



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000425314

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500287-62.2024.8.26.0416, da Comarca de Panorama, em que é apelante LUCAS FRAGOZO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), TOLOZA NETO E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

HUGO MARANZANO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1500287-62.2024.8.26.0416

3ª Câmara Criminal

Apelante: LUCAS FRAGOZO DOS SANTOS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 6691

APELAÇÃO. Tráfico de Drogas. Pleito Defensivo: Preliminar. Pedido de apelo em liberdade prejudicado em razão do julgamento do presente recurso. Nulidade por violação de domicílio. Prova ilícita. Insubistência. Ingresso na residência que se encontra bem justificado. Delito permanente, mantendo-se o agente em flagrante delito enquanto não cessada a permanência. Precedentes. Preliminar rejeitada.

Mérito. Recurso defensivo: Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas pelo farto material probatório amealhado aos autos. Palavras dos agentes públicos corroboradas por demais elementos acostados aos autos. Hipótese de atuação arbitrária dos policiais que não encontra respaldo e é de baixíssima credibilidade. Condenação mantida.

Dosimetria. Penas corretamente fixadas. Réu portador de maus antecedentes e multirreincidente, inviabilizando a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Regime fechado mantido. Concessão dos benefícios da justiça gratuita. Matéria afeta ao Juízo das Execuções. Recurso Desprovido.

Lucas Fragozo dos Santos, qualificado nos autos, foi processado e ao final condenado, por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Luiz Henrique Siqueira Silva, da 2ª Vara Judicial do Foro de Panorama – SP, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no patamar

mínimo, sendo vedado o recurso em liberdade (fls. 189/200).

Inconformado, o réu apela suscitando a nulidade das provas obtidas a partir da ilegalidade da busca domiciliar. No mérito, postula a absolvição por ausência de provas. Em linha subsidiária, almeja a diminuição das reprimendas impostas, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o abrandamento do regime prisional, a concessão do apelo em liberdade e do benefício da justiça gratuita (fls. 237/253).

O recurso foi respondido (fls. 259/263) e a d. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo desprovimento (fls. 270/290).

Instadas as partes a se manifestarem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É a síntese do necessário.

De proêmio, consigno que o pedido Defensivo objetivando que o réu aguarde em liberdade o processamento do recurso se mostra prejudicado, na medida em que o apelo já está sendo julgado.

Ademais, por ocasião da audiência de custódia, o réu teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva em razão dos maus antecedentes e da multirreincidência por ele ostentados (fls. 80/83), a qual foi mantida de forma fundamentada por ocasião da prolação da r. sentença condenatória, nos seguintes termos:

“O réu é reincidente e encontra-se preso preventivamente desde a data em que ocorreria o crime, não tendo a instrução processual revelado nada no sentido da modificação do quadro fático em que se apoiou a decretação da prisão preventiva, restando revigorados os requisitos para sua manutenção, notadamente a necessidade de custodiá-lo para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, especialmente por ter se confirmado a materialidade e autoria delitiva.” (fl. 198).

Outrossim, não há que se falar em nulidade das provas obtidas a partir da busca domiciliar.

Extraí-se do conjunto probatório amealhado, como se verá adiante, que a diligência dos policiais militares – ingresso em domicílio - com consequente prisão em flagrante delito pela posse de drogas ilícitas visando ao consumo de terceiros ocorreu de modo regular, com espreque em fundada suspeita de prática delituosa e na autorização expressa de morador para entrada em domicílio, inexistindo qualquer violação

ao disposto no art. 240, do Código de Processo Penal.

Depreende-se dos autos que, à época dos fatos, havia diversas denúncias informando que o acusado exercia a narcotraficância no interior de sua residência. No dia dos fatos, policiais militares permaneceram em campanha próximo ao endereço do acusado, oportunidade em que avistaram Alex, já conhecido usuário de drogas, ingressando na residência de Lucas. Assim que Alex saiu do imóvel, foi feita sua abordagem, sendo encontrada uma porção de cocaína em sua posse, a qual ele informou ter adquirido com Lucas. Diante desse cenário, os milicianos ingressaram na residência do réu, onde encontraram porções da mesma droga, cujas embalagens eram semelhantes à que havia sido apreendida com Alex. Em razão de tais fatos, o réu foi conduzido à delegacia de polícia, onde foi elaborado o boletim de ocorrência.

Daí que a atuação policial, conjugado todos esses elementos, não se afigura ilegal ou abusiva, não havendo que falar em desvio de finalidade ou nulidade decorrente do ingresso em domicílio pelos agentes.

Em sintonia:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravante, reincidente, preso com drogas, arma e balança. 3. A Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, ao contraditório e à inviolabilidade do

domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 4. Fugir ao avistar viatura, pulando muros, gesticular como quem segura algo na cintura e reagir de modo próprio e conhecido pela ciência aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública. 5. Alegação de violação a domicílio. Caso concreto. Inocorrência. 6. Agravo improvido. (STF. Ag. Reg. RHC 229.514. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Decisão Unânime, p. 23/10/2023).

Há de se destacar, ainda, que a hipótese fática configura crime permanente e, nesse caso, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Desse modo, enquanto o crime estiver ocorrendo, agentes de segurança poderão proceder à busca domiciliar, independentemente da existência de mandado judicial.

Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE*

ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA. INOCORRÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL.

I - Tratando-se os delitos de tráfico ilícito de substância entorpecente e posse de arma de fogo de crimes de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar que culmina com a prisão do paciente em flagrante, não constitui ilegalidade, pois evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes). Ademais, restaram observados os requisitos previstos no art. 304, do CPP. II - Os policiais que participaram da custódia em flagrante do paciente podem figurar como testemunhas no auto de prisão."(HC 27269/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 25/08/2003). (...) Writ denegado. (HC 124444 MG 2008/02817-0. Min. FELIX FISCHER; julgamento 19/03/2009; T5 QUINTA TURMA; Publicação DJe 01/06/2009.

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu situação semelhante:

“O entendimento adotado pelo SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. Essa é a orientação que vem sendo adotada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em julgados recentes (HC 201.874 AgR/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 30/06/2021; HC 202.040 MC/RS, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 11/06/2021; RHC 201.112/SC, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 28/05/2021; HC 202.344/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 28/05/2021; RE 1.305.690/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/03/2021; RE 1.170.918/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 03/12/2018), da qual destaco o RHC 181.563/BA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/03/2020, que registrou: “O crime de tráfico é permanente e, portanto, a busca domiciliar no imóvel não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República. No caso dos autos, há, ainda, a notícia judicialmente adotada pelo Tribunal de origem de que “...constata-se que agentes policiais, após receberem denúncias sobre a ocorrência de tráfico de drogas, apontando a alcunha e o endereço do recorrente, empreenderam diligências a fim de averiguar o quanto informado e lograram surpreendê-lo com excessiva quantidade de maconha, tendo,

posteriormente, com o consentimento do réu, consoante extrai-se do seu próprio interrogatório, dirigido até sua residência, local onde encontraram mais drogas". (RE 1447374 / MS - MATO GROSSO DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 30/08/2023. Publicação: 31/08/2023).

Não há, desse modo, qualquer ilicitude ou nulidade a ser reconhecida.

Assim, passa-se ao exame do mérito.

Consta dos autos que, no dia 12 de junho de 2024, no período noturno, na Avenida Antônio Domingues Bordin, nº 2.840, Bairro Marrecas, na Comarca de Panorama, **Lucas Fragozo dos Santos**, vendeu a Alex Ferreira da Silva massa líquida de 0,4 g (quarenta centigramas) de cocaína, bem como mantinha em depósito, em sua residência, para fins de entrega a terceiros massa líquida de 5,06 g (cinco gramas e seis centigramas) de cocaína (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 14-15 e laudo de constatação provisória de fls. 17- 28 e laudos definitivos que serão juntados oportunamente), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo restou apurado, “(...) os *Policiais Militares*, que já haviam recebido denúncias de que o *DENUNCIADO* estaria praticando a mercancia de entorpecentes, montaram um ponto de observação perante o imóvel do *DENUNCIADO*.

Em certo momento, Alex Ferreira da Silva, alcunha “Lekinha”, conhecido como usuário de drogas, se aproximou da residência do *DENUNCIADO* e entrou no local, retornando logo em seguida para vigiar o movimento da rua e retornando para dentro.

Momento depois, Alex saiu da residência do *DENUNCIADO*, atravessou o canteiro central da Avenida Antônio Domingues Bordin, e foi abordado pelos *Policiais Militares* na Rua Adolfo Vieira de Freitas. Em revista pessoal, foi localizado no bolso da camisa de Alex uma porção contendo substâncias que aparentava ser cocaína. Ao ser indagado pelos *Policiais Militares*, Alex confirmou que adquirira a porção de droga com o *DENUNCIADO*.

Dessa forma, considerando a fundada suspeita, os *Policiais Militares* se deslocaram até a residência do *DENUNCIADO*, que se encontrava na porta de entrada que dá acesso à cozinha. Em busca pela residência, os *Policiais Militares* lograram encontrar em cima de um armário/cômoda no quarto, 04 (quatro) porções que aparentava tratar-se de cocaína e 1 (uma) pedra bruta que também aparentava ser cocaína.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outrossim, o invólucro da porção encontrada com Alex é semelhante aos invólucros das porções encontradas no imóvel residencial do DENUNCIADO.

Submetidos os entorpecentes a exame preliminar de constatação, verificou-se tratar-se de 5,46 g (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 14-15 e laudo de constatação provisória de fls. 17-28 e laudos definitivos que serão juntados oportunamente).

A venda de porção de entorpecente, a quantidade de drogas apreendidas, forma de acondicionamento, bem como as circunstâncias do flagrante, evidenciam a traficância.”

Esses são os fatos.

A autoria e materialidade delitivas foram cabalmente comprovadas, sobretudo pelos seguintes elementos de prova: auto de prisão em flagrante de fls. 01/02, boletim de ocorrência de fls. 106/108, auto de exibição e apreensão de fls. 14/15, auto de constatação preliminar de substância entorpecente de fls. 17 /19, fotografias de fls. 20/31, laudo de exame químico toxicológico de fls. 159/161, bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

Senão vejamos.

O policial militar Gelton relatou que já havia denúncias a respeito da prática de tráfico de drogas pelo réu em sua residência. Essas delações foram recebidas via 190 e também eram feitas por usuários e transeuntes. Na data dos fatos, montaram um ponto de observação a cerca de 50 metros da residência do réu, oportunidade em que avistaram o usuário “Lekinha” (Alex), também conhecido do meio policial pela prática de furtos e por ser usuário de drogas, entrando na residência do acusado. Não visualizou com clareza a entrega de algum objeto, mas depois do breve contato, “Lekinha” saiu da residência do réu, olhou para os dois lados, voltou para o interior do imóvel e saiu apressadamente. Realizada a abordagem de Alex, no bolso de sua camisa foi encontrada uma porção de cocaína (crack). Indagado, Alex tentou negar os fatos, mas posteriormente confirmou ter adquirido a droga com Lucas. Ingressou no imóvel do réu e lhe deu voz de prisão. Sobre uma grande cômoda/guarda roupa, encontrou quatro porções de cocaína embaladas de forma semelhante àquela apreendida com Alex e uma pedra bruta de crack. Lucas pediu para acionar seu advogado (Dr. Elienai), que compareceu e acompanhou o restante da busca. Disse que a companheira do réu acompanhou o início da vistoria e encaminharam os fatos à delegacia. Indagado, o réu apresentou várias versões; alegou que os entorpecentes eram para uso na companhia de Alex, que era usuário e que as substâncias se destinavam ao pagamento de uma prestação de serviços efetuado por Alex. Declarou que a polícia civil tinha ciência dos registros de denúncias pelo 190.

Relatou ter informado o réu da desnecessidade de resposta à inquirição informal e ele solicitou a presença do advogado, bem como respondeu espontaneamente às perguntas, apresentando várias versões a respeito das drogas.

O policial militar Pedro Willian narrou que, no dia dos fatos, realizava patrulhamento na companhia do policial militar Gelton, quando receberam informações da prática de tráfico pelo réu e providenciaram um ponto de observação nas proximidades da residência dele. Disse que o local era ermo e o ponto de observação foi montado a cerca de 50 metros da residência do acusado. Em dado momento, visualizaram um indivíduo entrando na residência do réu; na sequência, ele saiu, olhou para os dois lados, voltou para a casa do acusado e novamente saiu em passos acelerados. Disse que o indivíduo seguia em direção à viatura e foi abordado. Em busca pessoal, encontrou uma porção de cocaína no bolso da camisa do indivíduo que, indagado, disse que era usuário e havia adquirido a droga com Lucas. Colocaram o indivíduo na viatura e se deslocaram à casa de Lucas. Solicitou apoio policial e Gelton entrou na residência, onde encontrou uma porção de entorpecente. Disse que a companheira do réu solicitou a presença do Dr. Elienai. Contou que, com o apoio do cão farejador, fizeram nova vistoria na residência e nada mais foi encontrado. Esclareceu que abordaram Alex pela atitude suspeita de verificar a rua e sair apressado, pelas denúncias pretéritas e pelas informações de que o indivíduo era usuário de drogas.

A testemunha Alex narrou que, no dia do ocorrido, foi até a residência de Lucas para conversarem a respeito de uma proposta de trabalho. Estavam conversando em frente à residência e, quando deixou o local, foi abordado nas proximidades por policiais militares. Disse que havia dois policiais, um no interior da viatura e um do lado de fora. Em razão de seu passado relacionado a entorpecentes, Gelton pegou uma porção de droga de dentro do colete e disse: *“essa droga aqui agora é sua”* (sic). Afirmou que o policial ainda o obrigou a entrar na viatura e, pelo fato de ter resistido, foi agredido por Gelton com dois tapas no rosto. Foi colocado dentro da viatura e levado até a residência de Lucas. Contou que o réu foi colocado do lado de fora da casa e ouviu a esposa dele gritando de dentro do imóvel, dizendo que o policial havia dispensado porções de droga ali. Avisou Lucas de que os policiais estavam “forjando”. Negou que Lucas tenha lhe vendido drogas. Disse que foi abordado pelos policiais a 500 metros de onde estava; que, não portava drogas, sequer vestia roupa com bolsos. Ouviu a esposa de Lucas dizer que o policial havia jogado a droga dentro do guarda roupa. Alegou que, na delegacia, disse que o crime foi “forjado”. O policial Gelton lhe disse que, por conta de seu passado, se o visse na rua iria forjar o tráfico. Sabe de três pessoas que tiveram o crime “forjado” pelos policiais (Claudinho, Lucas e Miguel). Confirmou que Gelton praticou denúncia caluniosa forjando o delito de tráfico. Reiterou que sofreu violência policial e o que disse na delegacia é verdade.

A informante Lorraine, esposa do acusado, disse que, no dia dos fatos, Lucas estava em casa cuidando do filho, quando foram surpreendidos pelos policiais com arma em punho e dizendo “*você perdeu, a casa caiu*” (sic). Declarou que foram colocados para fora da residência e que na viatura se encontrava Lekinha (Alex). Acompanhou a vistoria com a permissão de um dos policiais e, enquanto se aproximava do quarto, viu o policial Gelton dispensando algo no interior do guarda roupa. Alegou que o policial disse “*vocês não tinham, agora vão ter*” (sic) e a colocou para fora. Gritou para Lucas que o policial estava forjando e “Lekinha” confirmou. Afirmou que Alex esteve em sua casa naquele dia conversando com Lucas sobre um trabalho, mas que ele não chegou a entrar no interior do imóvel. A polícia chegou ao local cerca de 5 minutos depois que ele saiu. Disse que seu esposo trabalha e não vende drogas. Afirmou que “Lekinha” dizia que o policial estava “forjando” e estava com a droga dentro do colete. Depois, quando o advogado chegou na residência, o policial disse que “*nem tinha como caçar ali*” (sic), colocaram Lucas na viatura e o levaram. Reiterou que os policiais forjaram o tráfico. Disse que “Lekinha” contou que levou dois tapas do policial.

Na fase policial, o acusado declarou que, na noite dos fatos, “*estava em sua residência quando o conhecido Alex chegou, pois havia combinado de contratá-lo para prestar serviço de alvenaria na parte da frente de sua residência e ambos saíram do imóvel para visualizar o serviço a ser*

prestado para início no dia seguinte. Em seguida, Alex foi embora e o interrogando retorno para sua residência. Nega a venda e ou fornecimento de droga para Alex e desconhece o que supostamente foi encontrado dentro de sua casa, tendo em vista que exerce a profissão de forneiro nas cerâmicas da cidade de Panorama. Não sofreu violência policial. Depois que Alex deixou a sua residência, o mesmo retornou na companhia dos policiais militares e todo momento Alex esbravejava e dizia que a droga não lhe pertencia e tinha sido forjado. Em momento algum confidenciou aos policiais militares a venda e ou fornecimento de droga para Alex e as buscas no interior de sua residência não foi acompanhado por nenhum morador, ou seja, o interrogando e sua convivente.” (fl. 08/09).

Em juízo, negou a prática delitiva. Disse que foi injustamente incriminado pelos policiais. Alegou que o policial Gelton colocou as drogas no guarda roupa e disse que iria forjar contra todos os usuários porque estavam “dando trabalho” na cidade. Disse que indagou o policial Pedro sobre a conduta de Gelton e ele disse que “cada um é cada um” (sic). Contou que sua esposa gritou que os policiais haviam dispensado a droga no guarda roupa e “Lekinha” disse que foi forjado também. Alegou ser apenas usuário de entorpecentes.

Essas são as provas dos autos, suficientes para sustentar a condenação do acusado pelo delito de tráfico de drogas.

Com efeito, destaca-se que todos os agentes públicos, ouvidos ao longo do procedimento, relataram de forma congruente, segura e coesa como se deram os fatos que culminaram com a apreensão dos tóxicos.

Os agentes públicos, observe-se, não deram indícios de que agiam com tendenciosidade; tampouco transpareceram qualquer sorte de motivo escuso na incriminação do acusado, a quem sequer conheciam previamente. Daí que, com efeito, não é possível, simplesmente, presumir sua parcialidade. Mesmo porque, note-se, não faria sentido o Estado atribuir a agentes públicos a função de realizar investigações, monitoramentos e prisões em flagrante, porém negar credibilidade aos depoimentos prestados em decorrência desse mister.

Não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Ao contrário, os funcionários públicos têm a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente.

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do

devido processo legal, bem como as reiteradas informações anônimas sobre a traficância que foram confirmadas pelos agentes públicos, como ocorreu no presente caso. Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte). Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.” (STJ, Habeas Corpus nº 633.615 – SP, Decisão Monocrática, j. 27/01/2021).

No mesmo sentido: STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1.661.191 – AM, Min. Jorge Mussi, Decisão Monocrática, j. 22/06/2020; STJ, Habeas Corpus nº 485.534 – SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 21/05/2019; STJ Habeas Corpus nº 382.206 – RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 10/02/2017.

Anote-se que a atuação dos agentes públicos se revestiu de legalidade, conforme analisado alhures, não havendo nenhuma demonstração concreta de irregularidade

ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado.

Portanto, nada há nos autos que possa sugerir que tenham artificialmente engendrado esse episódio de modo e para o fim de prejudicar o réu.

A hipótese de que os agentes públicos teriam “forjado” o flagrante, isto é, atribuído ao réu drogas que não lhe pertenciam, é de baixa probabilidade, sem ressonância em qualquer elemento nos autos.

Não faz sentido que agentes públicos, sem nenhuma razão aparente, resolvessem incriminar o acusado com drogas que não eram suas e conduzi-lo em flagrante por crime que não cometeu. Não é razoável que guardas municipais, policiais civis e militares se submetessem a tanto trabalho para prejudicar o acusado, pessoa a quem sequer conheciam previamente, correndo, ainda por cima, todo risco de punições (criminais, administrativas e civis), com potencial afetação da sua liberdade de ir e vir, carreira e patrimônio.

Com efeito, o crime de narcotráfico imputado ao réu não exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio*, para consumação do delito.

Logo, evidenciado o dolo e o ânimo de mercancia dos entorpecentes, pois as particularidades do caso concreto, notadamente a existência de denúncias anteriores, a apreensão de drogas com Alex, já conhecido dos meios policiais por ser usuário de entorpecentes, logo após sair da residência do acusado, e a localização de entorpecentes fracionados na casa de Lucas, evidenciam a destinação mercantil do material proscrito apreendido, sendo amplas e seguras as provas amealhadas nos autos no sentido da caracterização do crime de tráfico de drogas.

Dessa forma, a responsabilidade do réu está comprovada pela robustez do conjunto probatório carreado aos autos e nenhum elemento trazido foi capaz de amparar factual e objetivamente sua defesa, de modo a macular a certeza da demonstração de sua conduta ilícita pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Passa-se ao exame do cálculo dosimétrico.

Na primeira fase, sopesados os maus antecedentes ostentados pelo acusado (autos nº 0000031-14.2015.8.26.0416 e nº 0002317-28.2016.8.26.016 – fls. 68/75), a pena-base foi fixada em 1/8 acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

De se ponderar que a utilização das condenações alhures como maus antecedentes em nada interfere no reconhecimento da agravante da reincidência, vez que decorrente de condenação criminal distinta, situação que não caracteriza bis in idem. Neste sentido:

“No que tange à alegação de bis in idem, tendo em vista o reconhecimento de maus antecedentes e da agravante da reincidência, segundo a jurisprudência do STJ, as condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Confira-se: HC n. 304.411/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 10/05/2018. In casu, a Corte local deixou bem claro se tratar de condenações distintas, razão pela qual não há ilegalidade a ser reconhecida.” (STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 627.596 – SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 02/03/2021).

Além do mais, anote-se que o réu foi em muito beneficiado com a majoração da pena no patamar mínimo de 1/8, porquanto registra mais de uma condenação apta a configurar os maus antecedentes, restando, contudo, mantida a reprimenda imposta, ante a ausência de apelo ministerial nesse sentido.

Na segunda fase, embora o réu seja multirreincidente (autos nº 0004582-37.2015.8.26.0416, nº 0002251-48.216.8.26.0416 e nº 0002082-90.2018.8.26.0416 – fls. 68/75), a reprimenda foi majorada no patamar mínimo de 1/6, em 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e pagamento de 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na derradeira etapa, o d. Magistrado “a quo” corretamente deixou de aplicar o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, em razão dos maus antecedentes e da reincidência ostentados pelo apelante, tornando a pena definitiva no patamar acima.

Nesse ponto, possíveis alegações de afronta ao princípio da vedação ao *bis in idem* são infundadas. Nesse sentido:

“Tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Circunstâncias da prisão e quantidade da droga que revelam o tráfico. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Civis. Declarações inquisitivas da corré que incriminam o acusado. Versões exculpatórias judiciais do réu e da corré inverossímeis e contraditórias entre si. Ausência de fragilidade probatória. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento merecedor de reparo, nos termos do apelo do

Ministério Público. Elevação da base (artigo 59 do Código Penal). Maus antecedentes amplamente caracterizados. Reincidência configurada. Aplicação da agravante (artigo 61, I, do Código Penal). Condenações definitivas distintas. Inocorrência de bis in idem quanto ao afastamento do redutor, inaplicável, ante a reincidência. Regime inicial fechado único possível. Apelo ministerial provido, improvido o da Defesa” (TJSP; Apelação Criminal 1505778-52.2022.8.26.0050; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/12/2022; Data de Registro: 01/12/2022).

“APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Alegação de nulidade da prova por violação de domicílio. Inocorrência. Ação dos policiais militares precedida de justa causa para o ingresso na residência dos apelantes independentemente do mandado de busca e apreensão. Pedido de reconhecimento de usurpação da competência da polícia judiciária. Não cabimento. Atuação dos policiais militares em conformidade com o artigo 144, §5º, da Constituição Federal. Precedentes do STJ. Preliminares afastadas. Mérito. Pleito de reconhecimento da insuficiência probatória. Inviabilidade. Materialidade e autoria bem demonstradas. Depoimentos dos policiais militares que comprovaram a autoria do delito.

Quantidade apreendida de drogas que evidencia a traficância. Condenação confirmada. Dosimetria. Penas dos acusados excessivamente majoradas na primeira etapa. Reprimendas readequadas. Reconhecimento da reincidência como circunstância agravante e para afastar a incidência do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade. Non bis in idem. Quantum da pena e reincidência dos agentes que impõem a manutenção do regime inicial fechado e impedem a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Recursos parcialmente providos” (TJSP; Apelação Criminal 0003042-65.2021.8.26.0408; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/11/2022; Data de Registro: 30/11/2022).

Regime Prisional. Especificamente quanto ao regime prisional do apelante, de rigor, mantê-lo no fechado, como reconhecido na r. sentença. Com efeito, os maus antecedentes e a multirreincidência do réu (fls. 68/75) demonstram personalidade voltada ao crime, exigindo maior rigor na penalização.

Daí que, sopesando todos esses fatores, outro regime inicial de cumprimento da pena não se mostra suficiente para a prevenção e reprovação do delito que não o

fechado, atendendo assim ao disposto no art. 33 e seus parágrafos, do Código Penal.

Nesse sentido:

“(...) REGIME INICIAL FECHADO. ACUSADA REINCENTE. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO 269 DA SÚMULA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Ao réu reincidente somente é possível a fixação do regime semiaberto quando, a teor do verbete 269 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, as circunstâncias judiciais forem favoráveis, o que não se verifica na hipótese dos autos. 2. Agravo regimental improvido”. (AgRg no HC nº 387.224-SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 25/04/2017).

“Inexiste bis in idem na utilização dos maus antecedentes do paciente para exasperar a pena-base e fixar o regime mais gravoso, porquanto a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do piso legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena

cominado. Precedentes. (...). (STJ – AgRg no HC nº 615.189-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09.03.2021).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 3. No que se refere ao regime prisional, não se vislumbra desproporcionalidade da imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 anos de reclusão, os maus antecedentes da acusada implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269/STJ. (...)”. (STJ – AgRg no HC nº 629.948-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 02.02.2021).

Registre-se, ainda, que a quantidade de pena não é um limitador da fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, uma vez que legislação

estabelece apenas um parâmetro a ser observado pelo Magistrado quando proferiu a decisão. Por conseguinte, havendo motivação idônea, é perfeitamente possível o estabelecimento de regime diverso daquele correspondente à simples análise do quantum objetivo.

Substituição. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que ausentes os requisitos legais, nos termos do art. 44, incs. II e III, do Código Penal.

Eventuais questões atinentes à justiça gratuita ou à isenção de custas deverão ser suscitadas perante o juízo das Execuções Criminais.

Com efeito, mesmo o beneficiário da justiça gratuita não pode se furtar ao pagamento das custas, eis que a situação financeira do réu pode se alterar no tempo, razão por que cabe ao juízo executório penal promover tal aferição.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. JUSTIÇA GRATUITA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. (...) 4. Analisar a situação

econômica do réu, a fim de saber se pode ou não arcar com a prestação pecuniária imposta, implica em exame aprofundado do material fático probatório, inviável em recurso especial a teor da Súmula n. 7/STJ. 5. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a fase de execução é o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado a fim de se conceder o benefício da justiça gratuita. 6. Agravo regimental não conhecido.” (STJ, AgRg. no Ag. em REsp nº 1.506.466 RS, Rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, Quinta Turma, j. 05.09.2019).

Diante do exposto, pelo meu voto **rejeita-se a preliminar** arguida e, no mérito, **nega-se provimento ao recurso defensivo**, restando mantida, na íntegra, a r. sentença condenatória, por seus próprios fundamentos.

Hugo Maranzano

Relator