



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000424527

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500526-88.2024.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MARCIO AURELIO DA SILVA JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. sentença impugnada por seus fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 30 de abril de 2025.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500526-88.2024.8.26.0344.

Apelante: MARCIO AURELIO DA SILVA JUNIOR (Defensora Pública Andrea da Silva Lima).

Apelado: Ministério Público de São Paulo.

Sentença: Juiz de Direito Paulo Gustavo Ferrari — 2ª Vara Criminal.

Comarca: Marília.

VOTO nº 33.992.

**PENAL. PROCESSUAL PENAL.
APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO
DA DEFESA.**

Recurso com preliminar de nulidade por alegada ilicitude das provas por ofensa à inviolabilidade domiciliar, pedida a absolvição por insuficiência probatória, ou desclassificação ex vi art. 28 da Lei de Drogas, com pleitos adicionais de atenuação das penas e do regime à modalidade do semiaberto.

Preliminar. Incursão da força policial. Nulidade. *Inocorrência*. Justa causa. Fundada suspeita. Diligências então iniciadas em operação contra tráfico em conhecido local de venda, com perseguição ao **réu** por seu próprio comportamento de fuga. Inexistência de elementos relativos ao racismo estrutural. Apreensão de muitas porções de droga, em três espécies. Art. 5º, inc. XI, da CR/88. Flagrante que prescinde de atos de comércio e excetua a inviolabilidade domiciliar. Inexistência de ofensa às garantias fundamentais. *Fumus comissi*

delicti aqui observado em razão do rol de circunstâncias. Não se vislumbra, no caso, uma abordagem aleatória e discriminatória pela força policial. Validade do conjunto das provas, originárias e por derivação. *Afastada a preliminar lançada.*

Mérito. Provas. Materialidade. Auto de exibição e apreensão, seguido de exame pericial das drogas colhidas. Autoria certa. Identificação cabal do **réu** ao epicentro dos fatos. Ausência de álibi ou contraprova que pudesse sobrepujar o acervo produzido pela Acusação. Desclassificação. Art. 28 da Lei de Drogas. Inviabilidade. Inexistência de elementos que sugerissem mero consumo pessoal de drogas. Circunstâncias relativas ao tráfico. *Condenação de piso aqui inteiramente mantida.*

Dosimetria. Reprimendas inicial e intermediária. Seguidos aumentos que se mantêm. *Bis in idem.* Uso de condenações distintas. Inocorrência. Precedentes. — Regime fechado. Adequação em vista da gravidade concreta, pela variedade das drogas, duas delas de maior força lesiva, além das nódoas subjetivas relativas à reincidência e aos antecedentes. Art. 33, § 3º, CP. *Pleitos afastados.*

Negado provimento ao recurso, aqui rejeitado, ainda, em sua preliminar.

VISTO.

Trata-se, aqui, de **Apelação** interposta em face da r. sentença condenatória proferida na ação penal referenciada (publicada na data de **13.12.2024** – fls. 213).

A denúncia oferecida (recebida em **7.5.2024** – fls. 117/119) imputou ao réu **MARCIO AURELIO DA SILVA JUNIOR** a prática de crime previsto no **artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 (tráfico de drogas)** (fls. 01/02). Segundo a denúncia, em **30.1.2024**, por volta das 20 horas, na Rua Angelo Raspante, cidade e Comarca de Marília, **MARCIO** trazia consigo, para fins de comércio ou outra modalidade de disseminação, **279 (duzentos e setenta e nove) tubos plásticos com cocaína (massa líquida de 124,82 gramas), 285 (duzentos e oitenta e cinco) papelotes com crack (massa líquida de 106,02 gramas) e 59 (cinquenta e nove) porções de maconha (massa líquida de 315 gramas)**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. auto de exibição e apreensão, fls. 14/15; laudo de constatação provisória, com anexo fotográfico, fls. 26/29 e fls. 30/33; laudo toxicológico definitivo, fls. 92/94). Do apurado, a Polícia Militar realizava operação visando coibir o tráfico de drogas no bairro Azaleias, em especial na esquina entre as Ruas Pedro Alves Filho e Angelo Raspante, conhecido ponto de venda. O **acusado**, ante a

aproximação da viatura, empreendeu fuga, entrando na residência de nº 127. Foi localizado alio dentro, então na posse de uma sacola contendo as sobreditas porções de droga, além da quantia de R\$ 111,00 (cento e onze reais). Formalizou o silêncio sobre os fatos (fls. 09), o que não obstou sua atuação em flagrante (fls. 04/05).

Provas: auto de exibição e apreensão (fls. 14/15); laudo de constatação provisória (fls. 26/29) com anexo fotográfico (fls. 30/33); laudo toxicológico definitivo (fls. 92/94); além das oitivas, arroladas pelas partes, de Luiz Fernando de Azevedo Dias, Rafael Tinetti Vieira da Costa e Taiane Martins da Silva, finda a instrução, então, com o interrogatório do **acusado MARCIO** (fls. 143, fls. 171).

Regularmente tramitada, a ação penal restou julgada **procedente**, e o **acusado, condenado** às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso legal, sem benesses penais, nem recurso em liberdade (fls. 274/287).

Trânsito em julgado certificado para a Acusação em **8.1.2025** (fls. 233). Irresignado, o **réu** arguiu preliminar de nulidade por alegada ilicitude da prova em ofensa à inviolabilidade domiciliar, e pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas, com pleitos subsidiários de redução penal (aumento das penas apenas em 1/6, e só na segunda fase), abrandamento do regime para o semiaberto (fls. 238/259).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (fls. 263/274), com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido (fls. 295/304).

É o relatório.

O recurso, rejeitado em sua preliminar, não merece ser provido.

Apelo unicamente defensivo que, além de sua preliminar, impugnou o mérito propriamente dito, assim como a dosimetria produzida, consoante já explanado no relatório.

Inicia-se pela defesa indireta de mérito, com o fim de, aqui, **AFASTÁ-LA**.

Insubsistente, malgrado o empenho da Defesa, o reclamo lançado em preliminar.

Em síntese, a alegação inicial questiona a validade das apreensões e, assim, a legitimidade das provas produzidas como um todo, arguindo-se, ainda, vulneração à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna de 1988).

A tese firma-se, a meu sentir, pela **inexistência de JUSTA CAUSA** à incursão domiciliar, o

que viria a deslegitimar a apreensão das drogas. Assim, restaria eivada de **nulidade** a prova originária ligada à colheita das drogas e, por com sequência, as derivadas, à vista da **teoria dos frutos da árvore envenenada** (*"fruits of the poisonous tree"*), *ex vi* artigo 157, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Penal. Nesse cenário, além de se atentar contra a presunção de inocência, malferindo-se, ainda, o devido processo legal.

Sem razão.

As diligências consistiam, de início, em mera campana na área, que já é um conhecido ponto de venda de drogas. Urge lembrar que a fase anterior à processual, cujo procedimento mais comum é o inquérito policial, é **orientada pelo caráter eminentemente sigiloso**, em especial para **garantir a efetividade dos meios extraordinários de produção de prova cautelar**, em oposição ao processo-penal, cuja regra, excepcionada quando o exigir a lei, é a publicidade.

Na espécie, o caráter fidedigno das informações preliminares é **corroborado pelo próprio êxito das diligências**, que consistiram em perseguição ao suspeito, o ora **apelante MARCIO**, por sua imediata reação de fuga para o interior da residência, onde foi surpreendido na posse das drogas.

O caso em testilha, apontando prática de **crime permanente**, dispensa a existência de mandado judicial. Um dos efeitos jurídicos de referida modalidade delitiva é a **prorrogação do estado de flagrante**, o que **excepciona** a cláusula constitucional de inviolabilidade de domicílio. Não é demais recordar que o artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna de 1988 estatui que *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*. As exceções dimanam claramente da letra da norma fundamental. Mesmo por meio de interpretação literal se atinge referida conclusão. O entendimento, então também referenciado na sentença (fls. 279), consolidou-se no **Tema 280, em caráter de repercussão geral, perante o C. Supremo Tribunal Federal**: *“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial*

só é lícita, mesmo em período noturno, quando 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 da nulidade dos atos praticados”.

Nesse sentido, ainda:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DENÚNCIA ANÔNIMA E FUNDADAS SUSPEITAS. DISPENSA DE DROGAS E FUGA PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA. INVASÃO DOMICILIAR JUSTIFICADA. PROVAS LÍCITAS. REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO PELA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME 1. Habeas corpus impetrado em favor de Wilson Roberto Domingos Junior, condenado a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa alega a ilicitude das provas em razão da violação de domicílio e pleiteia a nulidade das provas ou, subsidiariamente, o abrandamento do regime prisional. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste em determinar se a entrada dos policiais na residência do paciente, motivada por denúncia anônima, fuga e dispensa de drogas, configura invasão domiciliar ilegal e se as provas obtidas a partir dessa abordagem devem ser consideradas ilícitas. Adicionalmente, discute-se a adequação do regime inicial fechado imposto ao paciente. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. **A jurisprudência do STJ e do STF admite o ingresso de policiais em domicílio sem mandado judicial em situações de flagrante delito, especialmente em crimes de natureza**

permanente, como o tráfico de drogas. A denúncia anônima especificada, somada à visualização da dispensa de drogas pelo paciente e à sua fuga para dentro da residência, configura fundada suspeita suficiente para justificar o ingresso dos policiais no imóvel, sem necessidade de autorização judicial. 4. Quanto ao regime inicial fechado, a fixação está justificada pela reincidência do paciente e pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis, conforme preveem os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. (HC n. 859.015/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, DJe de 12/12/2024)

Por outro lado, diante das informações prévias sobre a região, sequer se cogitaria, aqui, de um simples juízo de “suspeita” a incitar a mobilização do aparato público de segurança. De todo modo, aqui se observam elementos concretos, sem subjetivismos, portanto, individualizados, ligados às circunstâncias do próprio comportamento do acusado, nada apurado a se sugerir atuação movida por racismo estrutural, que se ligaria, tecnicamente, à ilegitimidade de uma ação policial puramente aleatória (*fishing expedition*). Ambos os agentes policiais tiveram certeza visual do crime, à vista da colheita de tantas drogas na posse direta do réu logo após seu açado ingresso na residência familiar, e em claro contexto de um dos atos nucleares ao tráfico de

drogas ilícitas, de cujo epicentro, por sinal, não logrou desvincular-se em absoluto.

Forçoso concluir, em suma, que havia no caso o ***“fumus commissi delicti”***, vale dizer, a **“possibilidade” ou presença de indícios objetivos de prática de crime**. E tal fator **NÃO** pode ser ignorado, **apenas não** validando na jurisprudência abordagens **casuísticas**, **generalizadas** ou **discriminatórias** de transeuntes. A **farta quantidade de drogas**, calculada em nada menos que **625 porções unitárias de três tipos diferentes de droga** (o *crack* consistindo em variação da cocaína), acena a elementos indiciários do crime aqui apurado (artigo 239 do Estatuto Adjetivo), o que, pelo critério de **razoabilidade**, que se plasma da experiência prática (*id quod plerumque accidit*), chancela o escrutínio policial.

Não faria sentido partir da hipótese, nunca demonstrada, de que os brigadianos **disporiam aleatoriamente de grande quantidade de drogas**, de tudo lançando mão com o singular propósito de falsamente

implicarem inocentes. Do contrário, a força policial ficaria completamente **imobilizada** para exercer múnus ligado à segurança pública, o de coerção de prática delitiva, ainda mais em se tratando de **crime permanente**, nas modalidades concretamente observadas.

Assim se teceu a jurisprudência das Cortes Superiores no tema. Para o Supremo Tribunal Federal: ***“Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”*** (STF – HC 98.340/MG, rel. Ministro Ricardo Lewandowski). No mesmo sentido: ***“É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes”*** (STJ, HC 302.870/GO, rel. Ministro Jorge Mussi).

Na linha aqui esposada, colacionam-se **precedentes** do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO RATIFICADA EM GRAU DE APELAÇÃO. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS SUSPEITAS DEMONSTRADAS. ART. 244 DO CPP. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, **a busca pessoal é regida pelo art. 244 do Código de Processo Penal. Exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito**, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. Somado a isso, **nas palavras do Ministro GILMAR MENDES, "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública"** (RHC n. 229.514/PE, julgado em 28/8/2023) (AgRg no HC n. 854.674/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 25/10/2023). 3. Na hipótese dos autos, constata-se que **as circunstâncias prévias à abordagem justificavam a fundada suspeita de que o paciente estaria na posse de elementos de corpo de delito, situação que se confirmou no decorrer da diligência policial**. Com efeito, conforme destacado pela Corte local, soberana na análise dos fatos e provas, está bem delimitada, pelo acervo probatório produzido na origem, e que não pode ser revisto no *mandamus*, **a justa causa para a ação dos policiais, os quais, de posse de informações acerca de local já conhecido como ponto de tráfico de drogas, visualizaram o paciente, o qual, após avistar a viatura da polícia, demonstrou nervosismo, olhando repetidamente para trás, o que gerou suspeita policial de que ele ocultava consigo objetos ilícitos**. Realizada a abordagem, foram encontrados em poder do paciente 13 (treze) buchas de substâncias semelhantes de maconha; 38 (trinta e oito) pinos de substâncias semelhantes a cocaína em pó; 18 (dezoito) pedras de substâncias semelhantes ao crack, além da quantia de R\$ 254,60 (duzentos e cinquenta e quatro e sessenta centavos em dinheiro) e 01 (um) caderno de anotações com contabilidade do tráfico de drogas. 4. **Por fim, verificada justa**

causa para a realização da abordagem policial tomando-se como base o quadro fático delineado pelas instâncias antecedentes, alcançar conclusão em sentido diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via do habeas corpus (HC n. 230.232 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 2/10/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n, DIVULG 6/10/2023, PUBLIC 9/10/ 2023). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 891.076/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024)

Não é demais destacar que, pelo então verificado na espécie, o que seria corroborado por meio dos testemunhos judiciais, a não realização de medida de apreensão da droga ou a liberação do réu, poderiam, inclusive, configurar ilícito de *prevaricação*, porque havia a obrigação legal dos agentes da lei agirem. Outra conduta deles, então, não poderia ser esperada. Não haveria razões para se supor que tenha havido qualquer flagrante forjado ou incriminação falsa com o singular intuito de se prejudicarem o **acusado**, inequivocamente ligado às drogas apreendidas. Ademais, em se tratando de prática, em tese, flagrancial, da modalidade de “trazer consigo”, como bem descrito na denúncia, qualquer cidadão estaria autorizado a intervir em favor da sociedade (artigo 301 do Código de Processo Penal), não

se admitindo conclusão oposta, mercê de se ofender cláusula de **igualdade material** entre cidadãos perante o Estado democrático de Direito brasileiro.

Preliminar superada, pois.

No que se refere ao mérito propriamente dito, a condenação é **correta**.

Incontroversas **materialidade** e **autoria**. Houve a **apreensão de ampla quantidade de drogas** – 625 porções ao todo – de **três** espécies (fls. 14/15). A natureza prosrita de cada qual restou *cabalmente* aferida por meio de competente **laudo toxicológico definitivo** (fls. 92/94). **Incontroversas** à míngua de impugnação específica, as citadas provas conferem substância à **existência** ao fato basal.

A **autoria** é certa.

O **réu**, autuado em flagrante próprio (o que, em si mesmo, é elemento indiciário da “culpa”), foi identificado com precisão nos testemunhos idôneos e compromissados dos policiais militares Luiz Fernando e Rafael, atuantes nas diligências relativas ao caso, o que posiciona o **réu** no epicentro do fato nuclear. Nenhum dos agentes foi contraditado, subsistindo a negativa de autoria ventilada em juízo, após se romper o silêncio da fase policial.

A negativa do **acusado** é infirmada por ambos os testemunhos produzidos, observando-se com a devida cautela as considerações da informante Taiane, que, por seu **vínculo de parentesco com o réu** (é irmã dele), obviamente possuía interesse próprio quanto ao deslinde do caso. O fato de os agentes policiais não possuírem “autorização” para ingresso na residência da família, como analisado em preliminar, não invalidou as diligências ou a prova originária. Os testemunhos dos policiais são assertivos em o associarem às drogas ali apreendidas, depois periciadas, o que certamente traz ao epicentro dos fatos o **réu**, que, obliquamente, veio

admitir que havia sido pessoa que fugira de local em via pública conhecido como ponto de venda de drogas ilícitas.

E como visto do conjunto de provas, o botim de entorpecentes, ultrapassando **seiscentas porções em três tipos**, seguramente já constituía um alto valor em “mercadorias”, o que não seria confiado a um “outsider”, a uma figura eventual e alheia aos meandros do tráfico, muito menos estaria na posse de um mero usuário. O réu sequer chegou a alegar, em autodefesa, a condição de toxicodependente ou simples consumidor contumaz, não se produzindo, no mais, uma dilação probatória que confirmasse a informação.

À parte disso, é evidente a incursão na forma do artigo 33 da Lei de Drogas, tanto pela absoluta ausência de indícios de posse para uso próprio, como pela quantidade, natureza e forma de acondicionamento da droga, **incompatíveis** com situação diversa, que sequer foi alegada, inexistindo elementos a sugerir a

posse de drogas para consumo próprio. Nunca houve qualquer indicativo ou informação quanto a possível toxicodependência, como salientado. Não se cogita, pois, de aperfeiçoamento distinto, na espécie, senão pelo crime de tráfico de drogas, presentes todos os elementos configuradores.

Acrescenta-se que é irrelevante o réu ser, ou não, surpreendido em atos de comércio. Não se deve olvidar que o tráfico de drogas se inscreve em nossas leis como um **tipo penal misto alternativo**. Significa dizer que ele se aperfeiçoa por meio da prática de toda conduta nuclear, inclusive o “trazer consigo”, consoante exposto na denúncia. O fulcro do legislador pátrio foi **de o criminalizar toda a cadeia econômica do mercadejo**, como forma de efetivo estrangulamento da logística operante, segundo já ressaltado.

Portanto, de rigor manter-se a bem atingida condenação, tal como produzida no piso.

Passo às penas.

Com as vênias de estilo, recapitula-se a dosimetria produzida no piso (fls. 210/212): *“Para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a Lei nº 11.343/2006 prevê, abstratamente, pena de reclusão variável de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Considerando as circunstâncias do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 e do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pois o réu ostenta maus antecedentes (processo nº 0004701-49.2017.8.26.0344 trânsito em julgado em 29/04/2019 fls. 58 e processo nº 0015838-33.2014.8.26.0344 trânsito em julgado em 13/01/2016 fls. 58/59). Não há nos autos outros elementos que lhe sejam desfavoráveis no tocante à sua conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime que justifiquem nova majoração da pena-base. Na segunda fase, agravo a pena em 1/6, em razão do réu ser reincidente (processo nº 1504528-09.2021.8.26.0344 trânsito em julgado em 28/08/2023 fls. 60), totalizando uma pena provisória de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. Não há incidência de atenuantes. Na derradeira etapa, verifico que não há causas de aumento ou de diminuição da pena. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista os maus antecedentes, inclusive pela prática do crime de tráfico de drogas, e a reincidência do réu (fls. 51/57 e 58/63). Mantenho, desta forma, a pena em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. Pelas condições econômicas do réu, inferidas dos elementos constantes dos autos, cada dia-multa terá o valor mínimo legal. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a acusação e CONDENO o réu MARCIO AURELIO DA SILVA JUNIOR, qualificado nos autos, pela prática do*

crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor mínimo legal. Diante do montante de pena fixado e considerando que o réu é reincidente, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicial fechado. Além disso, verifico que, nos termos do §2º do art. 387 do Código de Processo Penal, mesmo que computado o tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade, ainda assim o réu deverá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, por não ter atingido o lapso de tempo necessário para progressão de regime. Anoto que, diante da pena fixada, é inviável a sua substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, ou a concessão da suspensão condicional da pena, conforme art. 77 do mesmo diploma legal. O réu teve a prisão preventiva decretada logo após sua prisão em flagrante com quantidade expressiva de entorpecentes, de nefasta repercussão social, permanecendo encarcerado durante o curso do processo, restando claro que persistem as razões que ensejaram sua custódia cautelar, fortalecidas agora pela sentença condenatória. Destarte, mantenho a prisão preventiva do réu, que não poderá recorrer desta sentença em liberdade. A negativa do direito em recorrer em liberdade no parágrafo acima, considerando a fundamentada revisão da custódia cautelar, significa a inequívoca interrupção do prazo de 90 (noventa) dias, de acordo com o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei Federal 13.964/2019). Assim, inicia-se a contagem de novo interregno a partir da presente data. Recomende-se o réu no presídio em que se encontra recolhido. Em face da condenação supra, o sentenciado arcará com o pagamento da taxa judiciária no valor de 100 (cem) UFESPs. Todavia, caso seja beneficiário da assistência judiciária gratuita, a exigibilidade permanecerá sobrestada. Oportunamente, providencie-se o necessário para a execução da pena imposta. Oficie-se ao TRE/SP para o cumprimento do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal, bem como comunique-se o IIRGD. Comunique-se a autoridade policial, caso necessário, para que destrua as substâncias apreendidas, contraprovas e eventuais embalagens, petrechos ou materiais utilizados para acondicionamento, nos moldes do artigo 72 da Lei nº 11.343/06. Ademais, decreto a perda do valor em dinheiro

apreendido, constante no auto de exibição/apreensão de fls. 14/15 e depósito judicial de fls. 95, em favor da União, porque evidenciada a vinculação com o tráfico de drogas, bem como a destinação direta ao Funad/Senad, nos termos do artigo 63 da Lei de Drogas, oficiando-se, após o trânsito em julgado. Cobre-se a multa e a taxa judiciária, se forem devidas, de acordo com as NSCGJ. Após o trânsito em julgado, expeça-se o necessário. P.R.I.C.”.

Dimensionamento inteiramente correto, restando afastados os pleitos subsidiários.

Na primeira fase, a sentença arrostada, à luz dos critérios do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, sobrelevou as sanções em patamar de **1/6 acima do piso**. A meu sentir, é proporcional, além de justificado a contento (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988), em vista dos maus antecedentes, não se cogitando de exasperação ao arrepio da regra da proporcionalidade como técnica de decisão. Conforme preconiza o C. **Superior Tribunal de Justiça** a esse respeito: “*Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo descabido falar em aumento inferior a 1/6, na etapa intermediária, pela recidiva*” (AgRg no HC 672.305/SP, Rel.

Ministro **RIBEIRO DANTAS**, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). Por outro lado, a exasperação operou-se com base em condenações criminais que perfazem fator técnico **expressamente previsto no artigo 59 do Codex**. Desconsiderá-lo levaria à produção de sentença *contra legem*. Ademais, a par o reconhecimento em fases distintas, não se confundem os antecedentes com a reincidência, porque a agravante se aperfeiçoa tão-somente se o trânsito em julgado ou a data da extinção da pena por cumprimento sobrevier(em) dentro do quinquênio depurador, previsto no artigo 64 do Código Penal. Não se trata, pois, de uma referência uniforme e monolítica ao retrospecto penal do **acusado**, como se afirma no recurso. Há de se refutar, pois, a alegação de **bis in idem** na dosimetria, uma vez que as condenações empregadas são distintas.

Esposando a conclusão, posiciona-se a jurisprudência das Cortes Superiores nesses termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO
REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE

DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADE QUE NÃO IMPEDIU O ATENDIMENTO DOS PRECEITOS PROCESSUAIS PENAIIS PERTINENTES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES DISTINTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. "Nos termos do art. 932, inciso III, do CPC, e dos arts. 34, XVIII, alíneas a e b; e 255, § 4.º, inciso I, ambos do RISTJ, o Ministro relator está autorizado a proferir decisão monocrática, a qual fica sujeita à apreciação do órgão colegiado mediante interposição de agravo regimental. Assim, não há se falar em eventual nulidade ou cerceamento de defesa" (AgRg no AREsp n. 2.271.242/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 27/8/2024). 2. A eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes. 3. No caso, fora a alegação de não observância do rito do art. 56 da Lei n. 11.343/2006, nenhum prejuízo concreto ao agravante foi apontado pela defesa. 4. A alegação foi extemporânea, pois não foi apresentada na primeira oportunidade em que caberia ao agravante alegar, ocorrendo a preclusão da matéria. 5. A dosimetria da pena é matéria afeta a certa discricionariedade do magistrado, dentro do livre convencimento motivado, não sendo cabível a revisão em habeas corpus, salvo em casos excepcionais. 6. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo em vista a presença de maus antecedentes e a apreensão de 513 g de cocaína. O aumento operado, de 1 ano e 3 meses, representa para cada vetorial montante menor que 1/6. 7. **A consideração da agravante da reincidência na segunda fase do**

delito de associação para o tráfico não gera bis in idem por também ser fator considerado na pena do crime de tráfico de drogas, haja vista se tratar de crimes com dosimetrias distintas, devendo ser obedecida a individualização da pena. 8. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 903.658/ES, relator Ministro **Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 14/4/2025, DJEN de 24/4/2025)**

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. Caso em exame. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do habeas corpus, no qual foi alegada ilegalidade na manutenção da condenação por tráfico de drogas e pleiteada desclassificação para uso pessoal. 2. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação por tráfico de drogas, destacando elementos que suportam a condenação, como a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, além de depoimentos que indicam a destinação mercantil do entorpecente. II. Questão em discussão. 3. A questão em discussão consiste em saber se é possível a desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso próprio, considerando a quantidade de droga apreendida e os depoimentos que indicam o envolvimento do paciente com o tráfico. 4. Outra questão é verificar se há flagrante ilegalidade também na dosimetria da pena que justifique a concessão do habeas corpus de ofício. III. Razões de decidir. 5. A desclassificação do crime de tráfico para uso próprio não procede, pois a quantidade de droga apreendida e os depoimentos indicam a destinação mercantil do entorpecente. 6. A dosimetria da pena foi

corretamente aplicada, com exasperação da pena-base em 1/6 pelos maus antecedentes e agravante da reincidência na segunda etapa, sem incidência do redutor do tráfico privilegiado devido à reincidência do paciente. 7. O habeas corpus não é conhecido, pois não se presta à apreciação de alegações que demandam revolvimento do conjunto fático-probatório, salvo em casos de flagrante ilegalidade, o que não se verifica no presente caso. IV. Dispositivo e tese. 8. Agravo regimental desprovido. Tese de julgamento: "1. A desclassificação do crime de tráfico para uso próprio é inviável quando a quantidade de droga e os depoimentos indicam destinação mercantil. 2. O habeas corpus não se presta à revisão de provas, salvo em casos de flagrante ilegalidade. 3. **A dosimetria da pena pode considerar maus antecedentes e reincidência em fases distintas sem configurar bis in idem.**" Dispositivos relevantes citados: Lei 11.343/2006, art. 33; Código Penal, art. 59. Jurisprudência relevante citada: STJ, HC 535.063/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Terceira Seção, julgado em 10/06/2020; STF, AgRg no HC 180.365, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 27/03/2020. (AgRg no HC n. 951.194/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 8/4/2025)

Mantidas, em suma, as penas iniciais em **05 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 580 dias-multa**, com sequencial aumento, uma vez mais de forma proporcional, em **1/6**, pela reincidência, em vista de condenação definitiva por crimes de ameaça no âmbito da opressão de gênero e descumprimento de

medida protetiva (certidão de distribuição de feitos criminais, fls. 58/63 – Autos nº 1504528-09.2021.8.26.0344, com trânsito em julgado na data de 28.8.2023). Penas intermediárias mantidas em **06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, com pagamento de 680 dias-multa**.

Na terceira fase, não havia causas de diminuição ou aumento a se implementarem, sem azo ao reconhecimento da forma “privilegiada”, à conta dos maus antecedentes e da reincidência do **acusado**, que, pelas circunstâncias, tampouco poderia ser considerado neófito no tráfico de drogas. Ademais, os critérios do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas são **cumulativos**, de modo que a diminuição só se opera, se todos eles forem atendidos. Em vista do quanto exposto, confirmam-se como definitivas as penas, tais como dimensionadas no piso. Mantido, por fim, o valor unitário mínimo da multa, à míngua de dados sobre a situação financeira do **réu**.

No que se refere ao regime inicial, tendo em vista da natureza do crime de condenação, tido como

equiparado a hediondo, e à luz das circunstâncias concretas, como a enorme quantidade e variedade de drogas, sem prejuízo da elevada força lesiva da cocaína e do *crack*, jurisprudencialmente reconhecidas como fatores idôneos ao recrudesimento penal (HC n. 840.711/RS, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, DJEN de 4/12/2024), contra o **réu**, que acumula nódoas subjetivas da reincidência e dos maus antecedentes restou bem aplicada a forma do **fechado**, com respaldo no artigo 33, § 3º, do Código Penal, descabendo qualquer atenuação, sob pena de se ignorarem todos os elementos de maior gravidade do presente caso. Importante ressaltar ainda, por derradeiro, que o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, ainda vigente no ordenamento brasileiro, impõe, como regra, o regime **mais gravoso** a delitos hediondos e seus equiparados.

Ausentes, porém, os critérios previstos no artigo 44 do Código Penal em quaisquer casos, em vista do montante penal e da proclividade à reprodução da prática criminosa, impulsionada pelo fim lucrativo, não havia margem à concessão de benesse.

Inaplicável, no caso, o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, porque irrelevante, neste caso, a segregação provisória à fixação do regime inicial de expiação da reprimenda corporal, já que não deriva *única e especificamente* da **quantidade de pena**, mas, sobretudo, da *própria lesividade do crime*. A análise de benefícios deverá ser avaliada pelo competente Juízo das Execuções (artigo 66, III, “**b**” e “**c**”, da Lei nº 7.210/1984), apto a aferir os requisitos legais, tanto objetivos.

Diante de decisão do C. Supremo Tribunal Federal, que deixou de considerar possível (ainda que por maioria), a prisão depois da decisão de Segundo Grau, resta avaliar, neste momento, manutenção ou mesmo decretação de prisão preventiva, dentro de seus requisitos legais, na forma do **artigo 617**, c.c. o artigo 387, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

No caso, o **apelante** segue preso desde o início da persecução penal, com sentença de primeiro

grau mantendo a prisão, surgindo, agora, confirmação dela, por crime grave de tráfico de drogas, pois, para cumprimento em regime inicial **fechado**, destacadas, igualmente, presentes as circunstâncias que outrora determinaram a segregação cautelar, principalmente pela periculosidade do agente, reincidente e portador de maus antecedentes. **Fica, pois, mantida a prisão preventiva, comunicando-se a respeito.**

Pelo exposto, por meu voto, **rejeitada** a preliminar, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença impugnada por seus fundamentos.

COMUNIQUE-SE, com manutenção da prisão cautelar. Transitada em julgado, formalize-se a Execução Definitiva.

Alcides Malossi Junior
DESEMBARGADOR RELATOR