



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000398287

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500486-49.2024.8.26.0557, da Comarca de Guaíra, em que é apelante MARCO ANTONIO DE SOUZA SEBASTIÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao apelo Defensivo, a fim de redimensionar a pena do réu para 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, mais 680 dias-multa, no mínimo legal. Mantém-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Comunique-se à VEC. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 25 de abril de 2025.

ELY AMIOKA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Voto nº 23.044

Apelação nº 1500486-49.2024.8.26.0557

Comarca: Guairá – 2ª Vara

Apelante: Marco Antônio de Souza Sebastião (preso)

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Recurso defensivo – buscando a absolvição por insuficiência probatória. Pleitos subsidiários pelo: a) afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; b) reconhecimento do “tráfico privilegiado”; c) fixação de regime inicial semiaberto; d) fixação da pena-base no mínimo legal; e e) substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Tráfico de drogas – Materialidade e autoria comprovadas – Prisão em flagrante – Réu que confessou a prática delitiva na Delegacia, alterando seu relato em Juízo – Policiais responsáveis pela ocorrência que bem esclareceram as circunstâncias da prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, bem como da apreensão das drogas – Apreensão de 24 porções de maconha, com peso líquido de 30,56g – Tráfico de drogas consumado – Desnecessidade de prova da mercancia, diante das diversas condutas previstas no artigo 33, da Lei de Drogas.

Causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06 bem reconhecida – Fatos que foram praticados nas imediações de uma escola e de uma praça – Majorante que possui caráter objetivo, sendo desnecessária a intenção do agente em atingir os frequentadores do local – Manutenção de rigor.

Dosimetria – Acolhimento do pleito defensivo, a fim de fixar a pena-base no mínimo legal – Circunstâncias apontadas pela r. sentença que não aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal – Na fase intermediária, a r. sentença reconheceu a circunstância agravante da reincidência – Na fase derradeira, consideração da causa de aumento (artigo 40, III, da Lei de Drogas) – Não cabimento da causa de diminuição de pena, por falta de amparo legal (acusado reincidente).

Regime inicial fechado mantido, eis que justificado.

Não cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de amparo legal.

Recurso Defensivo parcialmente provido, a fim de redimensionar a reprimenda.

Comunicação à VEC.

Ao relatório da r. sentença de fls. 200/208¹, prolatada pela MM^a. Juíza de Direito, Dra. Renata Carolina Nicodemos Andrade, ora adotado, acrescento que **Marco Antônio de Souza Sebastião** foi **condenado**, por incurso no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de **08 anos, 06 meses e 02 dias de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais 850 dias-multa, no mínimo legal.

Vedado o apelo em liberdade.

Não houve recurso Ministerial (certidão às fls. 260).

Inconformado, apelou o réu, buscando a absolvição por insuficiência probatória. Pleitos subsidiários pelo: **a)** afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; **b)** reconhecimento do “tráfico privilegiado”; **c)** fixação de regime inicial semiaberto; **d)** fixação da pena-base no mínimo legal; e **e)** substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 231/237).

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 245/248), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovemento** do apelo Defensivo (fls. 272/279).

É o relatório.

Consta da denúncia, e de seu aditamento, que, no dia 6 de julho de 2024, por volta das 08h20min, na Rua 16, nº 1.141, centro, nas imediações (vinte metros e trinta metros, respectivamente) da escola Zezinho

¹ Fls. 211: Publicada em 26/09/2024.

Portugal e da Praça do Pepino (relatório de investigações e fls. 110/111), nesta cidade e comarca, **Marco Antônio de Souza Sebastião²**, qualificado à fl. 09, trazia consigo, para fins de tráfico, droga, consistente em 24 (vinte e quatro) porções de “maconha”, com peso bruto aproximado de 36,940 g (trinta e seis gramas e novecentos e quarenta miligramas), conforme laudo pericial fls. 12/15, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo se apurou, policiais militares realizavam patrulhamento quando avistaram o denunciado trazendo algo em suas mãos.

Ao notar a presença policial, Marco Antônio jogou ao solo aquilo que trazia em mãos e tentou se evadir a pé, sendo, contudo, acompanhado, alcançado e detido pelos agentes públicos citados.

No exato local onde o denunciado havia dispensado algo, os policiais encontraram as drogas acima descritas, oportunidade em que Marco Antônio admitiu que realizaria a venda dos entorpecentes.

As circunstâncias que envolveram a prisão do denunciado, notadamente sua movimentação ao notar a presença policial e a confissão por ele apresentada aos agentes públicos no momento da ocorrência, evidenciam que ele traficava entorpecentes na ocasião. (fls. 66/67 e 118/119)

A denúncia foi recebida aos 11/07/2024 (fls. 68/71). O aditamento foi recebido por r. decisão de 22/07/2024 (fls. 120).

A **materialidade** delitiva restou devidamente

² Fls. 06: Nascido em 29/11/2002.

Outras anotações criminais (fls. 179/181):

Proc. 1503535-84.2022.8.26.0358 da 2ª Vara de Mirassol. Lesão Corporal, Ameaça e Descumprimento de medida protetiva. Sentença condenatória. Data dos fatos: 27/07/2022. Trânsito em julgado para a Defesa: 13/06/2023.

comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 06/08), auto de exibição e apreensão (fls. 10), laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 12/15), relatório de investigação (fls. 110/111), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 176/178), em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

Da mesma forma, a **autoria** é inconteste.

Interrogado por ocasião de sua **prisão em flagrante**, o acusado **Marco Antônio de Souza Sebastião** declarou: *“ser usuário de maconha e cocaína, e estava devendo para um traficante, de apelido “Batata”, não sabendo declinar o nome dele; Acredita que estava devendo cerca de R\$ 250,00; **Que pegou a maconha com “Batata” para vender para ele e pagar sua dívida e iria vender por R\$ 5,00 cada porção.**”* (fls. 04 – **destaquei**)

Na Delegacia, o Policial Militar *Igor Caligaris Tavares* disse: *“que estavam em patrulhamento próximo ao local dos fatos, quando avistaram um indivíduo de blusa de moletom clara e capuz, e ele tinha algum objeto mão. Ao avistar a viatura, esse indivíduo jogou o objeto no chão e tentou evadir-se a pé. Foi realizado o acompanhamento e conseguiram abordá-lo, sendo que teve resistência por parte dele, sendo necessário uso de força física e algemas para contê-lo. Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado. No local em que havia dispensado o objeto, foram encontradas 24 porções de substância semelhante à maconha. Indagado sobre o entorpecente, o indiciado disse que estava “devendo” para um traficante conhecido como “Batata” e tinha acabado de pegar a droga para vender na Avenida Trinta e Um, entre as Ruas 42 e 44, local conhecido pelo tráfico de drogas. Pelo autuado já ser conhecido no meio policial pela prática de roubo e tráfico de drogas, e diante da confissão do mesmo de que iria vender a droga, foi dada voz de prisão e em seguida conduzido neste Plantão.”* (fls. 02 – **destaquei**)

No mesmo sentido o depoimento do Policial Militar *Lucas Vilas Boas Rufino* (fls. 03).

Em audiência de custódia realizada no dia 07/07/2024, a prisão em flagrante foi convertida em **preventiva**. (fls. 43/44)

Interrogados em Juízo, o acusado **Marco Antônio** disse: *“que estava com a droga, tinha ido comprar 25g de maconha, só que o cara não tinha; na hora apavorou, saiu correndo, dispensou a droga, eles conseguiram lhe pegar, 'me bateram'; questionado sobre não ter relatado agressões policiais em seu interrogatório policial disse que 'falou, sim' que apanhou; disse que não foi nem avaliado por médico, que se recusaram a levá-lo para exame médico no IML; foi questionado sobre o relatório médico de fls. 16 que descreve sua inspeção com menção expressa da ausência de lesões, e sem anotações de queixa de agressão policial, declarou que não foi avaliado por médico; que o médico só chegou na porta e deu uma olhada; questionado sobre dizer que houve um complô de vários profissionais em seu desfavor, sendo os policiais militares, o delegado de polícia e o médico, todo mentindo em seu desfavor, disse que não sabe explicar.”* (fls. 202)

Sob o crivo do contraditório, o Policial Militar *Igor Caligaris Tavares* disse: *“que em patrulhamento avistaram um indivíduo com moletom e capuz, e ao ver a viatura empreendeu fuga jogando um objeto ao chão; resistiu e foi contido, com ele nada de ilícito havia; **mas o objeto que ele jogou eram 24 porções de maconha; ele disse que estava devendo a um traficante e pegou essa maconha para vender e pagar a dívida; então foi encaminhado à Delegacia; abordado ele admitiu que pegou a droga para vender; não recorda o dia da semana; o local foi próxima à Prefeitura de Guaiúra, na Rua 16; ele ficou à distância de uns 50 metros sendo essa a distância da abordagem ao local em que jogou a droga; cerca de um quarteirão; no momento em que desceu da viatura já pegou o objeto e o outro policial foi acompanhando na viatura, o depoente seguiu a pé após recolher a***

droga; não restou nenhuma dúvida de que se tratava do objeto que ele arremessou; os fatos se deram nas proximidades de escola.” (fls. 201)

Em Juízo, o Policial Militar *Lucas Vilas Boas Rufino* declarou: *“que o acusado foi visto e arremessou algo ao notar a viatura, o que foi recolhido tratando-se de droga; ele disse que havia pego esse entorpecente para vender pois estaria devendo para o tráfico; não se recorda o dia da semana em que se deram os fatos; ele foi abordado na região do Lago, mas foi visto na Rua 16, virou a Avenida 25 na contramão, dispensou a droga, e continuou pela contramão sendo abordado nas proximidades do Lago; a droga estava embalada em saquinhos de sacolé ou juju, tudo pronto para a venda.” (fls. 201/202)*

Em que pese os esforços da Defesa, vê-se que o conjunto probatório deixou fora de dúvidas de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas, conforme a narrativa acusatória, o que afasta a possibilidade de absolvição.

O acusado confessou a prática delitiva na Delegacia. Em Juízo, alterou seu relato, afirmando que a droga apreendida se destinava ao seu próprio consumo.

Sua versão, contudo, restou infirmada pelo restante do conjunto probatório, como bem fundamentou a r. sentença:

“Tal como se vê o réu apresentou diferentes versões.

A versão dada implica dizer que houve um complô de policiais militares, Delegado de Polícia, e até o médico do IML, todos juntos e ajustados para prejudicarem o acusado: forjaram sua confissão policial; ocultaram lesões aparentes em seu corpo e forjaram relatório médico nos autos.

Trata-se de versão inverossímil e falta de qualquer elemento de prova em concreto.

O acusado é indivíduo com outros registros criminais, que corroboram a crença de sua dedicação a atividades criminosas.

A par deste perfil de criminalidade, tem-se nos autos que os relatos policiais foram claros, coesos e detalhados, e não há um só elemento e em concreto a desmerecer os testemunhos dos agentes públicos.

Seus depoimentos se harmonizam com a narrativa feita à autoridade policial, razão pela qual merecem credibilidade. Ressalte-se que não há razões para que o depoimento dos policiais seja desconsiderado, pois prestaram depoimento na condição de testemunhas compromissada, devendo aos seus depoimentos ser atribuído o valor devido, mediante o cotejo com as demais provas dos autos.

(...)

Irrelevante, por fim, a flagrância na prática de atos de venda. De fato, “para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, 'contrario sensu'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente” (RT 584/347).

O crime de tráfico, como sabido, pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem,

natureza da substância e também, como não poderia deixar de ser, pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Ademais, o crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é unissubsistente, de sorte que a prática de quaisquer das condutas nele descritas encerra a concretização do delito, o que, por efeito, obsta sua ocorrência na modalidade tentada.” (fls. 202/205)

Com efeito, os depoimentos dos Policiais Militares em Juízo bem esclareceram as circunstâncias da prisão em flagrante, que é a certeza visual do crime, bem como da apreensão das drogas.

Inquestionável a validade do depoimento prestado por policiais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

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

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

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

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

E também deste E. Tribunal:

(...) Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade **No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.** Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes – Imposição de privação de liberdade superior a quatro anos – Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido no inciso I, do art. 44, do CP Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP. **(grifei)** (Apelação nº 0001192-

93.2014.8.26.0028, Relator: GRASSI NETO, Comarca:
Aparecida, data do julgamento: 14.05.2015; 8ª Câmara
de Direito Criminal)

Não é crível que os policiais incriminariam o réu de forma gratuita. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

Dessa forma, não resta dúvida de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas.

Ressalta-se que as drogas encontradas foram analisadas e o resultado foi positivo para **maconha** (fls. 176/178).

A prisão em flagrante, a **considerável de droga apreendida (24 porções de maconha, com peso líquido de 30,56g)**, a forma de acondicionamento destas drogas, o relato dos Policiais Militares, enfim, as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam evidente a prática do tráfico de drogas.

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 é 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”.

Dessa forma, de rigor a manutenção da condenação pelo delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

De rigor também a manutenção da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, porquanto restou devidamente comprovado que o delito foi cometido nas imediações de uma **escola** e de uma **praça**. (cf. relatório de fls. 110/111)

Consoante determina o artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas:

As **penas previstas nos arts. 33 a 37** desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou **imediações de estabelecimentos** prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

Do dispositivo acima extrai-se que o fato de o réu

praticar o tráfico nas imediações desses estabelecimentos, por si só, já configura a causa de aumento, independentemente de o agente não ter a intenção de atingir os frequentadores de tais locais ou do horário da prática delituosa.

Nesse sentido a jurisprudência do C. STJ:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRATICADO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. NATUREZA OBJETIVA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE FUNCIONAMENTO DO LOCAL NO MOMENTO DO CRIME. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RECURSO PROVIDO. I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que afastou a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o delito de tráfico de drogas ocorreu em período de férias escolares. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão central consiste em determinar se a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 exige o funcionamento do estabelecimento de ensino no momento do cometimento do delito de tráfico de drogas ou se sua incidência decorre apenas da proximidade objetiva do local do crime com o estabelecimento protegido. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça reconhece que a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 tem natureza objetiva, sendo suficiente a proximidade do crime com os locais indicados na norma, não sendo necessária a comprovação de que o tráfico visava atingir frequentadores desses locais ou que o

estabelecimento estivesse em funcionamento no momento do delito. (AgRg no AREsp n. 2.560.979/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/8/2024; AgRg no HC n. 640.352/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/9/2021).

4. O afastamento da causa de aumento pela Corte de origem com base no período de férias escolares não encontra respaldo na legislação ou na interpretação jurisprudencial do dispositivo, configurando violação ao art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

5. Diante da manutenção da majorante na fração de 1/6 e da aplicação do redutor do tráfico privilegiado no patamar de 2/3, a pena do recorrido deve ser redimensionada para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 194 dias-multa.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp n. 2.103.308/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 18/2/2025, DJEN de 25/2/2025.) **(destaquei)**

Há razão, portanto, para incidir a referida majoração, diante da maior reprovabilidade da conduta do agente, de modo que não há como se admitir seu afastamento.

Assim, diante do seu caráter objetivo, era mesmo de rigor o reconhecimento da referida majorante.

Passo a análise da dosimetria da pena.

A r. sentença fixou a pena-base em 1/4 acima do mínimo legal, assim fundamentando:

“Na primeira fase, conforme certidões 179/181, 182, 187/188, 189/191, verifica-se que o acusado possui outros registros criminais que

indicam sua conduta social reprovável, sendo afastado do lar por violência doméstica (certidão de fls. 179 em autos n. 1502892-29.2022.8.26.0358; a reforçar a reprovabilidade da conduta social o fato de ter sido denunciado por violência doméstica nos autos n. 1503068-08.2022.8.26.0358 (fls. 179); igualmente reprovável a postura do acusado que, extrapolando o exercício do direito à ampla defesa, imputou crime de abuso de autoridade aos policiais, também acusou de prevaricação o delegado de polícia ao dizer que tinha marcas aparentes no corpo e não foi conduzido ao IML, e por dizer – mesmo em face de relatório expresso nos autos, que o médico do IML não reportou as lesões em seu corpo, ocultando sua queixa de agressão policial; tem-se por inadmissível que, para se defender, podendo se valer de um sem número de argumentos e de sua defesa técnica, o réu impute crime a agentes públicos, sabendo-se das graves consequências que podem advir aos agentes por esse tipo de denúncia.” (fls. 205/206)

Neste ponto, a Defesa requer a fixação da pena-base no mínimo legal.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo *a quo*, o pleito comporta acolhimento.

Com efeito, a circunstância de o acusado ter mentido em seu interrogatório não se presta a exasperar a pena. Nesse sentido, já se decidiu:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AUMENTO DA PENA-BASE. NEMO TENETUR SE DETEGERE. DIREITO DE MENTIR. INEXISTÊNCIA. TOLERÂNCIA JURÍDICA NÃO ABSOLUTA. SUPOSTA MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO. ATRIBUIÇÃO FALSA DE CRIME A OUTREM. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA.

IMPOSSIBILIDADE. FATO NÃO COMPROVADO E POSTERIOR AO DELITO IMPUTADO NA DENÚNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O direito a não se autoincriminar (do qual deriva, por lógica, o direito ao silêncio) é regra antiga e inerente ao processo penal de cariz democrático e racional. Constitui, nos dizeres de Ferrajoli, "a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal, tradução coletiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486).

2. Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os seus limites geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório.

3. Não é adequado admitir que haja, propriamente, um "direito de mentir". A rigor, o que existe é uma tolerância jurídica - não absoluta - em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015).

4. Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira ou outras formas de encobrir a verdade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa"). Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o nemo tenetur se detegere é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio.

5. De todo modo, ainda que o falseamento da

verdade eventualmente possa - a depender do caso e se cabalmente comprovado - justificar a responsabilização do réu por crime autônomo, isso não significa que essa prática, no interrogatório, autorize a exasperação da pena-base do acusado.

6. O conceito de culpabilidade, como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, está relacionado com a reprovabilidade/censurabilidade da conduta do agente, de forma que deve o magistrado, quando da aplicação da pena-base, dimensioná-la pelo nível de intensidade da reprovação penal e expor sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento. Trata-se de aferir o grau de reprovabilidade do fato criminoso praticado pelo réu.

7. No caso dos autos, de acordo com a sentença, a culpabilidade do acusado foi valorada negativamente sob o argumento de que ele "tentou se furtar à responsabilização penal, imputando falsamente a um terceiro (seu vizinho J.) a responsabilidade por ter "plantado" as drogas e armas em sua casa na noite anterior ao cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia. Essa conclusão, no sentido de ser uma falsa imputação, restou comprovada pelo depoimento de J. em juízo, o qual nada referiu sobre as alegações do réu" (fl. 275).

8. De início, cabe salientar que a simples circunstância de o vizinho haver negado esses fatos quando ouvido em juízo na condição de informante não permite afirmar a falsidade da versão do acusado; até porque, se houvesse confirmado a alegação do réu, tal depoente - que nem sequer prestou compromisso de dizer a verdade - estaria admitindo a prática de crime e passaria a ocupar o lugar do paciente como imputado. Assim, se, de um lado, a negativa do terceiro enfraquece a hipótese fática alternativa apresentada em autodefesa pelo paciente, de outro, não é suficiente para responsabilizá-lo penalmente pelo que disse no interrogatório.

9. Do contrário, toda vez que qualquer réu alegasse haver sofrido algum tipo de abuso policial e a prática desse abuso fosse negada pelo respectivo agente de segurança por ocasião de seu testemunho -

situação absolutamente corriqueira no cotidiano da praxe forense -, isso bastaria para incrementar a pena do réu ou mesmo fazer-lhe incorrer em crime autônomo. Restaria ao interrogado somente confessar, ficar em silêncio ou, no máximo, negar de forma vaga e genérica a imputação, a fim de não incorrer em possível delito, o que representaria grave fator de intimidação contra a exposição de possíveis ilegalidades praticadas por agentes estatais na persecução penal.

10. Estendido esse raciocínio às audiências de custódia, nas quais um dos propósitos centrais da oitiva do preso é justamente o de verificar a legalidade da prisão em flagrante e a possível ocorrência de abuso, essa finalidade primordial seria em boa medida frustrada, diante do risco que representaria para o indivíduo alegar qualquer violência: uma simples negativa do policial levaria o autuado a responder por mais um crime ou ter sua futura reprimenda agravada. No cenário atual, em que a veracidade da palavra dos policiais ainda é vista como dogma praticamente inquestionável por muitos tribunais, alegar a ocorrência de abuso seria demasiadamente arriscado para o preso, o que implicaria o aumento das já elevadas cifras ocultas da tortura praticada por agentes estatais.

11. De toda sorte, ainda que, por hipótese, se pudesse considerar provado que o réu atribuiu falsamente crime a terceiro no interrogatório (o que não é o caso), tal acontecimento não diria respeito à sua culpabilidade, a qual, conforme assentado anteriormente, relaciona-se ao grau de reprovabilidade pessoal da conduta imputada ao acusado. Isso porque o interrogatório constitui fato posterior à prática da infração penal, de modo que não pode ser usado retroativamente para incrementar o juízo de reprovabilidade de fato praticado no passado.

12. Com efeito, o exame da sanção penal cabível deve ser realizado, em regra, com base somente em elementos existentes até o momento da prática do crime imputado, ressalvados, naturalmente: a) o exame das consequências do delito, que, embora posteriores, representam mero desdobramento causal direto dele, e

não novas e futuras condutas do acusado retroativamente valoradas; b) o superveniente trânsito em julgado de condenação por fato praticado no passado, uma vez que representa a simples declaração jurídica da existência de evento pretérito.

13. Nem mesmo nas circunstâncias da personalidade ou da conduta social seria possível considerar desfavoravelmente a mentira do réu em interrogatório judicial. O paralelo feito por alguns doutrinadores com a confissão (se a confissão revela aspecto favorável da personalidade e atenua a pena, a mentira supostamente revelaria o oposto e poderia autorizar o seu aumento), embora interessante, é assimétrico e não permite que dele se extraia tal conclusão.

14. A confissão e diversos outros institutos que permitem o abrandamento da sanção (colaboração premiada, arrependimento posterior etc.) integram o chamado Direito penal premial e se justificam como ferramentas para valorizar e estimular a postura que o réu adota depois da prática do delito para mitigar seus efeitos ou facilitar a atividade estatal na sua persecução. Diferente, porém, é a análise sobre o que pode legitimar o incremento da sanção penal, a qual, nos termos dos mais basilares postulados penais e processuais penais, não pode ficar ao sabor de eventos futuros, incertos e não decorrentes diretamente, como desdobramento meramente causal, do fato imputado na denúncia (por exemplo, nos termos acima esclarecidos, as consequências do crime).

15. O que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois (no caso, o crime foi praticado em maio de 2013 e o interrogatório do réu ocorreu em agosto de 2019, mais de 6 anos depois).

16. Ordem concedida para reconhecer a inidoneidade do fundamento usado para exasperar a pena-base e

reduzir a sanção do réu a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, nos autos da condenação objeto do Processo n. 0000012-53.2014.8.21.0134.

(STJ, HC n. 834.126/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 13/9/2023.) (**destaquei**)

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO, PELO CRIME DO ART. 304, DO CÓDIGO PENAL, A 3 ANOS DE RECLUSÃO. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, PELO FATO DE NÃO HAVER SIDO CONSIDERADO TER ELE RECOLHIDO, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA, A IMPORTANCIA CORRESPONDENTE AO VALOR DO TRIBUTOS, MENCIONADA NO DOCUMENTO FALSO QUE UTILIZOU, CIRCUNSTANCIA DEFINIDA COMO CAUSA OBRIGATORIA DA REDUÇÃO DA PENA, NO ART. 16 DO CÓDIGO PENAL. ADEMAIS, TERIA SIDO CONTEMPLADA, PELO JUIZ, A GUIZA DE ANTECEDENTE PENAL, DENUNCIA POSTERIOR AO FATO DE QUE DECORREU A CONDENACÃO. SE NÃO SE ACHA DEMONSTRADO, NOS AUTOS, O ALEGADO RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO CAUSADO A FAZENDA PÚBLICA, NÃO HÁ FALAR-SE EM REDUÇÃO DE PENA POR EFEITO DE ARREPENDIMENTO POSTERIOR. **A FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EXIGE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, BASEADA EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE, EM TESE, SE ENQUADREM ENTRE AQUELAS A PONDERAR, NA FORMA PREVISTA NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NÃO SE INCLUINDO, ENTRE ELAS, O FATO DE HAVER O ACUSADO NEGADO FALSAMENTE O CRIME, EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL - "NEMO TENETUR SE DETEGERE"; E, NO**

CASO DO CRIME EM TELA, A INTENÇÃO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO, CUJA RELEVÂNCIA JURÍDICA SE INSERE NO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO CRIME, NÃO PODENDO, POR SI SÓ, LEVAR A AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE. A REFERENCIA A INTENSIDADE DO DOLO É FORMULA VAZIA, QUANDO NÃO RELACIONA A CIRCUNSTANCIA CONCRETA QUE A DETERMINOU. HABEAS CORPUS QUE SE DEFERE PARA O EFEITO DE REDUZIR-SE A PENA A 2 ANOS DE RECLUSÃO, SEM PREJUÍZO DA MULTA APLICADA.

(STF, HC 68742, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 28-06-1991, DJ 02-04-1993 PP-05619 EMENT VOL-01698-06 PP-01026) (destaquei)

Tampouco o fato de o réu já ter sido afastado do lar por suposta situação de violência doméstica é circunstância idônea para exasperação de sua reprimenda. Confira-se a respeito:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL INDEVIDA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ALHEIA ÀS ELEMENTARES DO TIPO PENAL INCRIMINADOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos

elementos de convicção judicial acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Hipótese na qual a sentença condenatória reconheceu serem desfavoráveis ao réu as vetoriais culpabilidade, conduta social, personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime.

4. A culpabilidade, para fins de exasperação da pena-base, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não do delito. Por certo, a consciência acerca da natureza delitiva da conduta, por si só, não constitui fundamento válido para o incremento da básica, devendo, pois, ser afastado o aumento correspondente à culpabilidade do réu.

5. A conduta social do réu foi negativamente sopesada em razão do seu envolvimento em ato de violência doméstica, na qual lhe fora imposta medida protetiva de urgência. Ora, se a existência de sentença condenatória ainda não transitada em julgado, conforme o entendimento consolidado na Súmula/STJ 444, não justifica o aumento da pena-base a título de conduta social, a imposição de medida protetiva ao acusado, em fase pré-processual, não constitui, por consectário, fundamento válido para exasperação da pena-base.

6. Em relação à personalidade do réu, verifica-se não ter sido declinado qualquer fundamento concreto para desaboná-la, mostrando-se incorreta a sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

7. No que tange aos motivos do crime, foi afirmado que o réu praticou a conduta com o fim de "adquirir dinheiro para continuar gastando num pagode em que

se encontrava". Tal fundamentação, deveras, não pode ter tida por idônea, pois a obtenção de ganho fácil é inerente ao crime de roubo.

8. No que se refere às circunstâncias do crime, igualmente, é de rigor o seu afastamento, já que a prática do crime durante o dia, em via pública, não denota a maior gravidade da conduta. Mais: a idade da vítima já restou valorada na segunda etapa do critério trifásico, justificando o aumento da pena, com fulcro no art. 61, II, "h", do Código Penal, não podendo tal circunstância ser novamente ponderada para o incremento da básica, sob pena de incorrer o julgador em indevido bis in idem.

9. Deve ser reconhecida a inexistência de motivação concreta e alheia às elementares do crime de roubo que sirva de suporte à valoração negativa das circunstâncias judiciais, razão pela qual a reprimenda deve ser estabelecida no mínimo legal, qual seja, quatro anos de reclusão.

10. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, tão somente para estabelecer a pena-base no mínimo legal, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, como entender de direito.

(STJ, HC n. 384.643/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 27/3/2017.) (**destaquei**)

A circunstância de o réu ter sido denunciado em processo por violência doméstica, nos termos da Súmula nº 444, do C. STJ³, é igualmente inidônea a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Assim já se decidiu:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.
RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO
PELO ABUSO DE CONFIANÇA. DECOTE DA
QUALIFICADORA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7
DO STJ. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL.

³ É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

PERSONALIDADE DO AGENTE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM TRÂMITE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DO STJ. PENA REDIMENSIONADA. IMPLEMENTO DO LAPSO PRESCRICIONAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Recurso especial interposto pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça que manteve a condenação do recorrente por furto qualificado pelo abuso de confiança, com valoração negativa de sua personalidade na primeira fase da dosimetria, mantendo a pena fixada em sentença de primeiro grau de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime semiaberto, além de 30 dias-multa.

2. Há duas questões de discussão: i) se a qualificadora de abuso de confiança foi corretamente aplicada, considerando o vínculo empregatício do recorrente e seu acesso ao local do crime; ii) se a valoração negativa da personalidade do recorrente, baseada em anotações e condenações posteriores ao crime em análise, é compatível com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3. A qualificadora de abuso de confiança foi mantida, pois, conforme concluíram as instâncias de origem, o recorrente era empregado do estabelecimento comercial e tinha livre acesso ao local onde os carros ficavam estacionados, sendo certo que os bens subtraídos estavam em um desses veículos. Ademais, o acolhimento da tese defensiva de inexistência de relação de confiança demanda revolvimento de fatos e provas, o que encontra óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Em relação à valoração negativa da personalidade, prevalece o entendimento nesta Corte que "nem mesmo condenações transitadas em julgado, por fatos posteriores ao delito em exame, podem ser consideradas reveladoras de má conduta social ou personalidade desajustada e servir como supedâneo a fim de justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade".

(AgRg no HC n. 550.993/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 31/8/2020, sem grifo no original). Nesse cenário, também incide a Súmula 444 deste STJ: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".

5. Necessidade de redimensionamento da pena-base em razão do decote da mencionada circunstância judicial, o que, no caso, acarretou o implemento do lapso prescricional.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido, com declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal. (STJ, REsp n. 2.050.735/RJ, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 18/2/2025, DJEN de 25/2/2025.) (**destaquei**)

Ressalte-se, por oportuno, que, em consulta aos autos mencionados pela r. sentença (1503068-08.2022.8.26.0358), verifica-se que o réu restou condenado, estando pendente, contudo, o julgamento de recurso de apelação por ele interposto.

Destarte, tecidas tais considerações, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal de **05 anos de reclusão**, mais 500 dias-multa, no mínimo legal.

Na fase intermediária, a r. sentença reconheceu, a circunstância agravante da **reincidência**, elevando a pena em **1/6**, o que ora resulta em **05 anos e 10 meses de reclusão**, mais 583 dias-multa, no mínimo legal.

Na derradeira etapa, diante da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, as penas foram corretamente exasperadas à razão de **1/6**, o que ora perfaz a reprimenda final de **06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão**, mais 680 dias-multa.

Por expressa vedação legal, inaplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, ante o registro de **reincidência**.

Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS DENTRO DO PAINEL DO VEÍCULO. REINCIDÊNCIA DO RÉU. CONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE E COMO IMPEDITIVO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É certo que no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Por outro lado, quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja

fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas, como no caso dos autos.

In casu, as circunstâncias do delito, em que as drogas estariam escondidas dentro do painel do veículo em grande quantidade e em se tratando de mais de 30kg de cocaína, a serem transportadas para outro Estado da Federação, é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base e adoção da fração acima de 1/6, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.

Dessa forma, considerando o mínimo e máximo da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, a majoração da pena-base quanto as circunstâncias do delito acima expostas, em 1 ano e 3 meses, mostra-se razoável, pois a fundamentação apresentada está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento desta Corte de que a quantidade e natureza da droga apreendida deve ser considerada na fixação da reprimenda. Precedentes.

2. O § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". Para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos

autos, para aferir se o apenado se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa. Na hipótese dos autos, a Corte estadual ressaltou que se trata de réu reincidente, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à vida criminosa. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, de acordo com o entendimento deste Superior tribunal de Justiça.

3. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que "não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena" (AgRg no HC n. 650.717/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe de 25/4/2022).

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC n. 846.007/PI, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 14/8/2024.) (**destaquei**)

Quanto ao regime prisional inicial, indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, deve ser o fechado, sobretudo no presente caso, em que o réu é **reincidente**. 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.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DENOTAM A DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. A quantidade da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, a fração de aumento aplicada no caso concreto (3/5) mostra-se desproporcional, tendo em vista que foge do parâmetro de 1/6 da pena-base normalmente aplicado nesta Corte Superior.

3. Para que o agente seja beneficiado com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, devem ser preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

4. As instâncias ordinárias afirmaram a dedicação da paciente à atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos, ressaltando, além da quantidade e diversidade das drogas apreendidas, as circunstâncias específicas que envolveram a prisão, a integração e o envolvimento com as atividades ilícitas.

5. Para se concluir de modo diverso das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento fático-probatório, providência vedada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

6. Fixada a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, inexistente ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável.

7. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC n. 853.627/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 18/12/2023.) **(destaquei)**

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. CABÍVEL O REGIME FECHADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. No caso, a despeito de indevidas referências à existência de ação penal em andamento e à substância

entorpecente apreendida, salientaram as instâncias ordinárias que o próprio Acusado confessou que era a terceira vez que realizava o transporte de entorpecentes, o que indica o envolvimento do Réu com a traficância, denotando sua dedicação a essa atividade criminosa.

3. Nesse contexto, não é possível desconstituir a conclusão das instâncias de origem sobre a dedicação do Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, reconhecer a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, notadamente por ser vedado, na presente via, revolver o contexto fático-probatório dos autos.

4. Consideradas a pena imposta - 5 (cinco) anos de reclusão - e a existência de circunstância judicial negativa, é cabível a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC n. 775.818/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 3/11/2022.) (**destaquei**)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RESISTÊNCIA E LESÃO CORPORAL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão que manteve a condenação do recorrente por tráfico de drogas, lesão corporal e resistência, com fixação de regime prisional fechado. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar a possibilidade de revisão das provas que fundamentaram a condenação e a adequação do regime prisional fixado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Tribunal de origem consignou que o tráfico de drogas, a resistência e a lesão corporal restaram demonstradas no laudo pericial, o qual se encontra em perfeita consonância com os relatos das testemunhas de acusação. Desse modo, a revisão das provas que fundamentaram a condenação esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ, que impede o reexame de matéria fático-probatória em recurso especial.

4. A fixação do regime prisional fechado está justificada pela reincidência do recorrente e pela quantidade de droga apreendida, conforme art. 42 da Lei de Drogas e art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ, REsp n. 2.113.656/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 18/2/2025, DJEN de 25/2/2025.) (**destaquei**)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. CARÁTER OBJETIVO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO. RÉU REINCIDENTE. DOSIMETRIA DA PENA EM CONFORMIDADE COM OS PRECEDENTES DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 7 E 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado pela parte recorrente, no qual se discute a aplicação da causa de

aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e o regime inicial de cumprimento de pena. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar a legalidade da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, considerando o cometimento do delito nas imediações de local de trabalho coletivo; e (ii) avaliar a adequação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena em virtude da reincidência do réu e da pena definitiva fixada. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência desta Corte Superior reconhece o caráter objetivo da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, bastando para sua incidência que o crime tenha sido cometido nas imediações dos locais mencionados no dispositivo, independentemente da comprovação de dolo específico em atingir o público frequentador.

4. No caso concreto, o delito ocorreu em via pública nas proximidades da Rodoviária do Plano Piloto, local de notória aglomeração de pessoas e caracterizado como local de trabalho coletivo, legitimando a aplicação da majorante na fração mínima de 1/6, conforme reiterados precedentes do STJ.

5. A fixação do regime inicial fechado está em conformidade com o art. 33, § 2º, a, § 3º, do Código Penal, considerando-se a pena definitiva fixada (5 anos e 10 meses de reclusão) e a reincidência do réu, o que inviabiliza regime mais brando.

6. A jurisprudência consolidada no STJ sobre as matérias discutidas torna aplicável a Súmula 83/STJ, que impede o processamento do recurso especial quando a decisão recorrida está em conformidade com o entendimento desta Corte.

IV. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ, AREsp n. 2.772.410/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 18/2/2025, DJEN de 25/2/2025.) (destaquei)

A pena privativa de liberdade **não** foi substituída por

restritivas de direitos, eis que **ausentes os requisitos legais**. Ainda que assim não fosse, é sabido que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

Ante o exposto, por meu voto, **dou parcial provimento** ao apelo Defensivo, a fim de redimensionar a pena do réu para ***06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão***, mantido o regime inicial **fechado**, mais 680 dias-multa, no mínimo legal. Mantém-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Comunique-se à VEC.

Ely Amioka

Relatora