



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000416207

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1502970-78.2023.8.26.0296**, da Comarca de Jaguariúna, em que é apelante KELVIN GABRIEL DE OLIVEIRA VITAL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U."**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

GRASSI NETO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto Nº 37701

Apelação Criminal Nº 1502970-78.2023.8.26.0296

Comarca: Jaguariúna

Apelante: Kelvin Gabriel de Oliveira Vital

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Tráfico de entorpecentes – Agente flagrado guardando e tendo em depósito, para fins de tráfico, 99,24 gramas de cocaína, sob a forma de “crack”, divididos em 02 “pedras”; e 278,59 gramas de cocaína em pó, distribuídos em 04 invólucros – 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.

Posse ilegal de arma de fogo e de munição de uso restrito – Conjunto probatório desfavorável ao apelante lastrado em depoimentos harmônicos de policiais – Laudo que comprova a potencialidade lesiva da arma e da munição – Suficiência à aferição da materialidade, da autoria e do dolo – Entendimento do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003

A palavra dos policiais, se coerente e em harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos, apresenta inquestionavelmente o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza durante a instrução processual e têm especial importância, tanto para confirmar a materialidade dos fatos quanto sua autoria e dolo.

Para o reconhecimento da ocorrência do crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03, basta a presença de laudo pericial confirmando potencialidade lesiva da arma de fogo ou de munição de uso restrito apreendida, e a produção de prova oral no sentido de que o agente foi flagrado a possuindo, detendo, portando, adquirindo, fornecendo, recebendo, tendo em depósito, transportando, ou cedendo.

Cálculo da Pena – Tráfico de Entorpecentes – Exacerbação das penas-base seguindo os critérios norteadores previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e da variedade do entorpecente apreendido – Admissibilidade

Nos casos de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei n. 11.343/06) é perfeitamente admissível a elevação das penas-bases com fundamento na quantidade e na variedade mais



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

nociva do tóxico apreendido, nos termos do art. 42 da Lei de Tóxicos.

Pena – Regime inicial – Tráfico de entorpecentes de maior nocividade e posse de arma de fogo e munição de uso restrito – Apreensão de substância estupefaciente em grande quantidade e de natureza mais viciante – Regime fechado para início do cumprimento de pena – Entendimento dos artigos 33, § 3º e 59, do CP

Conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 8 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado, bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

Pena – Detração – Cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade – Art. 387, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.736/12 – Fixação a ser efetuada ponderando-se conjuntamente o quantum da pena aplicada com as condições subjetivas previstas nos arts. 33, § 3º e 59 do CP – Entendimento

O merecimento do reeducando integra necessariamente os requisitos para sua promoção de regime, sendo vital à individualização da pena que a promoção não se dê de modo automático, como sugeriria uma interpretação desavisada e superficial da redação do § 2º, do art. 387, do CPP, após a reforma de 2012, mesmo porque tal depende do preenchimento de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. Deve-se ressaltar que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o CP e não o CPP. Na medida em que a reforma empreendida pela Lei n. 12.736/2012 não revogou o art. 33, § 3º, do CP, a fixação de regime inicial deve ainda considerar obrigatoriamente se foram ou não preenchidas as condições subjetivas, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

A posterior progressão de regime vem, ademais, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para que seja efetuada aludida progressão, destaque-se, faz-se necessário que sejam sopesados os respectivos requisitos pelo Juiz natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, e não o prolator da sentença.

Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes e posse de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

arma de fogo e munição de uso restrito – 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.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 323/340, prolatada pelo MM. Juiz Marcelo Forli Fortuna, cujo relatório ora se adota, KELVIN GABRIEL DE OLIVEIRA VITAL foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69 do CP, às penas totais de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 510 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. Foi negado ao acusado o recurso em liberdade.

Consoante consta da exordial acusatória, o ora apelante teria sido surpreendido guardando e tendo em depósito, para fins de tráfico: a) 99,24 gramas de cocaína, sob a forma de “*crack*”, divididos em 02 “pedras”; e b) 278,59 gramas de cocaína em pó, distribuídos em 04 invólucros. Teria sido surpreendido, ainda, possuindo e mantendo sob sua guarda 01 submetralhadora 9 mm, de uso restrito, com 05 cartuchos de munição, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformado, apelou o réu, em busca,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

preliminarmente, do reconhecimento de ilicitude probatória, decorrente de supostas ilegalidades da abordagem, das buscas pessoal e veicular realizadas, do “interrogatório informal” efetuado pelos policiais, do ingresso dos agentes públicos em sua residência e de discrepâncias relacionadas às viaturas policiais utilizadas no flagrante. Alega, ainda, a ocorrência de quebra da cadeia de custódia.

No mérito, pugna pela fixação das penas-base, relativas ao crime de tráfico de entorpecentes, no mínimo legal, com a redução das respectivas sanções, mediante aplicação do disposto no art. 33, §4º, e no art. 41, ambos da Lei n. 11.343/06. Pede, também, o afastamento do crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03, com o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06; caso tal pleito não seja acolhido, pugna pela aplicação do concurso formal entre os delitos. Solicita, por fim, a fixação de regime inicial mais brando, inclusive com fundamento no art. 387, §2º, do CPP, e a substituição da privação de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 354 e 361/388).

Processado e contra-arrazado o recurso (fls. 391/400), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares arguidas e, no mérito, pelo seu desprovimento (fls. 418/425).

É o Relatório.

As preliminares suscitadas ficam, desde logo, rejeitadas.

Segundo restou comprovado, em 04 de dezembro de 2023, policiais, após terem sido informados de que Kelvin Gabriel vendia entorpecentes, visualizaram o réu na condução de um veículo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ao notar a presença dos militares, o acusado abaixou-se, aparentando estar escondendo algo no automóvel. Diante da atitude suspeita por ele apresentada, o apelante foi abordado, sendo com ele localizados dois telefones celulares. O réu confessou informalmente a prática delitiva.

Policiais dirigiram-se, então, à residência do recorrente, tendo o seu padraço autorizado o ingresso no imóvel, onde os militares encontraram a arma de fogo, a munição e os entorpecentes acima mencionados.

Foram apreendidos no local, ainda, duas balanças de precisão, anotações relacionadas ao tráfico de entorpecentes, dois telefones celulares, tesoura, colher, peneira, liquidificador, “um saco plástico contendo 346 tubos vazios do tipo *eppendorf* e outro contendo diversos 'saquinhos' com fechamento 'Ziploc'” (fls. 03), além da quantia, em dinheiro, de R\$ 435,00.

Inicialmente, afasta-se a arguição de ilicitude da prova da materialidade delitiva levantada pela defesa técnica, que, aliás, foi corretamente repelida na r. sentença.

Por primeiro, não houve qualquer ilegalidade na abordagem, bem como nas buscas pessoal e veicular realizadas, diante da fundada suspeita para a atuação policial. Como bem fundamentado na r. sentença (fls. 324/325):

Quanto à falta de justa causa para busca pessoal e veicular, tem-se dos autos que, segundo informações prestadas pelos policiais militares, em face do réu havia denúncias de tráfico de drogas, além de possível posse de armas.

Segundo narrado pelo policial militar Bruno, havia alto índice criminal no estabelecimento onde o réu trabalhava, com aglomeração de pessoas e veículos roubados, e onde já houve disparo de arma de fogo, bem como denúncias de

tráfico na sua residência.

Em patrulhamento próximo à residência do réu, ele fora avistado em atitude suspeita, identificada como sua conduta de esconder algo embaixo do banco do automóvel. Feita a abordagem pessoal, nada de ilícito foi encontrado.

Em seu interrogatório, o réu afirmou que foi perguntado pelos agentes se poderiam revistar o seu carro e que ele os respondeu que sim. O policial militar Bruno esclareceu que indagou o réu a denúncia de drogas e armas na sua residência e que o acusado, na ocasião, afirmou serem verdadeiras, bem como que autorizaria a entrada na sua residência.

Feita essa breve contextualização, conclui-se não haver falar em qualquer falta de justa causa. Relacionadas ao acusado, havia denúncias de que guardava drogas e arma em sua residência e de tráfico ilícito de entorpecentes no local onde trabalhava. O réu foi avistado pelos policiais, durante patrulhamento, escondendo algo no veículo. Dentro desse contexto, ao menos para busca pessoal, não está evidenciada ausência de justa causa.

Em relação à busca veicular, o réu afirmou em juízo que foi perguntado pelos policiais se poderiam fazer a busca e que os autorizou a proceder à diligência, de modo que não se observa qualquer ilegalidade na atuação policial.

Em relação à busca domiciliar, não há indicativos de que a manifestação do acusado gravada em vídeo estivesse eivada de qualquer vício. Questionado pelos policiais a respeito das denúncias que o vincularam a possível guarda de drogas e armamento, o réu assumiu que na sua casa havia uma arma e drogas, dizendo o endereço e que lá poderia ser verificado.

Por segundo, não há, ao contrário do alegado pela Defesa, qualquer indício de que o réu tenha sido coagido a autorizar as buscas, ou a confessar informalmente os delitos a ele imputados. Nesse sentido, como bem explanado nas contrarrazões recursais (fls. 393):

No mais, não procede a alegação de que a confissão informal e a autorização para que a Autoridade Policial ingressasse na residência do apelante foram obtidas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mediante coação, pois o ingresso foi expressamente autorizado pelo padraço do réu.

Além disso, não há qualquer indício de que a manifestação do acusado, registrada em vídeo, esteja contaminada por vício de vontade, conforme bem fundamentado na decisão do Magistrado. A defesa, por sua vez, não apresentou provas concretas que corroborem tal alegação ou evidências de condutas abusivas por parte dos policiais.

Ressalte-se, ainda, que o caso em tela envolveu múltiplas notícias encaminhadas à Autoridade Policial apontando que o apelante praticava o delito de tráfico de drogas. A abordagem ocorreu nas proximidades de sua residência, reforçando a pertinência da atuação policial.

Portanto, não prospera a alegação de ilegalidade no interrogatório informal. O direito constitucional ao silêncio e à não autoincriminação não implica a nulidade automática de declarações voluntárias realizadas pelo acusado.

No presente caso, inexistente qualquer elemento nos autos que comprove coação, vício de vontade ou cerceamento de defesa no referido interrogatório. Declarações espontâneas realizadas perante a Autoridade Policial, desde que não obtidas mediante constrangimento ou violação de direitos fundamentais, são plenamente válidas, não havendo afronta ao art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Por fim, a defesa não apresentou elementos robustos que evidenciem irregularidades ou demonstrem que as declarações do réu foram utilizadas como única prova. Assim, não há fundamento jurídico para declarar a ilicitude das provas derivadas.

Por terceiro, inexistente qualquer nulidade, decorrente do ingresso dos policiais na residência do apelante (que foi, inclusive, devidamente autorizado pelo padraço do recorrente), onde foram apreendidos entorpecentes, arma de fogo, munição e diversos apetrechos destinados ao tráfico ilícito.

De todo modo, cumpre salientar que, no caso de flagrante delito, a parte final do art. 5º, XI, da CF, excepciona a garantia da inviolabilidade do domicílio.

Cabe apenas repisar que, em se tratando de

crimes de natureza permanente, tais como o de sequestro, o de posse de arma de fogo ou munição, ou o de tráfico ilícito de substância entorpecente, pode-se a qualquer tempo, efetuar a prisão em flagrante, tanto durante o dia como à noite, desde que ainda perdure aludida permanência, independentemente da expedição de mandado judicial.

Nesse sentido:

Habeas Corpus – Processual Penal – Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Alegação de nulidade da busca e apreensão por inobservância do princípio da inviolabilidade de domicílio – Ilícitude da prova colhida – Ilegalidades não evidenciadas

1. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada. 2. Por ser dispensada a expedição do mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7.º, do Código de Processo Penal.¹

Não se desconhece a existência de decisão isolada da 6ª Turma do Colendo STJ, no sentido de que o flagrante hábil a autorizar o ingresso policial, sem mandado judicial, seria apenas aquele que resulta de verdadeira emergência, como nos casos de sequestro, em que há perigo à vida da vítima, não se

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 122937-MG (2008/0269777-2). Impetrante: Antônio Velloso Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Rodrigo da Costa Simões (Preso). Relatora: Ministra Laurita Vaz. 5ª turma. Votação unânime. Brasília, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 Abr. 2009. **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=867260&tipo=0&nreg=200802697772&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090413&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 217 Mar. 2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

justificando nas hipóteses dos demais crimes permanentes, como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.²

O entendimento que acabou sendo firmado pelo Pretório Excelso é, contudo, diverso. O *leading case*, que teve inclusive repercussão geral reconhecida, versou exatamente caso de flagrante de tráfico de entorpecentes, após ingresso forçado da polícia em residência, cuja validade acabou sendo reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema n. 280, observou que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial será lícita, mesmo em período noturno, desde que venha “amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.³

Conclui-se, portanto, que, conquanto seja efetivamente recomendável que aludida entrada forçada em domicílio venha, sempre que possível, precedida de mandado judicial, de tal sorte a respaldar previamente a conduta dos policiais na hipótese de a diligência ser infrutífera, fato é que eventual concretização do flagrante será evidentemente hábil a confirmar, *a posteriori*, a existência de fundadas razões justificando a adoção da medida pela situação de

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 598.051 - SP (2020/0176244-9). Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Rodrigo de Oliveira Fernandes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Votação unânime. Brasília, 02 de março de 2021. Diário da Justiça Eletrônico. 15 Mar 2021. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=122438401&tipo=5&nreg=202001762449&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210315&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 603616/RO Rondônia. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Votação unânime. Brasília, 03 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 93. 15 Maio 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 Mar. 2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

flagrante delito.

Não se pode tampouco olvidar que o Pretório Excelso, por decisão de lavra do Ministro Alexandre de Moraes, anulou determinação do colendo Superior Tribunal de Justiça que obrigava policiais a registrarem em áudio e vídeo a entrada em residências. A assertiva por parte dos policiais no sentido de que seu ingresso na residência ocorreu de modo legal tem, portanto, presunção de veracidade. Consoante o relator:

Na presente hipótese, apesar de ter alegado que “ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares”, o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, pois criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir que, “além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”. Assim atuando, o Superior Tribunal de Justiça tornou conflituosa a relação entre o juiz e o legislador e desrespeitou, no exercício da interpretação, uma importante expressão restritiva do poder dos juízes enunciada pelo *JUSTICE HOLMES*, em 1917: “os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas se nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas” (*Southern Pacific Co. v. Jensen*, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917).

Incabível, portanto, na presente hipótese e em sede de *habeas corpus* individual, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo o aparelhamento de suas polícias, assim como o treinamento de seu efetivo e a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

que pese inexistir (*sic*) tais requisitos no inciso XI, do art. 5º da CF/88, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa SUPREMA CORTE.⁴

O Supremo Tribunal Federal recentemente ainda refutou, em julgamento conduzido pelo voto da Eminente Ministra Rosa Weber, a alegada necessidade de mandado para o ingresso no domicílio, na hipótese de existir estado de flagrância quanto à posse de drogas para fins de tráfico, eis que se cuida de crime permanente:

Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – Crime de tráfico de drogas – [...] – Violação de domicílio – [...] – Delito de natureza permanente – Prisão em flagrante – Reexame do acervo fático-probatório – Inviabilidade – Flagrante ilegalidade ou teratologia não identificadas

[...] 4 – A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. [...]⁵.

Rejeita-se, portanto, a arguição de nulidade e, por consequência, a invalidade das provas derivadas.

Por quarto, melhor sorte não socorre o apelante, com relação à alegação de discrepâncias relativas às viaturas policiais utilizadas no flagrante (“ausência de extrato de localização das

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE/1342077 - Recurso Extraordinário. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Rodrigo de Oliveira Fernandes. *Amicus Curiae*: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Brasília, 02 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 240, divulgado em 03 Dez 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 Fev. 2022.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 213852 AG.Reg./RJ Rio de Janeiro. Agravante Gaetano Maffizzoli. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Rosa Weber. 1ª Turma. Votação unânime, em sessão virtual. Brasília, 30 de maio de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 93. 01 Junho 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351512534&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 Jun. 2022.

viaturas policiais”). Conforme bem explanado, mais uma vez, nas contrarrazões recursais (fls. 393/394):

Não merece ser acolhida a alegação da defesa quanto à ausência do extrato de localização GPS da viatura I-26210, tampouco as inferências realizadas em relação à confissão do apelante.

Inicialmente, conforme esclarecido pela Secretaria da Polícia Militar (fl. 209), a viatura I-26210, utilizada pelo 1º Sgt PM Leandro, estava indisponível para localização via GPS devido à ausência do equipamento Terminal Portátil de Dados (TPD) na ocasião dos fatos. Tal justificativa encontra respaldo técnico e não configura qualquer irregularidade ou má-fé por parte dos agentes de segurança.

Ademais, o extrato de localização GPS da viatura I-26238 foi devidamente juntado aos autos (fls. 209/244), demonstrando com exatidão o itinerário e os horários nos quais a abordagem e os demais procedimentos ocorreram. Não há elementos que sustentem a alegação de que outra viatura teria permanecido em frente à residência do apelante para constrangê-lo a confessar. A defesa, por sua vez, não apresentou provas concretas que amparem essa tese, limitando-se a especulações infundadas.

Por fim, destaca-se que a confissão do apelante não foi obtida mediante coação ou qualquer violação de garantias fundamentais. Trata-se de manifestação voluntária, realizada na presença de autoridades, sem qualquer indício de vício de consentimento. A inexistência do registro GPS da viatura I-26210, por motivos devidamente esclarecidos nos autos, não compromete a regularidade dos atos praticados pelos policiais ou a validade das provas produzidas.

Por último, a alegada “quebra da cadeia de custódia” tratou-se, na verdade, de mero erro material, naturalmente incapaz de invalidar a prova da materialidade delitiva (fls. 397):

Conforme apontado pela defesa, verifica-se uma aparente divergência entre o número do lacre atribuído às porções de cocaína no auto de constatação preliminar de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

substância entorpecente (fls. 22/23), que indica o lacre nº 0054954, e o laudo pericial (fls. 103/105), que menciona o lacre nº 0034447.

Entretanto, ainda que haja essa discrepância, trata-se de mero erro material, considerando que as demais informações constantes no auto de exibição e apreensão — como o nome do réu, o peso, a qualidade e a descrição da substância apreendida — são inteiramente compatíveis. Tais elementos reforçam que se trata de um equívoco de digitação, sem qualquer repercussão na integridade das provas.

Ademais, é importante ressaltar que a simples divergência no número do lacre, isoladamente, não configura prova suficiente para demonstrar a quebra da cadeia de custódia, tampouco para atrair nulidade dos atos processuais.

Todas as preliminares arguidas devem ser, em síntese, rejeitadas. Como bem resumido pelo i. parecerista oficiante (fls. 419/421):

De início, não obstante as alegações defensivas, restou bem delineada a justa causa que pautou a legítima atuação dos policiais.

A tese da Defesa sobre suposta troca de viaturas na busca domiciliar não passa de ilações sem respaldo probatório. Consoante explicado pelo policial Leandro, houve uma segunda viatura que apenas ofereceu apoio à primeira, em que estava o policial Bruno. Ademais, o extrato de localização GPS desta viatura foi devidamente juntado aos autos (fls. 209/244), demonstrando com exatidão o itinerário e os horários nos quais a abordagem e os procedimentos ocorreram.

Outrossim, a abordagem policial foi realizada diante de atitude suspeita do acusado. Assim que notou a presença da viatura, abaixou-se no veículo que conduzia e fez menção de esconder algo no painel. Tal conduta levantou suspeitas que levaram à abordagem. A conduta dos policiais, portanto, uma vez que pautada na bem delineada justa causa, mostra-se legítima.

Durante a abordagem, foram encontrados em sua posse dois telefones celulares. Ademais, ao ser questionado pelos policiais acerca das drogas e armas, o acusado admitiu que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

as denúncias eram verdadeiras, e autorizou a entrada dos policiais em sua residência.

A esse respeito, ressalto que a autorização foi registrada em vídeo, não havendo qualquer indício de coação praticada pelos policiais, consoante alega a Defesa; a qual, entretanto, não fez qualquer prova nesse sentido. Afastadas, portanto, as nulidades ventiladas.

Ainda, a defesa apontou uma aparente inconsistência entre os documentos oficiais relativos à apreensão de substâncias entorpecentes. Especificamente, notou-se uma discrepância no número do lacre atribuído às amostras de cocaína. O auto de constatação preliminar (fls. 22/23) registra o lacre nº 0054954, enquanto o laudo pericial (fls. 103/105) menciona o lacre nº 0034447.

Não obstante essa divergência, é plausível considerar que se trata de um mero erro de transcrição. Esta interpretação é respaldada pela consistência dos demais elementos cruciais presentes nos documentos, como a identificação do acusado, a massa da substância apreendida, sua natureza e descrição detalhada. A coerência desses dados fundamentais afasta impacto significativo na integridade do conjunto probatório.

É crucial ressaltar que uma simples discordância no número de identificação do lacre, quando isolada, não constitui evidência suficiente para caracterizar uma quebra na cadeia de custódia. Tampouco tal disparidade é capaz, por si só, de provocar a nulidade dos procedimentos processuais.

Ainda que assim não se entenda, eventual comprometimento limita-se estritamente às amostras de cocaína. Essa delimitação preserva a validade e a integridade dos demais itens apreendidos no contexto da operação policial.

No mérito, o recurso também não merece prosperar.

A condenação do acusado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, bem como pelo cometimento do delito de posse ilegal de arma de fogo e de munição de uso restrito foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelos autos de fls. 19/23, pela fotografia de fls. 29, pelo laudo pericial de fls. 89/99 (submetralhadora, com “condições técnicas necessárias para o funcionamento adequado”, sendo a arma “eficaz para a realização de disparos”), pelos exames químico-toxicológicos de fls. 100/105 e pelas anotações, relacionadas ao tráfico de entorpecentes, encartadas a fls. 106/116.

A prova oral (fls. 251/252 e arquivos digitais) colhida na instrução criminal, que conta com a confissão do réu e com os depoimentos dos policiais, todos nos exatos termos acima narrados, mostrou-se, outrossim, apta, não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

***Habeas corpus* — Condenação baseada em depoimentos de investigadores, que descreveram o ocorrido de forma coerente e segura, com apoio em mais elementos probatórios**

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.⁶

Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.577/SP. Paciente/Impetrante: Francisco Carneiro Neto. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, DF, 06 de novembro de 1973. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. v. 68, tomo 1, Abr. 1974, p. 64.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prejudicar inocentes.⁷

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Pontue-se que, para o reconhecimento da ocorrência do crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03, basta a presença de laudo pericial confirmando potencialidade lesiva da arma de fogo ou de munição de uso restrito apreendida, e a produção de prova oral no sentido de que o agente foi flagrado a possuindo, detendo, portando, adquirindo, fornecendo, recebendo, tendo em depósito, transportando, ou cedendo. No presente caso (fls. 335),

[...] embora artesanal, trata-se de arma de uso restrito. Isso porque, tratando-se de arma de fabricação artesanal a classificação de uso permitido ou restrito depende do exame da equivalência, com as armas industriais. E no caso, tratando-se de uma submetralhadora, usada, em bom estado de conservação, de fabricação artesanal, aparentando semelhança com as pistolas automáticas 'MAC' (*'Military Armament Corporation/USA'*), modelo MAC-11, de calibre nominal '9 mm (9x 19 mm)', de funcionamento automático, de percussão central, de carga por carregador, de 01 (uma) câmara, de cano com 123 mm de comprimento e de ejeção automática. Trata-se, portanto, de arma de uso restrito.

⁷ BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação nº 795.471/2 - São Paulo. Apelantes: Manoel Luiz da Silva Filho ou José Antônio da Silva Filho ou Manoel Luís da Silva Filho e Luiz Eduardo Dias dos Santos ou Luís Eduardo Dias dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gonzaga Franceschini. 12ª Câmara. Votação unânime. São Paulo, 28 de junho de 1993. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 18. Abril, Maio e Junho de 1993, p. 80.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Não é hipótese, ao contrário do alegado pela Defesa, de afastamento do mencionado crime, para reconhecimento da majorante descrita no art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06 (delito cometido com emprego de arma de fogo), pois inexiste nos autos qualquer indicativo “de que o armamento encontrado na residência do réu estava relacionado com qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva na prática da traficância” (fls. 335).

Inviável, outrossim, o acolhimento da pretensão subsidiária de reconhecimento de concurso formal entre os crimes de tráfico de entorpecentes e de posse de arma de fogo e de munição de uso restrito, pois tais delitos “são tipificados como condutas distintas”. “No caso dos autos, ambos foram praticados de forma dolosa, sem qualquer elemento que afaste os desígnios autônomos no cometimento de um e de outro crime” (fls. 335). Cumpre ser mantido, portanto, o concurso material, corretamente reconhecido na r. sentença, nos termos do art. 69 do CP.

As reprimendas, dosadas e fundamentadas em consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, com a imposição do regime inicial fechado, não comportam qualquer reparo, mas apenas na ausência de recurso por parte do Ministério Público.

A) Do tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06)

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e no art. 59 do CP, cujas circunstâncias judiciais o Magistrado *a quo* corretamente reputou desfavoráveis ao acusado, as suas penas-base foram estabelecidas em 05 anos e 10 meses de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

reclusão e em 583 dias-multa (o que equivale ao mínimo legal, acrescido de 1/6), sob a seguinte fundamentação (fls. 337):

As circunstâncias são desfavoráveis. Isso porque, além da quantidade de droga apreendida, a natureza da droga e o alto poder lesivo, indicam que não se trata de mero usuário que trafica para o seu próprio sustento. No mais, o crime foi cometido em concurso com a posse de arma de uso restrito.

Ressalte-se que, nos casos de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/06), é perfeitamente admissível a elevação das pena-bases com fundamento na quantidade e na variedade mais nociva do tóxico apreendido, nos termos do art. 42 da Lei de Tóxicos.

Foi apreendida, no presente caso, considerável quantidade de entorpecentes que são, notoriamente, altamente viciantes e prejudiciais à saúde dos usuários (99,24 gramas de cocaína, sob a forma de “*crack*”, divididos em 02 “pedras”; e 278,59 gramas de cocaína em pó, distribuídos em 04 invólucros). Tal circunstância já justifica, por si só, a exacerbação das básicas, nos termos efetuados na r. sentença. Não se cogita, portanto, da pretendida imposição das penas-base no mínimo legal.

b) na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, as reprimendas retornaram ao mínimo legal; ou seja, a 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, em virtude da confissão espontânea do réu.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, inaplicáveis causas de aumento, ou de diminuição, as sanções restaram assim finalizadas.

Destaque-se que não era caso, evidentemente, da

almejada aplicação do redutor descrito no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, pois é óbvio que o acusado se dedicava a atividades criminosas. Afinal, além da apreensão de considerável quantidade de entorpecentes, de submetralhadora e de munição, diversos apetrechos, destinados ao tráfico ilícito, foram encontrados em seu poder, além de **anotações relacionadas à contabilidade da venda espúria** e de significativa quantia monetária (R\$ 435,00). Como bem fundamentado na r. sentença (fls. 333),

[...] conforme consta do auto de exibição e apreensão, por ocasião do flagrante, foram encontradas 02 balanças pequenas, uma da marca '*Diamond*' e outra da marca '*Flex Utilidades*', um caderno com anotações diversas e contabilidades relacionados ao tráfico, cujas folhas foram juntadas às fls. 106/116.

Além disso, outros petrechos que comprovam a destinação dos entorpecentes ao tráfico foram relacionados, como um saco plástico contendo 346 *eppendorfs* vazios, comumente utilizados para o armazenamento de entorpecentes, e um saco contendo diversos saquinhos do tipo '*Ziploc*' zipado, outro meio de separar as drogas em doses individuais.

[...]

As anotações encontradas no caderno aparentemente representavam espécie de contabilidade rudimentar. Dentro do cenário dos fatos, bem como em atenção às apreensões que ordinariamente são feitas, tais anotações mostram-se relacionadas ao tráfico.

Descabe, outrossim, a pleiteada redução das penas, pelo disposto no art. 41 da Lei n. 11.343/06, pois o réu foi o único acusado pela prática dos fatos aqui tratados. Logo, não colaborou voluntariamente na “identificação dos demais coautores ou partícipes do crime”, como determina o mencionado dispositivo legal.

B) Da posse ilegal de arma de fogo e de munição de uso restrito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03)

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, cujas circunstâncias judiciais o Magistrado *a quo* reputou favoráveis ao acusado, as suas penas-base foram estabelecidas no mínimo legal, ou seja, em 03 anos de reclusão e em 10 dias-multa. Pondere-se que critérios para classificar armas como de uso restrito, como a energia da munição na saída do cano (acima de 407 joules para calibres como .38 SPL, 9mm, .40 S&W, por exemplo), vêm estabelecidos em decreto do Executivo Federal. No caso concreto, caberia, pois, majoração das penas-base da ordem de ½, eis que não se cuida de mera arma de uso restrito, mas de submetralhadora 9 mm, arma de potencial mais letal do que outras listadas no rol governamental. A ausência de recurso por parte do Ministério Público impede, contudo, a retificação.

b) na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, as reprimendas permaneceram no mesmo patamar, diante da impossibilidade de a confissão espontânea reduzir as sanções aquém do mínimo legal.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, inaplicáveis causas de aumento, ou de diminuição, as sanções restaram assim finalizadas.

C) Do concurso material (art. 69 do CP)

Por derradeiro, após já terem sido finalizadas as reprimendas concernentes a cada crime, ante o reconhecimento do concurso material previsto no art. 69 do CP, acertada sua soma. Chegou-se corretamente a um total final consolidado de 08 anos de

reclusão e de 510 dias-multa.

D) Do regime inicial

Tendo-se em vista a quantidade de privação de liberdade imposta, a gravidade concreta das condutas perpetradas e, sobretudo, as circunstâncias judiciais negativas constatadas, mostrou-se adequada a imposição do regime inicial **fechado**, com fundamento no art. 33, §3º, do CP, não havendo que cogitar-se da almejada fixação de regime inicial mais brando.

Destaque-se que, conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade, como o aqui tratado, no qual, além de tudo, houve apreensão de arma de fogo e de munição de uso restrito.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 8 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado, bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

No que diz respeito à pretendida detração, o merecimento do reeducando integra necessariamente os requisitos para sua promoção de regime, sendo vital à individualização da pena que a promoção não se dê de modo automático, como sugeriria uma

interpretação desavisada e superficial da redação do § 2º, do art. 387, do CPP, após a reforma de 2012, mesmo porque tal depende do preenchimento de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. Deve-se ressaltar que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o CP e não o CPP. Na medida em que a reforma empreendida pela Lei n. 12.736/2012 não revogou o art. 33, § 3º, do CP, a fixação de regime inicial deve ainda considerar obrigatoriamente se foram ou não preenchidas as condições subjetivas, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

A posterior progressão de regime vem, ademais, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para que seja efetuada aludida progressão, destaque-se, faz-se necessário que sejam sopesados os respectivos requisitos pelo Juiz natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, e não o prolator da sentença.

E) Da substituição da privação de liberdade por penas restritivas de direitos

Na hipótese dos autos, tendo sido imposta privação de liberdade total superior a quatro anos, não se concebe, por fim, sua conversão em penas restritivas de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP.

Ante o exposto, **na ausência de recurso por parte do Ministério Público, apenas são rejeitadas as preliminares arguidas, sendo negado provimento ao apelo Defensivo** interposto em favor de KELVIN GABRIEL DE OLIVEIRA VITAL. Resta, pois,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Sem prejuízo da custódia cautelar anteriormente decretada, ora mantida pela ausência de alteração na conjuntura que determinou sua decretação, fica determinada, desde já, a expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime fechado, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

ROBERTO GRASSI NETO
Relator