



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000388659

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509959-49.2023.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante CLEITON DA COSTA CORDEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente) E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.513.

APELAÇÃO Nº. 1509959-49.2023.8.26.0604.

**APELANTE: CLEITON DA COSTA CORDEIROAPELADO:
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

COMARCA: SUMARÉ (2ª VARA CRIMINAL).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria bem demonstradas e sequer questionadas – Quantidade, variedade e natureza de drogas apreendidas, aliados a relatos dos agentes de segurança, tais que potencializam a tese da Denúncia - Conjunto probatório apto a sustentar a condenação, prática de traficância configurada, sem margem para desclassificação para a figura do artigo 28, § 1º, da Lei específica. Condenação incensurável. Dosimetria – Pena base estabelecida acima do mínimo legal – Réu que ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes e maior culpabilidade em razão da variedade e perniciosidade das drogas) - Utilização de condenações definitivas diversas e sopesadas como maus antecedentes - Inocorrência de 'bis in idem' - Cálculo equivocado, em favor do apelante – Erro material na aplicação das penas – Ausência de impugnação ou reconhecimento judicial que tornaram a pena prevista na parte dispositiva como justa - Afronta ao princípio da 'ne reformatio in pejus' - Na segunda fase, reconhecida a reincidência, novo incremento na reprimenda - Fase final, ausentes causas de aumento e diminuição de pena - Afastado corretamente o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, réu reincidente, além da quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, a denotar alto comprometimento com o crime. Reconhecimento da semi-imputabilidade – Tese afastada - Não demonstrados pela Defesa indícios mínimos acerca da incapacidade do réu de entender o caráter ilícito da conduta. Regime fechado, proporcional e adequado, diante da gravidade intrínseca do crime. Vedadas benesses penais por critérios objetivos - Pena imposta que ultrapassa o limite de 04 anos (arts. 44 e 77, CP). Custódia cautelar

mantida ao réu, necessidade. Negado provimento ao Recurso.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por **CLEITON DA COSTA CORDEIRO** insurgindo-se contra a r. sentença de fls.273/281, que o condenou como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a pena de 07 (sete) anos de reclusão em regime inicial fechado e pagamento de 749 (setecentos e quarenta e nove) dias-multa, calculados no valor unitário mínimo; pelos fatos descritos na denúncia de fls.86/89, ocorridos no dia 04 de julho de 2023.

Inconformado com a r. Sentença, apelou o acusado (fls.282/292) requerendo em síntese, a desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas; pugna pelo reconhecimento da semi-imputabilidade; seja corrigida a dosimetria da pena para que os maus antecedentes e a reincidência não sejam considerados duas vezes gerando '*bis in idem*'.

Regularmente processado o recurso, com contrarrazões às fls. 308/311.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls.328/335, é pelo desprovimento do apelo defensivo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório do essencial.

Conforme registrado na denúncia (fls.86/89):

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 04 de julho de 2023, por volta das 23h00min, na R. Afonso Garcia Rodrigues, n. 20 – Vila Rebouças, neste Município e Comarca de Sumaré, CLEITON DA COSTA CORDEIRO, qualificado a fls. 05, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, drogas, consistentes em 21 (vinte e uma) porções de cocaína, 13 (treze) porções de cocaína, sob a forma de crack, e 26 (vinte e seis) porções de cannabis sativa l. (maconha), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 11/12, auto de constatação preliminar de fls. 13/14 e laudo pericial a ser oportunamente juntado aos autos.

Segundo apurado, o denunciado traficava drogas no local dos fatos e, para tanto, trazia consigo uma sacola com 13 (treze) porções de maconha, 13 (treze) pedras de crack e 21 (vinte e um) pinos com cocaína, bem como guardava, nas proximidades, outra sacola com 13 (treze) porções de maconha.

Em dado momento, o imputado notou a aproximação de guardas municipais em patrulhamento e demonstrou exacerbado nervosismo, dispensando a sacola com as drogas no chão.

Os agentes públicos abordaram o denunciado e apreenderam a sacola, dentro da qual, além dos entorpecentes, havia R\$ 43,00 (quarenta e

três reais), frutos da traficância. Realizadas buscas nas proximidades, os guardas encontraram a outra sacola com porções de maconha. Indagado informalmente, o denunciado confessou que estava traficando no local.

Em sede policial, o imputado permaneceu em silêncio (fls. 05), mas, pelas circunstâncias em que ocorreu a apreensão, notadamente, pela quantidade, variedade e forma como os entorpecentes estavam acondicionados, bem como considerando a apreensão de dinheiro e o teor dos depoimentos das testemunhas, é certo que as drogas apreendidas pertenciam ao increpado e eram destinadas ao tráfico.”

Passemos à análise, havendo arguição de preliminar.

Ab initio, observo que não houve insurgência quanto ao mérito, regime de cumprimento de pena e benesses legais, razão pela qual se tornaria despropositada a apreciação das matérias.

De qualquer forma, os elementos de convicção colhidos nos autos são suficientes a demonstrar a prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável a materialidade da infração penal evidenciada por meio do Auto de Prisão em Flagrante de fls. 01, Boletim de Ocorrência de fls.08/10, Auto de Exibição e Apreensão de fls.11/12, Auto de Constatação de fls.13/14, Fotografias de fls.47/50, Relatório Final de fls. 82/83, Laudo de Exame Químico-Toxicológico de fls. 110/112 e pelas demais provas coligidas nos autos.

A autoria é inconteste diante da prova reunida.

Enfim, demonstrado o fato e a necessidade de responsabilização da apelante, restando observar que a insurgência da Defesa é pela desclassificação da infração penal de traficância imputada para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, pelo reconhecimento da semi-imputabilidade e que seja corrigida a dosimetria da pena para que os maus antecedentes e a reincidência não sejam considerados duas vezes gerando '*bis in idem*', o que será objeto de apreciação adiante.

O conjunto dos elementos probatórios coligidos atestam, sem sombra de dúvidas, a autoria delitiva.

O crime de tráfico consuma-se pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, já consumou a infração. Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não seria 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.

Ressalto 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”.

Não há dúvidas, pois, de que as **substâncias periciadas** foram as mesmas apreendidas. Todos os procedimentos foram devidamente documentados, **não havendo qualquer mácula capaz de lançar dúvida sobre a perícia realizada**, restando no vazio os questionamentos no tocante a falta de potencialidade das drogas, até porque o próprio apelante fala em uso daquelas, de modo que atendia as necessidades dos usuários, com o poder viciante inerente.

Contudo, não apresentou explicações plausíveis ou convincentes para as circunstâncias descritas, nem forneceu provas ou testemunhas que corroborassem sua versão, configurando escusa isolada nos autos.

Situação flagrancial com apreensão de expressiva quantidade e variedade de entorpecentes de natureza deletéria em poder do réu que se dedicava a venda de drogas por hábito e meio de vida.

As circunstâncias da apreensão não se coadunam com a pretensão de desclassificação da conduta para a posse de entorpecente para uso próprio, **eis que portava a droga para fins de tráfico e claramente foi visto portando os entorpecentes para venda a outros indivíduos na via pública**, assim potencial de lucro alto, **com apreensão de dinheiro proveniente de mercancia ilícita**, indicativo de vendas de quantidades em dias diversos, não se tratando de iniciante no crime.

Assim, em que pese os argumentos da combativa Defesa,

constata-se que a prova oral, somada à apreensão de drogas durante a diligência, bem como as circunstâncias da abordagem, sendo o encontro das drogas e do dinheiro clara referência à comercialização dos entorpecentes, em verdade, a materialização da típica prática de traficância, elementos estes mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei Federal 11343/06.

À propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, § 3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I - Inicialmente, vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração. II - O eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões - com base nas provas carreadas aos autos - pelas quais concluiu pela manutenção da condenação da ora agravante quanto ao delito de tráfico de drogas, bem como pela impossibilidade de desclassificação da conduta. Destacou-se, outrossim, que os policiais afirmaram que "as Rés gritarem "marijuana" e presenciaram oferecerem, aos transeuntes, os doces confeccionados com maconha" (fl. 788), portanto, restando comprovado que a agravante e as corrés estavam na posse coletiva de material entorpecente, expondo-os à venda. III - Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. IV - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo eg. Tribunal a quo para absolver ou desclassificar a conduta da recorrente, como

pretende a Defesa, demandaria, necessariamente, o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 2160831 RJ 2022/0203986-0, Data de Julgamento: 07/02/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2023).

Como se constatou nos autos, o apelante, foi pilhado em situação flagrancial portando as drogas, além do dinheiro apreendido, revelando que se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*. Vê-se claramente que o réu é traficante de drogas, exercendo a atividade de forma habitual, tanto que ostenta condenações anteriores pelo mesmo delito.

Evidente o dolo direto da agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo legal, da Lei Federal 11.343/06, sendo a versão do apelante frágil e inconsistente ante os elementos de prova, notadamente dos depoimentos dos policiais que foram uníssonos, firmes e claros.

Qualquer incerteza deve ser sustentada por evidências substanciais, as quais estão ausentes no caso em questão.

Este entendimento, como já decidiu esta Egrégia 5ª Câmara de Direito Criminal, está refletido no precedente citado abaixo:

Tráfico de entorpecentes. Policiais militares em diligência pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico, que avistam o réu e ele, ao notá-los, dispensa um saco plástico e tenta fugir, em vão. Agentes públicos que conseguem deter o acusado e constatam que na sacola arremessada havia 13 porções de maconha e 6

porções de cocaína. Prova hábil à condenação. Relatos extrajudiciais dos policiais precisos e coerentes dando conta da responsabilidade do denunciado pelos fatos. Agentes públicos que confirmaram, em juízo, a veracidade dos depoimentos prestados em sede policial. Condenação de rigor, com a nota de que é inviável a desclassificação da conduta para o delito do artigo 28, da Lei de Drogas. Penas que não comportam reparo. Inviabilidade de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da reincidência. Substituição incompatível com a reincidência e o volume da pena. Regime fechado absolutamente necessário. Apelo improvido, afastada a preliminar de nulidade. (TJSP; Apelação Criminal 1500864-59.2020.8.26.0358; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mirassol - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/10/2023; Data de Registro: 24/10/2023). (grifei).

Inviável, diante da prova coligida, a desclassificação do crime praticado conforme pretendido pelo acusado, mesmo porque a defesa não fez prova de que as drogas eram, realmente, para o consumo único e exclusivo do réu, sendo certo por outro lado, mesmo sendo o acusado viciado, o fato não o isenta da responsabilidade no crime imputado na inicial acusatória, tendo em vista que a grande maioria das pessoas que se envolvem nesse tipo de delito, busca satisfazer seu próprio vício, recebendo como forma de pagamento pela mercancia ilícita que vem praticando. Portanto, a condição de usuário não exclui a de traficante.

No ponto:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CRIME DE CONDUTAS MÚLTIPLAS E FORMAL. TER EM DEPÓSITO.

CONDENAÇÃO. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 3. A revalorização dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 7 porções de maconha, pesando aproximadamente 900g, escondidas no telhado, balança de precisão e rolo de papel filme, além dos depoimentos dos policiais e da confirmação do próprio acusado acerca da aquisição de 1kg do referido entorpecente. Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 1624427 GO 2019/0348123-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 10/03/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2020). (grifei).

Nessa esteira, já se manifestou esta Corte: “*A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na*

hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP RJTJSP, 101/498).

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33 da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP- vol. 97, pág. 512 - Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470 - Des. Marco Antônio Cogan Data do julgamento: 06/02/2020).

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei Federal 11343/06, artigo 33, 'caput'), não havendo que se falar em desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei de Tóxicos, posto que não há dúvidas de que estava envolvido com o tráfico de entorpecentes.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, o Juízo de origem vislumbrou circunstância judicial desfavorável ao réu, por ostentar **maus antecedentes** (ações penais de n. 0000357-11.2015.8.26.0630 e 0013637-69.2011.8.26.0604, conforme

certidão de antecedentes de fls. 242/247, além da culpabilidade elevada em razão da variedade de drogas que trazia consigo (cocaína, crack e maconha), algumas delas com **alto potencial viciante** e extremamente perniciosas à saúde humana.

É a própria aplicação do art. 42 da Lei Antidrogas: *Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

Também não há que se falar em '*bis in idem*' na valoração dos antecedentes criminais na primeira e segunda fases da dosimetria como argumentado pela Defesa. A uma, porque incidem sobre fases distintas; a duas, porque os fatos considerados para caracterizar um e outro são diversos, não havendo que se falar em dupla punição.

A fundamentação é idônea na r. Sentença recorrida diante dos antecedentes do acusado, pois as condenações definitivas, ainda que sem eficácia para gerar a reincidência, não se apagam da vida pregressa do sentenciado, e, sem dúvida, são antecedentes que autorizam, com supedâneo no artigo 59 do Código Penal, a exasperação da pena-base.

O entendimento é de que se o réu possuir mais de uma condenação transitada em julgado, não há '*bis in idem*' por algumas delas serem consideradas como maus antecedentes, a exasperar a pena-base acima do mínimo legal, e que as outras sejam utilizadas para se reconhecer a reincidência, agravando, assim, a reprimenda na segunda fase do cálculo da pena. No caso, não se trata de valoração do mesmo fato em momentos distintos da fixação da pena.

A conclusão é correta, em nosso entendimento, nada a reparar, pena-base bem aplicada.

Pontua-se que a jurisprudência do C. STJ admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa dos maus antecedentes, bem como para configurar a agravante da reincidência na segunda fase do procedimento dosimétrico, desde que não ocorra *bis in idem*.

Este é o entendimento do C. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. REFORMATIO IN PEJUS. INOVAÇÃO RECURSAL. MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES DISTINTAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. MULTIREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. AUMENTO EM RAZÃO DE CONDENAÇÕES SOBRESSALENTES. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A alegação de que o Tribunal a quo teria incorrido em reformatio in pejus ao, supostamente, agregar fundamentos à sentença para rejeitar a compensação integral entre a reincidência e a confissão não é passível de conhecimento, por se tratar de inovação recursal. Ademais, "na apreciação de recurso de apelação exclusivo da defesa, a Corte estadual não está impedida de manter a sentença recorrida com base em fundamentação distinta da utilizada em primeira instância, desde que respeitados a imputação apresentada pelo titular da ação penal, a extensão cognitiva da sentença combatida e os

limites de pena impostos na origem" (AgRg no HC 562.074/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021). 2. Impossibilidade de, no caso em exame, proceder-se à compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, tendo em vista que o Agravante possui inúmeras condenações definitivas, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, permite a preponderância da circunstância agravante. Tratando-se de réu que ostenta múltiplas condenações transitadas em julgado, não há nenhuma ilegalidade em considerar-se algumas para fins de maus antecedentes e outras a título de reincidência. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AgRg no HC: 618899 SC 2020/0269315-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/04/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2022).

Assim, fixando a pena base na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, para cada circunstância judicial desfavorável, no caso, dois vetores negativos equivalente a 1/3 (um terço), estabelecida em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Aqui ressalta-se que o cálculo **incorreu em erro material**, posto que com a fração de aumento aplicada perfaz em verdade 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Sem recurso do legitimado, sequer embargos de declaração foram propostos quanto ao evidente erro na dosimetria, nada por ser modificado, forte no *“ne reformatio in pejus”*.

Na segunda fase, não reconhecida qualquer circunstância judicial

atenuante por valorar. Por outro lado, incide a circunstância judicial **agravante da reincidência** (ação penal nº 0003634-84.2022.8.26.0505 – fls.243), o que ensejou a elevação da pena intermediária na fração de 1/6 (um sexto), estabelecida em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 749 (setecentos e quarenta e nove) dias-multa.

Uma vez mais, benéfico ao réu diante do já apontado erro material descrito na primeira fase, posto que com o novo incremento nesta etapa a reprimenda importaria em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa.

Por isso, ainda que tenha havido o erro, sem nenhuma impugnação ministerial, tornou-se justa, de modo que sua modificação, na atual instância, representaria '*reformatio in pejus*'.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES CONFIGURANDO JUSTA CAUSA. VALIDADE DA PROVA. REFORMATIO IN PEJUS. AGRAVAMENTO DA PENA EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pela defesa visando à declaração de nulidade das provas obtidas por meio de busca domiciliar sem mandado judicial e

ao reconhecimento de nulidade pela ocorrência de reformatio in pejus, em razão do agravamento da pena no julgamento de recurso exclusivo da defesa. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. As questões centrais do recurso consistem em:(i) verificar a validade da busca domiciliar realizada sem mandado judicial, sob a alegação de ausência de fundadas razões que justificassem a diligência;(ii) examinar a ocorrência de reformatio in pejus no agravamento da pena do crime do art. 307 do Código Penal, em recurso exclusivo da defesa. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Conforme o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 280 (RE 603.616/RO), e pelo Superior Tribunal de Justiça, o ingresso em domicílio sem mandado judicial é válido apenas quando precedido de fundadas razões que indiquem a ocorrência de flagrante delito no interior da residência, de modo a justificar a mitigação da inviolabilidade domiciliar.

4. No caso concreto, os policiais obtiveram informações detalhadas sobre tráfico de drogas na residência do recorrente, realizaram campana no local e abordaram um usuário que confirmou a compra de drogas com o réu. A abordagem pessoal do acusado ao sair da residência também resultou na apreensão de drogas. Tais circunstâncias configuram justa causa para a busca domiciliar subsequente, conforme entendimento pacificado nesta Corte (AgRg no HC 827.262/MG, STJ).

5. Dessa forma, não se verifica ilegalidade na diligência, sendo válidas as provas obtidas na residência do recorrente.

6. Nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, é vedado ao Tribunal agravar a situação do réu em recurso exclusivo da defesa, ainda que sob o pretexto de corrigir erro material.

7. No caso em análise, o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, alterou a pena do crime previsto no art. 307 do Código Penal, agravando a situação do réu após o trânsito em julgado para a acusação. Tal procedimento configura reformatio in pejus, em contrariedade à jurisprudência desta Corte (AgRg no AREsp 1535016/GO, STJ).

8. Impõe-se, portanto, o restabelecimento da sentença no que tange à pena do art. 307 do Código Penal. IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA RESTABELECER A SENTENÇA, FIXANDO-SE A PENA DO CRIME DO ART. 307 DO CP EM 3 MESES DE DETENÇÃO. (REsp n. 2.145.945/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 23/12/2024).

Assim, a conclusão quanto à reprimenda deve ser mantida, com amplo favorecimento ao apelante.

Como dito, nada por modificar, ante ao conformismo do Legitimado, em se tratando de recurso exclusivo da Defesa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena (majorantes/minorantes).

Vale ressaltar que o Juízo de origem corretamente não reconheceu a causa especial de diminuição de pena, vez que não preenchidos os requisitos legais para a modalidade privilegiada, assim, deixando de aplicar o redutor previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

In casu, **trata-se de réu reincidente**, envolvendo-se novamente no mundo do crime, o que por si só, afasta a benesse. Ademais portava grande quantidade e variedade de porções de entorpecentes, acondicionados para entrega a usuários, demonstrando dedicar-se à comercialização de substâncias entorpecentes, logo não pode ser contemplado com a causa de diminuição.

Ainda na derradeira, não obstante o recorrente possa ser usuário de drogas ilícitas, é certo que, na oportunidade em que foi inquirido, ele não apresentou qualquer indicativo que revelasse estar com a sua capacidade cognitiva comprometida em razão do uso de entorpecentes. Pelo contrário, ele se revelou lúcido e eloquente, relatando sua versão dos fatos de forma concatenada e segura.

Não se deve olvidar que a alegação de ser o réu usuário de drogas ilícitas não se confunde com a dependência a substâncias entorpecentes.

Com efeito, o ilustre doutrinador Luiz Flávio Gomes preleciona que o vício “...*consiste no hábito ou consumo persistente da pessoa consumir droga (consumo irresistível), sem repercussão na sua capacidade de entendimento (imputável, portanto). Já a dependência pode alcançar o nível de doença mental ou retirar do agente a capacidade de tomar decisões, de entender e querer, ou seja, a sua autodeterminação (inimputável) quando sob o efeito da droga...*” (in “Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006” Alice Bianchini. [et al.] Luiz Flávio Gomes, coordenação 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 215/216).

Cumpre registrar o posicionamento do Col. STF sobre o tema, no sentido de que “...*a perícia é necessária: a) quando houver dúvida a respeito do poder de autodeterminação do acusado; b) quando houver evidência de que a conduta foi realizada em virtude de dependência do uso de substância entorpecente...*” (HC nº 70.268 1ª T. rel. Min. Celso de Mello - in DJU de 17-06-1994 pág. 15708); complementando que “...*o reconhecimento feito pelo próprio acusado de que é viciado não basta para que o Juiz ordene a*

realização do exame de dependência toxicológica, pois a própria Lei nº 6.368/76 não define em quais hipóteses será obrigatória a perícia, desde que justifique fundamentadamente suas razões...” (STF, HC 76.581-4-MG, 1ª T., j. 18-08-1998, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 13-11-1998, RT 761/523).

A instauração de incidente de verificação de dependência constitui providência do Juiz, desde que existam elementos indiciários a suportar o fato. E tal incorre na espécie, já que o apelante nada trouxe a informar dependência de forma a comprometer entendimento ou determinação.

Ademais, **a Defesa desistiu do incidente de insanidade (fls. 203)**, de forma que resta prejudicada a análise de circunstância excludente ou mitigadora da culpabilidade do réu.

Assim, não vislumbrado qualquer indício que possa suscitar dúvida acerca da higidez mental do denunciado ao tempo da prática criminosa e, em consequência, afetar sua culpabilidade. Com isso, **a tese da semi-imputabilidade é afastada.**

E, à mingua de quaisquer outros elementos modificadores, tornou-se a **pena definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 749 (setecentos e quarenta e nove) dias-multa, fixada no patamar unitário mínimo.**

Prosseguindo, **a r. sentença fixou regime inicial fechado**, opção justificada e não comporta reparo, posto que é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo, que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro

flagelo da sociedade hodiernamente.

Para o delito de tráfico de drogas, mormente de 'cocaína, crack e maconha' o envolvimento do réu, diante das circunstâncias dos fatos, com a mercancia ilícita é inconciliável com regime mais brando, dada a gravidade da situação, a quantidade, variedade e perniciosidade das drogas (em porções), exigindo repressão mais severa do Estado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela 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.

Além disso, o delito foi cometido por **reincidente**, eis que eleva sobremaneira a culpabilidade do acusado, que, malgrado já tenha sido perseguido pelo Estado, torna a delinquir, incidindo em prática idêntica, o que denota que, de fato, faz pouco da justiça e das consequências de seus atos perante a sociedade.

Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida. Por todos esses motivos, impõe-se o regime inicial fechado, mais gravoso, portanto, único apto a reprimir, e, principalmente ressocializar.

Da mesma forma, a natureza hedionda e as circunstâncias do crime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se revela socialmente recomendável. Aliás, já não seria cabível a substituição penal ante a elevada quantidade da pena, que ultrapassa o limite de 04 (quatro) anos previsto no art. 44 do Código Penal.

Assim, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sursis, vez que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

A manutenção da custódia cautelar se faz impor como medida de rigor.

Permanecem inalterados os motivos que ensejaram a custódia cautelar na origem, a qual não pode ser tornada insubsistente, subsistindo a necessidade de resguardar a ordem pública e não se obste a aplicação da lei penal, sobretudo em razão da superveniência de sentença condenatória pela prática de crime equiparado a hediondo, pelo que se recomenda-se o réu no cárcere em que se encontra preso, cabendo consignar ter a monocrática agido com acerto, até porque as medidas cautelares diversas da prisão seriam inoportunas e insuficientes.

Observe-se julgado desta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Pleito de concessão da liberdade provisória e aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere. Presença dos pressupostos da prisão processual. Imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2224344-27.2023.8.26.0000; Relator (a): Damião Cogan; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 06/10/2023; Data de Registro: 06/10/2023).

Finalizando, tendo sido enfrentadas todas as teses propostas, tem-se que as matérias estão prequestionadas.

Posto isso, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, subsistindo a r. sentença prolatada em seus termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator