali ocorria grande movimentação de pessoas relacionada à traficância. Uma vez no palco dos acontecimentos, os agentes de segurança se depararam com o réu, saindo de sua residência, portando uma sacola, o qual, ao notar a presença dos policiais, jogou o objeto ao chão e correu para o interior de sua casa. Nesse contexto, os agentes públicos, foram ao encalço do acusado e o abordaram no interior de sua residência, sendo necessário o uso de força física para conter o réu. Segundo narrado na inicial acusatória, em um dos cômodos do imóvel os policiais encontraram um indivíduo, que se identificou pelo nome de Gustavo, o qual afirmou que ali estava para consumir maconha, na companhia do acusado. Nesse quarto, pertencente ao acusado, foram localizados, sobre uma cômoda, 387 porções de cocaína, ½ (meio) tijolo de maconha, 05 comprimidos de LSD, além de R\$ 749,00 (setecentos e quarenta e nove reais) em espécie, e diversos petrechos relacionados ao tráfico - duas peneiras de plástico, um ralo e um rolo de plástico filme - e um telefone celular. Ato contínuo, os policiais, retornaram ao local onde o réu havia dispensado a sacola e encontraram, em seu interior, 27 porções de cocaína, idênticas àquelas encontradas no interior do imóvel.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 64/69). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

2.2. Da prova oral produzida

Em juízo, o policial civil Uewerton Ferreira Da Silva, responsável pela prisão em flagrante do réu, confirmou os relatos apresentados em sede preliminar. Obtiveram informações dando conta de que, o acusado além de ser o

gerente do tráfico no Bairro Dom Bosco, comercializava entorpecentes em sua residência. No dia dos fatos, foram abordados pelo pai de um usuário de drogas segundo o qual o seu filho acabara de deixar o local dos fatos, após ter adquirido drogas. Disse que as denúncias descreviam o *modus operandi* do acusado, o qual deixava portão do imóvel aberto para facilitar o comércio. Assim, os usuários, ao chegarem ao local, adentravam o imóvel, adquiriam a droga e saíam. Uma vez no local, os policiais divisaram o portão aberto sendo que o acusado estava na varanda. Este, ao notar a presença da guarnição, se desfez de uma sacola, e correu para o interior do imóvel. Diante daquela cena, os policiais ingressaram na casa, e, em um cômodo localizaram 387 papelotes de cocaína, 5 comprimidos de droga sintética e meio tijolo de maconha, além de petrechos relacionados ao tráfico e dinheiro em espécie. Posteriormente, apreenderam a sacola que o réu havia dispensado. Em seu interior encontraram outros 27 papelotes de cocaína.

No mesmo sentido convergiram os relatos do policial Matheus Ramos da Silva, ouvido em ambas as fazes da persecução penal.

Sob o crivo do contraditório, o informante Gustavo dos Santos, amigo do acusado, disse que estava no local dos fatos. Confirmou que as drogas apreendidas estavam na residência do acusado e que este assumiu a propriedade dos entorpecentes.

Em solo policial, o acusado confessou os fatos. Confirmou a propriedade dos entorpecentes encontrados em sua residência. Asseverou que era responsável por repassar as drogas para que terceiros as revendessem aos usuários.

Interrogado em juízo, alterou sua narrativa. Rechaçou a propriedade das drogas encontradas na sua casa. Negou a condição de traficante. Disse que estava em sua casa no dia dos fatos, quando os policiais ali ingressaram e o detiveram, falsamente lhe imputando a propriedade das drogas apreendidas.

2.3. Da alegação de ilicitude probatória

2.3.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

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

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

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

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

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

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

ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

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

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

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

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

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

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

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

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer

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

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

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

disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

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

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

2.3.2. Da garantia da inviolabilidade de domicílio

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

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

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

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

2.3.3. Da hipótese dos autos

Como é sabido, o tráfico de drogas tem caráter permanente o que permite a prisão em flagrante enquanto realizadas as condutas previstas no tipo penal. Neste caso, o estado de flagrância dispensaria o consentimento do morador ou mesmo a prévia ordem judicial para ingresso forçado no domicílio. De qualquer modo, o ingresso, para que possa ser qualificado como legal, deve vir estruturado em um quadro de justa causa indicativo da provável situação flagrancial. Ou seja, a

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

situação de flagrante deve ser indicada pelas circunstâncias fáticas, sob pena de se admitir que invasões arbitrárias possam ser tomadas, sacrificando-se a garantia constitucional. Exige-se, dessa forma, que os elementos fáticos anteriores ao ingresso no domicílio permitam inferir, com o mínimo de razoabilidade, a existência de situação de flagrante a excepcionar a exigência de prévia ordem judicial.

No caso dos autos, as provas produzidas revelam que, policiais militares obtiveram informações prévias de que o réu exercia a gerência da traficância, bem como o próprio comércio do drogas. No dia dos acontecimentos, receberam nova denúncia, ofertada pelo genitor de um usuário, o qual informou que seu filho acabara de deixar a casa do acusado, onde havia adquirido entorpecentes. Havia denúncia descrevendo o *modus operandi* utilizado pelo réu. Conforme apurado, o portão da casa ficava aberto, facilitando, assim, o ingresso e saída de usuários. Uma vez no local dos fatos, os policiais divisaram o portão do imóvel aberto e o acusado na varanda, portando uma sacola. Ao notar a aproximação dos policiais, o réu dispensou a sacola e correu para o interior da casa. A cena despertou fundadas suspeitas quanto à veracidade das informações precisas e detalhadas que já haviam sido anteriormente fornecidas (fls. 17/18). Nessa quadratura, havia um quadro de justa causa que permitia o prosseguimento das diligências com a incursão na residência, independentemente de qualquer autorização do morador. Trata-se, aliás, de questão já enfrentada pela jurisprudência:

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

(...)

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

1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017). 3. Na espécie, a fuga de suspeitos em direção à residência, os quais possuíam em depósito quantidade significativa de substância entorpecente (142,3g de crack e 287g de maconha), e as informações no sentido de que um dos pacientes controlava o tráfico de drogas na região, legitimou a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial.

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

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

2.3. Da alegação da perda de uma chance probatória

A defesa invoca a tese da perda de uma chance probatória, porquanto não foi produzida prova que poderia demonstrar a ausência de justa causa para ingresso na residência do acusado e sua abordagem. Nesse sentido requereu, a expedição de ofícios aos comércios estabelecidos nas imediações do local dos fatos para que informassem se possuíam câmeras de monitoramento, e, caso as tivessem, apresentassem as respectivas imagens.

Razão não lhe assiste, contudo.

Como é sabido a teoria da perda de uma chance probatória assenta-se na verificação do liame causal entre a omissão na produção da prova e o gravame imposto à defesa, considerando a presunção legítima de que referida prova poderia influenciar de maneira determinante o acervo probatório. Nesse sentido:

Aplica-se a teoria da perda de uma chance probatória na hipótese em que, injustificadamente, a acusação deixa de produzir prova que poderia comprovar a tese defensiva ou colocar o réu a salvo de quaisquer dúvidas em relação à versão acusatória.

STJ. 6ª Turma. HC 829.723-PR, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, julgado em 12/12/2023 (Info 17 – Edição Extraordinária).

Pelo que se depreende dos autos, na fase do art. 402 do CPP, a defesa requereu a expedição de ofício com fins a obter cópia de eventuais filmagens captadas por câmeras de monitoramento instaladas em estabelecimentos comerciais localizados nas imediações do local dos fatos. O Ministério Público manifestou-se contrariamente ao pedido. A autoridade judiciária indeferiu a diligência requerida, destacando que, em virtude do lapso temporal entre a data dos fatos e o momento do pedido, por certo eventuais imagens não mais estariam armazenadas.

Como é assente, o momento adequado para a proposição probatória, pela defesa, deve coincidir com a apresentação da resposta escrita prevista no artigo 396-A do Código de Processo Penal. De fato é naquele momento processual que a defesa técnica deve especificar todas as provas que pretende ver produzidas ao longo da instrução. Eventuais diligências complementares poderão ser requeridas em momento posterior como disciplina o artigo 402 do mesmo diploma processual, desde que a necessidade se origine de circunstâncias ou de fatos apurados no curso da instrução. Em ambas as hipóteses, a proposição não implica deferimento automático. O requerimento submete-se ao juízo de admissibilidade probatória orientado pelos critérios de licitude, pertinência e relevância.

No caso dos autos, o requerimento para obtenção de eventuais imagens poderia ter sido apresentado quando da resposta escrita. A omissão indica a preclusão probatória, sobretudo porque a questão controvertida não surgiu da prova produzida em contraditório. De qualquer modo, a autoridade judiciária destacou a impertinência da medida, em razão do tempo decorrido. Nesse sentido, corretamente destacou o fato de os registros permanecerem por pouco tempo armazenados pelos sistemas de segurança. De mais a mais, o próprio acusado alegou absoluto desconhecimento quanto à existência de eventuais imagens gravadas. Por outro lado, as circunstâncias que cercaram a abordagem foram suficientemente esclarecidas pela prova oral, não sendo cabível qualquer aplicação da teoria da perda da chance probatória. Nesse sentido:

[...]

In casu, considerando que o órgão acusador apresentou todas as provas necessárias e contundentes, capazes de embasar a condenação, cabe à defesa comprovar as alegações contrárias, de acordo com a regra prevista no artigo 156 do CPP, do ônus do qual não se desincumbiu. Logo, não se pode cogitar de fragilidade de provas, ou de aplicação da teoria de perda de uma chance probatória, impondo-se a condenação, porquanto comprovado, de forma incontroversa, a prática dos injustos a ele imputados.

[...]

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator (HC n. 942.036, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJEN de DJEN 11/12/2024.)

Direito penal. Apelação criminal. Roubo qualificado. Recurso defensivo desprovido. I. Caso em exame 1. Apelação criminal contra sentença que condenou os réus às penas de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa, por infração ao artigo 157, §2º, II, do CP. II. Questão em discussão 2. As questões em discussão são: (i) absolvição dos apelantes, (ii) reconhecimento da forma tentada do delito. III. Razões de decidir 3. Materialidade e autoria comprovadas. Prova robusta. Depoimentos dos policiais coerentes e coesos. Ausência de reconhecimento que não prejudicou juízo de culpa. Dinâmica do roubo precisamente relatada. Confirmação, pelos policiais, das circunstâncias do flagrante e de que a vítima reconheceu os acusados com absoluta certeza, instantes após o roubo. **Inaplicável a teoria da perda de uma chance probatória, porquanto a condenação está fundada nos depoimentos judiciais prestados pelos agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante e nas declarações prestadas pela vítima na fase inquisitorial. Conjunto probatório amplamente desfavorável e suficiente para sustentar a condenação.** 4. Incabível o reconhecimento da tentativa. Configurada a inversão da posse, nos termos da súmula 582 do E. STJ. IV. Dispositivo e tese 5. Recurso defensivo desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1512618-58.2024.8.26.0228; Relator (a): Ana Lucia Fernandes Queiroga; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/12/2024; Data de Registro: 06/12/2024)

Apelação. Tráfico de drogas. Mérito. **Materialidade e autoria comprovadas. Prova segura. Teoria da perda de uma chance probatória. Inaplicabilidade. Ausência de omissão Estatal. Condenações mantidas.** Dosimetria. Causa de aumento do envolvimento de adolescente. Afastamento de rigor. Adolescentes não detidos. Aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Réus reincidentes. Regime inicial

fechado mantido. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Impossibilidade. Recursos parcialmente providos. (TJSP; Apelação Criminal 1501206-85.2021.8.26.0568; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São João da Boa Vista - Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/04/2023; Data de Registro: 17/04/2023)

Rejeita-se, pois, a preliminar.

2.4. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, foram apreendidas as substâncias maconha, cocaína e LSD (fls. 17/18). O laudo de constatação, apurou sinais positivos para *cannabis sativa L* e cocaína (fls. 20/22). O resultado preliminar foi confirmado e complementado, ao final, com a juntada dos laudos de exame químico toxicológico definitivos, o qual, também foi positivo para a substância MDA (Alfa-Metil-3,4-(Metilenodioxi) Fenetilamina. Destarte, a prova técnica apontou que foram apreendidos na posse do acusado, 414 porções de cocaína, com massa líquida de 104,3, 1 porção de maconha, na forma de tijolo, com massa líquida de 274,5 gramas e 5 comprimidos de MDA (Alfa-Metil-3,4-(Metilenodioxi) Fenetilamina, com massa líquida de 2.360 gramas (fls. 89/96).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação do réu com as substâncias entorpecentes encontradas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os policiais militares Uewerton e Gustavo apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Receberam informações que apontavam a residência do acusado como local de prática do tráfico. Uma vez no local, encontraram o portão da casa aberto e o réu na varanda da residência. Este, ao divisar os policiais, jogou uma sacola ao solo e correu para o interior de sua residência. Diante das evidências de flagrante delito, ingressaram no imóvel onde apreenderam porções de cocaína, maconha, comprimidos de entorpecente sintético, numerário em dinheiro, telefone celular e petrechos relacionados à traficância.

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

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

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

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

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

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

De mais a mais, o informante Gustavo, ouvido em ambas as fases da persecução penal, afirmou que as drogas apreendidas no dia dos acontecimentos, foram localizadas no local dos fatos.

Por outro lado, a narrativa do acusado não se sustenta, porquanto marcada pela contradição. Em solo policial, confessou a traficância, aduzindo que a droga apreendida em sua casa lhe pertencia e que exercia a gerência do tráfico naquele bairro. Em juízo, contudo, apresentou versão diametralmente oposta, negando os fatos, asseverando que não havia drogas em sua casa e que a propriedade dos entorpecentes lhe foi falsamente atribuída pelos policiais militares. Nesse cenário, além de contraditória, a versão do réu não soa verossímil, e não resiste quando confrontada com os relatos coerentes apresentados pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Afinal, não veio acompanhada de qualquer elemento de convicção que sustentasse, minimamente, aquela narrativa. Trata-se de acusação grave, que não poderia ser acolhida sem que houvesse algum fundamento que conferisse o mínimo de plausibilidade. Não há, nesse sentido, qualquer elemento que demonstre a má intenção dos policiais militares em acusar falsamente o réu por tão grave crime. A bem da verdade, a narrativa do réu não resiste quando confrontada com os relatos coerentes apresentados pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação.

A condenação foi a medida correta.

2.5. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença

Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade, a natureza, a diversidade, a forma de acondicionamento, os petrechos localizados, a dinâmica delitiva e, por fim, os relatos ofertados pelos policiais civis, tornam indubitosa a destinação comercial.

Por outro lado, o fato de não ter sido flagrado executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é

possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo artigo 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria posse das substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. (...)

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

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

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

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

5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

3. Da dosimetria penal

Na primeira etapa, a i. Magistrada aplicou a pena base acima do mínimo legal com o acréscimo de $\frac{1}{4}$. O aumento foi justificado em razão da diversidade e quantidade das drogas apreendidas.

Com efeito, a exasperação da pena em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas obedece às diretrizes traçadas na Lei de Drogas, que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). De fato, foram apreendidas 414 porções de cocaína, com massa líquida de 104,3 gramas, 1 tijolo de maconha, com massa líquida de 274.5 gramas e 5 comprimidos de MDA (Alfa-Metil-3,4-(Metilenodioxi)Fenetilamina) com massa líquida de 2.360 gramas. Além dos entorpecentes, foram localizados petrechos relacionados ao tráfico, consistente em 2.000 microtubos vazios, peneiras e raladores.

O aumento aplicado, contudo, no importe de $\frac{1}{4}$, se mostra exagerado. Tratando-se de uma circunstância judicial desfavorável, readéquo a fração de aumento para $\frac{1}{6}$. Fixa-se, assim, a basilar em 5 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase, reconheceu-se a agravante da reincidência, exasperando-se a reprimenda em $\frac{1}{3}$. Para tanto foi considerada a condenação proferida no processo-crime 1500488-13.2019.8.26.0066 (tráfico) outrora em trâmite perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, que teve o trânsito em julgado para o Ministério Público em 02 de julho de 2020 e para a defasa em 22 de julho de 2020 (fls. 32).

O reconhecimento da agravante foi correto. Todavia, a fração aplicada mostrou-se exagerada, sobretudo em vista da presença de uma única circunstância

agravante. Desse modo, aplico a fração de 1/6, obtendo-se a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 680 dias-multa.

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

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

[...]

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

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

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

Dessa forma, extrai-se que a pena do paciente foi agravada em

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

(STJ - HC n. 393.709/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017, grifei).

Da mesma forma:

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

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

"[...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento"

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

A autoridade judiciária fixou o regime inicial fechado para o

cumprimento da pena. De fato, a reincidência somada ao *quantum* da pena imposta, afastaram a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando. Não há violação do princípio da proporcionalidade. É a resposta punitiva adequada a se considerar a maior reprovabilidade que comportam os fatos.

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

Ademais, agiu bem o i. Magistrado em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso, rejeito as preliminares e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, para: a) reduzir a fração de aumento utilizada na primeira fase da dosimetria (1/6); b) reduzir a fração de aumento imposta na segunda fase da dosimetria (1/6) c) readequar a pena ao final imposta para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 680 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.**

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida.

Marcos Zilli
Relator