



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000447770

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501249-61.2024.8.26.0618, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes ISRAEL OLIVEIRA CERQUEIRA e MAURO HENRIQUE MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso de Israel e deram parcial provimento ao apelo de Mauro Henrique para reduzir a fração na segunda fase para 1/6, redimensionando-se sua pena para sete (7) anos, nove (9) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de setecentos e setenta e sete (777) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16530

Apelação Criminal nº 1501249-61.2024.8.26.0618

Comarca: 1ª Vara Criminal de Taubaté

Juiz de Direito: doutor Pedro Henrique do Nascimento Oliveira

Apelantes: Israel Oliveira Cerqueira e Mauro Henrique Martins

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO DE UM DOS RECURSOS.

I. CASO EM EXAME

1. Mauro Henrique e Israel foram condenados por tráfico de drogas, com penas de reclusão em regime inicial fechado e pagamento de dias-multa. Mauro Henrique foi encontrado com cocaína e maconha, enquanto Israel guardava cocaína, maconha e crack. Ambos foram presos em flagrante após abordagem policial.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em (i) a nulidade das provas devido à confissão informal sem advertência do direito ao silêncio e (ii) a insuficiência de provas para a condenação.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A preliminar de nulidade das provas foi rejeitada, pois não se comprovou a ausência de advertência do direito ao silêncio e havia provas independentes que sustentavam a condenação.

2. As provas orais e materiais foram consideradas robustas e suficientes para a condenação, com depoimentos coesos dos policiais e confissão de Israel.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso de Israel não provido; recurso de Mauro Henrique parcialmente provido para reduzir a pena.

2. *Tese de julgamento:* 1. A ausência de advertência do direito ao silêncio não invalida a prova quando há evidências independentes. 2. A quantidade e variedade de drogas justificam a condenação por tráfico.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Constituição Federal de 1988, art. 3º, I; art. 5º, II, XLIII, XLVI; art. 144, IV, V, § 4º, § 5º; Código Penal, art. 33, §§ 2º e 3º; art. 44, I, II, III; art. 59; art. 61, I; art. 64, I; art. 157; art. 188; Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput, § 4º, art. 42; Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 1º; Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 7º; Lei nº 10.792/2003; Lei nº 11.464/2007; Lei Teto, art. 243, parágrafo único.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RHC 192798 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 24.2.2021; STF, RHC 213544 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 8.8.2022; STJ, HC 614.339/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 9.2.2021; STJ, AgRg no HC 837.125/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 30.11.2023; STJ, HC 502098/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 30.5.2019; STJ, HC 479977/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 14.5.2019; STJ, HC 489860/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 23.4.2019; STJ, HC 313796/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 13.3.2018; STJ, HC 179.086/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 5.4.2011; STJ, REsp 1.741.828/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 4.9.2018; STJ, HC 540836/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 5ª Turma, j. 19.11.2019; STJ, AgRg no REsp 1840109/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 19.11.2019; STJ, HC 530738/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 8.10.2019; STJ, AgRg no HC 502995/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 15.8.2019; STJ, HC 509437/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 18.6.2019; STF, EMB. DECL. no RE 593818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 25.4.2023; STJ, HC 704.718/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 16.5.2023; STJ, AgRg no AREsp 2.252.735/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 9.5.2023; STJ, AgRg no AREsp 2.292.371/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 25.4.2023; STJ, AgRg no HC 752.992/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 17.4.2023; STJ, HC 396.749/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 19.10.2017; TJSP, Apelação Criminal nº 1511232-61.2022.8.26.0228, Rel. Xavier de Souza, j. 27.10.2022; STJ, REsp 2.003.716/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 3ª Seção, j. 25.10.2023; STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 23.5.2017; STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 18.5.2017; STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 16.5.2017; STJ, HC 352983/RJ,

Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 4.5.2017; STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 2.5.2017; STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 2.5.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. 22.6.2022; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15.3.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 19.2.2019; STJ, AgRg no HC 547176/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 17.12.2019; STJ, AgRg no HC 526085/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 3.12.2019; STJ, HC 4780001/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 5.2.2019; STJ, AgRg no HC 530668/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 19.11.2019.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 242/244

Os apelantes, Mauro Henrique e Israel, foram condenados, respectivamente, à pena de oito (8) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de oitocentos e oitenta e oito (888) dias-multa, no piso; e seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de seiscentos e sessenta e seis (666) dias-multa, no valor mínimo, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de apelar em liberdade, com recomendação de permanecerem no cárcere, porque em **16.7.2024**, por volta das **18 horas e 50 minutos**, na Rua José Vicente de Barros, nº 2.325 e 2.213, Areão, Taubaté/SP, Mauro Henrique trazia consigo e tinha em depósito, para fins de entrega ao consumo de terceiros, novecentos e noventa e sete (997) papérolas de cocaína, com peso líquido de 827,51 gramas; quarenta (40) microtubos de cocaína, com peso líquido de 14,06 gramas; e duzentos e setenta e nove (279) invólucros plásticos de maconha, com peso líquido de 359,91 gramas; e, nas mesmas circunstâncias de tempo, no imóvel situado na Rua Um, nº 366, Água Quente, Taubaté/SP, Israel tinha em depósito, para entrega ao consumo de terceiros, mil, duzentos e cinquenta (1.250) microtubos de cocaína, com peso líquido de 866,66 gramas; cento e cinquenta e um (151) invólucros plásticos de maconha ('Skunk').

com peso líquido de 28,14 gramas; seiscentos e noventa e cinco (695) papelotes de maconha, com peso líquido de 942,07 gramas; noventa e quatro (94) microtubos de maconha ('K9'), com peso líquido de 18,11 gramas; setecentos e vinte e seis (726) pedras de crack, com peso líquido de 144,68; e oitenta e dois (82) microtubos de cocaína, com peso líquido de 15,35 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo pelas imediações do Bairro Parque São Luiz/Areão, conhecido pelo intenso tráfico de drogas, quando viram um indivíduo, posteriormente identificado como sendo **Mauro Henrique**, andando pela via pública com um volume incomum na região da cintura. Diante da fundada suspeita de que portava algo ilícito, foi realizada a sua abordagem e, ao ser submetido à busca pessoal, os policiais encontraram com ele um pacote contendo 997 papelotes com cocaína. Em seguida, os policiais acompanharam **Mauro Henrique** até a casa dele, situada nas imediações do local de sua abordagem, para que pudesse pegar seus documentos pessoais. Na residência, após autorizados a entrar, os policiais localizaram, na lavanderia do imóvel, uma sacola contendo 40 microtubos de cocaína e 279 invólucros plásticos de maconha, mais uma balança de precisão e uma folha de caderno com anotações do tráfico de entorpecentes. Indagado sobre as drogas, **Mauro Henrique** confessou a prática da traficância e indicou onde ficava o “armazém das drogas” (Rua Um, nº 366). Os policiais dirigiram-se ao endereço apontado por **Mauro Henrique**, onde se depararam com **Israel**, o qual, depois de cientificado sobre o motivo da diligência, confessou aos policiais que recebera uma maleta com grande quantidade e variedade de drogas e era o responsável pela guarda e armazenamento desses entorpecentes. Os policiais realizaram buscas no imóvel, encontrando a referida maleta sobre um guarda-roupas, local indicado por **Israel**, contendo 1.250 microtubos de cocaína, 151 invólucros plásticos de maconha (“Skunk”), 695 papelotes de maconha, 94 microtubos de maconha (“K9”), 726 pedras de crack, e 82 microtubos de cocaína. Diante dos fatos, os recorrentes foram presos em flagrante delito e encaminhados à Delegacia de

Polícia.

No apelo oferecido pela douta Defesa de Israel foi postulado **a)** absolvição por insuficiência de provas; e **b)** reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (fls. 320/323).

Nas razões da apelação, apresentadas pela ilustre Defesa de Mauro Henrique, requereu-se **a)** em preliminar, nulidade das provas, amparadas na confissão informal, sem a devida advertência do direito ao silêncio; e **b)** absolvição por insuficiência de provas (fls. 324/331).

Contrarrazões a fls. 335/340, para manutenção da respeitável sentença.

Não há notícia de recurso do Ministério Público.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos recursos (fls. 352/357).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 228.

II – Fundamentação

A preliminar deve ser rejeitada.

O direito ao silêncio assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, convém destacar os ensinamentos de Leonardo Barreto Moreira Alves:

“(…) interessante registrar que, nos Estados Unidos, há o instituto conhecido como Miranda warning ou Miranda rights (aviso de Miranda ou advertência de Miranda), que consiste na leitura dos direitos do preso feita pelo policial no momento da prisão, sob pena de se invalidar tudo aquilo que for dito pelo agente. Tal instituto tem origem no julgamento Miranda V. Arizona, realizado pela Suprema Corte norte-americana em 1966, em que se decidiu, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), que as declarações prestadas pela pessoa presa à polícia não teriam qualquer valor a não ser que ela fosse claramente informada 1) que tem o direito de ficar calada; 2) que tudo o que for dito pode ser utilizado contra ela; 3) que tem direito à assistência de defensor constituído ou nomeado.” (Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 102).

Na linha desse raciocínio, segundo o Supremo Tribunal Federal, a falta da advertência ao direito ao silêncio torna ilícita a prova obtida a partir dessa confissão:

(...) 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. (...) (STF - 2ª Turma - **RHC 192798 AgR** - Relator Gilmar Mendes - julgado em 24.2.2021).

No caso, porém, o precedente mencionado não é aplicado, pois, além de não comprovada a ausência de advertência do direito de permanecer em silêncio, **há provas independentes que sustentam o edito condenatório, vez**

que os policiais inicialmente abordaram Mauro Henrique em razão de sua atitude suspeita, pois trafegava de bicicleta em região conhecida pela incidência do tráfico ilícito com um volume na cintura, tendo demonstrado nervosismo ao notar a equipe policial, certo que, em seu poder, independentemente de qualquer confissão informal, foram localizados entorpecentes.

Lembre-se, ainda, que a jurisprudência é no sentido de que a inobservância dessa regra constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo, o que não ocorreu, vez que, tanto na fase policial quanto em Juízo, Mauro Henrique foi advertido do direito ao silêncio, tendo optado pelo seu exercício na delegacia (fls. 10) e negado o crime em Juízo.

Nesse sentido:

“Direito ao silêncio. Prejuízo. Demonstração. Necessidade. Dosimetria da pena. Fatos e provas. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief)” (HC 180.657, Relator Ministro Alexandre de Moraes). Da mesma forma, “a demonstração de prejuízo, de acordo com o artigo 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (RHC 122.467, Relator Ministro Ricardo Lewandowski). 2. **A decisão recorrida não divergiu dessas orientações, notadamente ao considerar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/05/2016), o que não ocorreu no caso”.** 3. Na linha do parecer

Ministerial, “conforme já consignou essa c. Corte, “a falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à anulação automática do interrogatório ou depoimento, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve ou não o constrangimento ilegal (HC 88.950/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 25/9/2007, HC 78.708/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 9/3/1999, RHC 79.973/MG, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, Julgamento em 23/5/2000)” (RHC 107915, Rel Ministro Luiz Fux).” (STF - **RHC 213544 AgR** – T1 – Primeira Turma – Relator Ministro Roberto Barroso – J. 8.8.2022 – DJe 9.8.2022).

“2. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, a qual, "acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, tem se orientado no sentido de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo" (HC 614.339/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021). - Na hipótese, não foi indicado, nem se constata, qualquer prejuízo aos pacientes. Destaque-se que a condenação, por si só, não pode ser considerada como prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente demonstrar que a informação acerca do direito de permanecer em silêncio, acaso tivesse ocorrido, ensejaria conduta diversa, que poderia conduzir à sua absolvição, situação que não se verifica os autos.” (STJ - **AgRg no HC n. 837.125/SP** – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 30.11.2023 - DJe 5.12.2023).

“3. Quanto ao "aviso de Miranda" (advertência dos policiais quanto ao direito constitucional ao silêncio), o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal,

firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/05/2016). No caso, o Tribunal de origem afirmou expressamente que o paciente, quando de seu interrogatório na fase policial, manifestou o desejo de falar somente em juízo, bem como suas declarações extrajudiciais não foram utilizadas como fundamento único para condenação, o que afasta o reconhecimento da nulidade apontada.” (STJ - **HC 614.339/SP** – T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 9.2.2021 - DJe 11.2.2021).

As formalidades, acrescente-se, não devem servir para evitar a disseminação do crime e, sim, para fazer cessar seu progresso.

Julga-se o mérito.

O recurso de Israel não comporta provimento, sendo provido, em parte, o apelo de **Mauro Henrique**, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Pedro Henrique do Nascimento Oliveira.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/8 e 10/11, boletim de ocorrência de fls. 14/19, auto de exibição e apreensão de fls. 20/21, laudo de constatação de fls. 28/34 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 222/226, maconha, cocaína e crack foram apreendidos.

A *autoria* é atribuível aos recorrentes.

No distrito, **eles ficaram em silêncio** (fls. 10 e 11).

Em Juízo, Israel confessou o crime. Estava trabalhando como vidraceiro, mas não ganhava dinheiro suficiente para sustentar os filhos, pagar pensão para outros e ajudar sua mãe, que estava com problemas de saúde. No desespero para pagar um exame para sua mãe, **aceitou a proposta para guardar as drogas em sua casa entre três e cinco dias. Recebeu R\$ 1.000,00 pelo serviço. Uma mulher foi quem entregou a mala com as drogas para o interrogando.** Conheceu Mauro Henrique apenas na viatura.

Não há, cumpre lembrar, estado de necessidade. Para que esta excludente de ilicitude incida o perigo deve ser atual. As dificuldades econômicas ou o desemprego não são suficientes para caracterizar aquela situação. Se assim o fosse, milhares de brasileiros estariam legitimados a cometerem infrações penais como as da espécie, o que não convém numa sociedade que busca a liberdade, justiça e solidariedade (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal promulgada em 5.10.88), norteadas pelos parâmetros legais (artigo 5º, inciso II, da Lei Teto).

“O fato do agente estar passando por dificuldades, situação da maioria dos brasileiros, não caracteriza o estado de necessidade” (RJDTACRIM 19/99). *“Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, não caracterizam o estado de necessidade. Para que a excludente seja acolhida mister se torna que o agente não tenha outro meio a seu alcance, senão lesando o interesse de outrem. É necessário, pois, que a ação seja inevitável”* (RT 559/358). No mesmo diapasão RT 518/377 e 684/329.

Mauro Henrique negou o delito. Foi abordado na rua por policiais que o perseguiram. Durante revista, nada ilícito foi encontrado. Os policiais pegaram a chave que estava em seu bolso e foram até a casa de sua mulher, onde ficaram cerca de 1h30. Depois, eles voltaram dizendo que haviam encontrado drogas e sabiam onde era a outra casa, exibindo-lhe uma fotografia,

mas informou desconhecer. Sofria perseguição há um ano. Nada ilícito foi encontrado consigo nem no apartamento.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (artigo 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão de Israel pode ser aceita, mas sua tentativa de eximir Mauro Henrique de responsabilidade criminal e a negativa deste não convencem.

Thalles, policial militar, depôs que estavam em patrulhamento pelo Parque São Luís e, ao ingressarem na avenida, **depararam-se com Mauro Henrique de bicicleta, certo que ele demonstrou nervosismo e levou a mão à cintura, onde havia um volume. Diante disso, resolveram abordá-lo e, de pronto, ele manifestou: “perdi, perdi”. Em busca pessoal, localizaram dentro da cueca dele uma sacola contendo, salvo engano, cerca de 100 porções de cocaína. Questionado, Mauro Henrique disse que iria fazer o “abastecer” no Parque Vera Cruz, onde havia uma biqueira pela qual ele era responsável.** Indagado sobre a residência, ele disse que estava hospedado em um apartamento bem próximo, a cerca de vinte ou trinta metros, e levou a

equipe ao local, até mesmo para pegar o documento de identificação. **Mauro Henrique** franqueou a entrada da equipe e, na lavanderia, foi encontrada mais uma sacola com quantia razoável de entorpecentes, sendo cocaína e maconha, e, na cozinha, uma balança de precisão e algumas anotações do tráfico referentes à biqueira do Parque Vera Cruz, dominada pelo PCC. **Mauro Henrique** disse que estava realizando o armazenamento de drogas e reabastecimento da biqueira, bem assim que, naquele dia, havia recebido mais entorpecentes que guardou em outro endereço, também indicado por ele à equipe. No local informado, Rua Um, nº 366, foram atendidos por **Israel**, que, após ver **Mauro Henrique** na viatura, informou que havia recebido uma mala dele, que armazenou sobre o guarda roupas do quarto dele, onde, de fato, localizaram uma mala com mais entorpecentes. Diante disso, os recorrentes foram presos em flagrante e conduzidos ao distrito policial. **Mauro Henrique** tinha a chave da porta de vidro, pois a do apartamento, salvo engano, estava com a fechadura estourada. Havia boletins de ocorrência no apartamento, inclusive no nome de **Mauro Henrique**. Não conhecia os apelantes. Havia informações de que **Mauro Henrique** era responsável por uma biqueira no bairro, mas, até então, não o havia abordado.

Diego, policial militar, afirmou que estavam em patrulhando e depararam-se com **Mauro Henrique**, que estava de bicicleta. Ele demonstrou nervosismo e aparentava ter um volume na cintura. Diante disso, ele foi abordado e, de pronto, disse “perdeu, perdeu”. Em revista pessoal, localizaram um invólucro com entorpecentes. Questionado, **Mauro Henrique** disse que estava indo abastecer a biqueira no bairro Vera Cruz, bem assim que locava um quarto nas imediações, onde havia mais drogas. Foram ao local e, em busca na lavanderia, localizaram uma bolsa com mais novecentos papéletes de cocaína e outros entorpecentes variados, além de anotações do tráfico. Em conversa informal, **Mauro Henrique** informou que deixava grande quantidade de drogas em outra residência. No local

indicado, foram atendidos por Israel e, assim que ele viu Mauro Henrique, confessou com o coacusado deixou uma mala preta com drogas aos cuidados dele. Localizaram essa bolsa com grande quantidade de drogas e os recorrentes foram conduzidos à Delegacia. Somente chegaram aos locais em que as drogas estavam porque Mauro Henrique indicou. No imóvel que Mauro Henrique disse que alugava, havia pertences dele. Não os conhecia. Não se recorda a quantidade exata de droga que Mauro Henrique trazia consigo no momento da abordagem, apenas que se tratava de embalagens quadradas. Não sabiam onde ele morava antes da indicação dele.

Fábio, policial militar, depôs que estavam circulando pela região conhecida pela incidência de tráfico e visualizaram Mauro Henrique, que estava de bicicleta, com um volume sob as vestes e acelerou ao ver a viatura. Ele foi abordado e localizaram, em sua cintura, entorpecentes. Questionado, ele disse que levava as drogas para abastecer um ponto de tráfico. Mauro Henrique indicou o local onde estava hospedado e a equipe localizou mais entorpecentes e anotações de contabilidade do tráfico, que faziam menção a uma outra quantidade de drogas, que não estava naquele local. Mauro Henrique indicou uma residência no Bairro Água Quente onde havia uma pessoa responsável por armazenar uma bolsa com os entorpecentes. No local, foram atendidos por Israel, que, após ser cientificado da diligência, admitiu que armazenava drogas no imóvel em virtude de dificuldades financeira. Ele indicou que a bolsa estava no guarda-roupas, onde encontraram mais entorpecentes. Diante disso, os recorrentes foram conduzidos ao Distrito Policial. Não conhecia Israel. Havia denúncias do envolvimento de Mauro Henrique no tráfico ilícito, mas nunca o abordou. Somente chegaram ao endereço de Israel por indicação de Mauro Henrique. Não havia outra pessoa no apartamento de Mauro Henrique.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam os

recorrentes, pois confirmaram o encontro de drogas em poder de Mauro Henrique ao ser abordado na via pública, bem como no apartamento que ele ocupava nas imediações e na residência de Israel, ambos localizados somente em decorrência das indicações de Mauro Henrique. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, os apelantes não mostraram que quisessem prejudicá-los gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (artigo 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Rosemary, namorada de Mauro Henrique, disse que estava deitada no quarto quando os policiais entraram no apartamento já apontando a arma, pedindo que erguesse as mãos e levantasse da cama. **Alguns policiais**

realizaram a revista no imóvel, mas não deixaram a depoente acompanhar, sendo mantida no quarto. Os policiais entraram em outros apartamentos e nada localizaram. Então, eles disseram que estava presa e seria apresentada na Delegacia. Foi colocada em uma viatura e Mauro Henrique em outra. Foi conduzida a outro local e, após alguns minutos, deixaram-na a um quarteirão de sua casa, limitando-se a informar que a depoente estava liberada. Quando os policiais entraram, eles disseram que Mauro Henrique estava na viatura. Morava com ele nesse endereço.

As palavras dela devem ser avaliadas com reservas, pois, em primeiro lugar, tem vínculo afetivo com **Mauro Henrique**, ademais, disse que permaneceu no quarto durante a revista no imóvel, de sorte que não pode afirmar que não foram encontradas drogas no local. Depois, é normal que pessoas que são ligadas a um traficante procurem amenizar suas ações, por amizade, coleguismo, desejo de obter algum benefício ou, até mesmo, medo.

As provas são robustas e incriminam os recorrentes.

Acrescente-se que o artigo 33 da Lei de Tóxicos prevê diversas condutas. No caso, os recorrentes traziam consigo e guardavam entorpecentes para o comércio, conduta que também se tipifica e deve ser combatida. A destinação mercantil ficou demonstrada pela expressiva quantidade e variedade de drogas localizadas (com **Mauro Henrique** e na casa dele: novecentos e noventa e sete (997) papelotes de cocaína, com peso líquido de 827,51 gramas; quarenta (40) microtubos de cocaína, com peso líquido de 14,06 gramas; e duzentos e setenta e nove (279) invólucros plásticos de maconha, com peso líquido de 359,91 gramas; e na residência de **Israel**: mil, duzentos e cinquenta (1.250) microtubos de cocaína, com peso líquido de 866,66 gramas; cento e cinquenta e um (151) invólucros plásticos de maconha ('Skunk'), com peso líquido de 28,14 gramas; seiscentos e noventa e cinco (695) papelotes de

maconha, com peso líquido de 942,07 gramas; noventa e quatro (94) microtubos de maconha ('K9'), com peso líquido de 18,11 gramas; setecentos e vinte e seis (726) pedras de crack, com peso líquido de 144,68; e oitenta e dois (82) microtubos de cocaína, com peso líquido de 15,35 gramas), incompatível com a finalidade de consumo pessoal, e pelo encontro, no mesmo contexto, de balança de precisão e anotações relacionadas à contabilidade do tráfico ilícito (fls. 37 e 51/53).

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Relator Desembargador Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

A pena de Mauro Henrique comporta reparo, sendo mantida a de Israel.

Na **primeira fase**, as penas-base foram elevadas em 1/3, pelos maus antecedentes de **Mauro Henrique** (processos nº 0015767-08.2007.8.26.0625, fls. 134/135; e nº 0021896-24.2010.8.26.0625, fls. 135/136), pela maior reprovabilidade da conduta de **Israel**, pois praticou o crime durante cumprimento de pena em regime aberto (execução penal 0001903-59.2023.8.26.0521, fls. 125/126) e considerável quantidade de entorpecentes apreendidos (novecentos e noventa e sete (997) papelotes de cocaína, com peso líquido de 827,51 gramas; quarenta (40) microtubos de cocaína, com peso líquido de 14,06 gramas; e duzentos e setenta e nove (279) invólucros plásticos de maconha, com peso líquido de 359,91 gramas, com **Mauro Henrique**; e mil, duzentos e cinquenta (1250) microtubos de cocaína, com peso líquido de 866,66 gramas; cento e cinquenta e um (151) invólucros

plásticos de maconha ('Skunk'), com peso líquido de 28,14 gramas; seiscientos e noventa e cinco (695) papelotes de maconha, com peso líquido de 942,07 gramas; noventa e quatro (94) microtubos de maconha ('K9'), com peso líquido de 18,11 gramas; setecentos e vinte e seis (726) pedras de crack, com peso líquido de 144,68; e oitenta e dois (82) microtubos de cocaína, com peso líquido de 15,35 gramas, com **Israel**), entre eles cocaína e crack, substâncias mais nocivas, de efeitos altamente deletérios e intensa lesão à saúde pública, pois induzem quase que instantaneamente à dependência, tendo-se seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão e pagamento de seiscientos e sessenta e seis (666) dias-multa.

No caso de tráfico, de acordo com a Lei 11.343/2006, artigo 42, a **quantidade e natureza da droga apreendida** são preponderantes sobre as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado (**HC 502098/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 30.5.2019 – DJe em 4.6.2019). No mesmo sentido: **HC 479977/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 14.5.2019 – DJe em 23.5.2019 e **HC 489860/RJ** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 23.4.2019 – DJe em 30.4.2019.

Aliás, a natureza altamente deletéria do entorpecente apreendido e, em consequência, a intensidade da lesão à saúde pública, constituem critérios idôneos para a exasperação das penas, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. **Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus nº 313796/SP** – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro – J. em 13.3.2018 – DJe 26.3.2018.

Ainda de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, "há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína e do "crack" em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes." (*Habeas Corpus 179.086/SP* – T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Gilson Dipp - J. em 5.4.2011 – DJe em 14.4.2011).

O conceito de maus antecedentes abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, **mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos.**

Nesse sentido a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o artigo 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes” (REsp n. 1.741.828/SP – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi – J. em 4.9.2018). Na mesma linha de entendimento: HC 540836/SP - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE) - J. em 19.11.2019 - DJe em 25.11.2019; AgRg no REsp 1840109/PR - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 19.11.2019 - DJe em 3.12.2019; HC 530738/RS - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 8.10.2019 - DJe em 14.10.2019; AgRg no HC 502995/MS - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 15.8.2019 - DJe em 23.8.2019 e HC

509437/SP - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Félix Fischer - J. em 18.6.2019 - DJe em 25.6.2019.

O direito ao esquecimento cabe a quem não comete mais delito. Aquele que, novamente, reitera ou reincide em uma infração penal, até mesmo para a individualização penal, concreta, deve ter seu passado verificado. Isso não é perpetuar uma condenação e, sim, efetivar o princípio da isonomia, no caso, tratar desiguais desigualmente, um primário não pode ter pena igual a quem tem histórico de antecedentes passados.

Relevante lembrar o Tema 150 da Repercussão Geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: Direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Tema 150 da repercussão geral. Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese. 1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão do Plenário Virtual desta Corte, que fixou a tese de repercussão geral referente ao Tema 150, nos seguintes termos: “não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, I, do Código Penal”. 2. A alegada omissão referente à existência de discricionariedade do juízo em utilizar ou não as condenações com período superior a cinco anos para o incremento da pena-base foi afirmada nos votos de todos os Ministros que formaram a maioria. 3. A possibilidade de reconhecer ou não como maus antecedentes condenações antigas ou desimportantes deriva dos institutos da individualização da pena e isonomia, bem como da necessidade de que a reprimenda seja suficiente e necessária para que o condenado não volte a delinquir. Tanto a consideração quanto a desconsideração dessas circunstâncias devem ser devidamente fundamentadas. 4. Embargos de declaração acolhidos, tão somente para aclarar a tese do Tema 150 da repercussão geral, que passa a ser fixada nos seguintes termos: “Não se

aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”. (STF - **EMB. DECL. no Recurso Extraordinário nº 593818/SC** - Tribunal Pleno - Relator Ministro Roberto Barroso - J. 25.4.2023 - Publicação 5.5.2023).

Demais disso, a prática de novo crime durante cumprimento de pena também evidencia maior reprovabilidade da conduta do agente e justifica a elevação da pena-base, não se verificando a ocorrência de “bis in idem”, por se tratar de fundamentos distintos.

“7. O fato de o agente cometer o delito enquanto cumpre pena aplicada em razão da prática de crime pretérito é fundamento adequado para exasperar a pena-base.” (STJ - **HC n. 704.718/SP** – T6 – Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. 16.5.2023 - DJe 23.5.2023).

“7. Consoante entendimento consolidado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a prática de novo delito durante o cumprimento da pena em regime aberto evidencia maior reprovabilidade da conduta perpetrada e constitui circunstância apta a exasperar a pena-base.” (STJ - **AgRg no AREsp n. 2.252.735/DF** – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 9.5.2023 - DJe 15.5.2023).

“3. “A valoração negativa da culpabilidade fundada na maior reprovabilidade do comportamento do agente em razão de o delito ter sido cometido enquanto cumpria pena pela prática de crime anterior não configura

bis in idem quando reconhecida a reincidência, que se refere a acréscimo objetivo operado apenas em função da existência de condenação definitiva anterior" (AgRg no HC 639.218/SC, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe 20/9/2021)." (STJ - *AgRg no AREsp n. 2.292.371/DF* – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 25.4.2013 - DJe 28.4.2023).

“6. A prática do delito enquanto foragido e "em pleno cumprimento de pena privativa de liberdade por outro crime" denota maior desvalor da conduta do agravante e configura motivação válida para exasperar a pena-base. (STJ - *AgRg no HC n. 752.992/SP* – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro – j. 17.4.2023 - DJe 19.4.2023).

“2. A culpabilidade, para fins do artigo 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. 3. No caso concreto, as instâncias ordinárias valoraram negativamente a culpabilidade pelo fato de terem os pacientes cometido o crime enquanto cumpriam pena em regime aberto. Trata-se, indubitavelmente, de circunstância que indica maior reprovabilidade da conduta, porquanto atesta a total imunidade de réu ao caráter preventivo individual negativo da pena, bem como a violação do compromisso assumido por ocasião do gozo do regime aberto, o que denota falta de senso de responsabilidade e mudança de postura.” (STJ - *HC 396.749/SC* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 19.10.2017 - DJe em 25.10.2017).

Nesta Colenda 11ª Câmara Criminal:

"O fundamento revela-se idôneo e deve ser mantido, pois o fato de o acusado ter praticado novo crime enquanto gozava de benefício executório revela culpabilidade acentuada, na medida em que demonstra menosprezo à reintegração social conferida pelo Judiciário. Não há que se falar em bis in idem pela valoração negativa da culpabilidade e pela consideração dos maus antecedentes ou reincidência, pois o desvalor da culpabilidade se calcou na prática de delito durante gozo de benefício executório, enquanto a negatização dos maus antecedentes e da reincidência se deu pela utilização de condenação anterior, tratando-se, assim, de elementos concretos distintos." (*Apelação Criminal nº 1511232-61.2022.8.26.0228* - Relator Xavier de Souza - J. 27.10.2022 – DJe. 27.10.2022).

Na segunda fase, a pena de Mauro Henrique pode ser agravada em somente 1/6, pela presença da agravante da reincidência, pois, ainda que específica, trata-se de somente uma condenação definitiva apta a configurar referida agravante (processo nº 0000287-59.2017.8.26.0618, fls. 132/133), tendo-se sete (7) anos, nove (9) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de setecentos e setenta e sete (777) dias-multa.

Ressalte-se que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 2.003.716/RS (Tema 1172) fixou a tese de que "*A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso*" (Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - J. 25.10.2023 - DJe 31.10.2023).

Quanto a Israel, a pena permanece no mesmo patamar, pela compensação entre a agravante da reincidência (processo nº 1506682-64.2020.8.26.0625, fls. 126) e a atenuante da confissão espontânea, já

reconhecida na respeitável sentença.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - J. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o artigo 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (**Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP**, paradigmas do Tema 585, conforme REsp 1.931.145/SP – T3 - Terceira Seção - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na terceira fase, em razão da reincidência, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº

11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, até porque evidencia o envolvimento dos apelantes com a criminalidade. E não se cogita de “bis in idem”, mas, sim, de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Nesse sentido: “(...) *reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes.*” (STJ - **Habeas Corpus nº 427.620/SP** - T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 – DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) “*A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.*” (STJ - **AgRg no HC 468.578/MG** - T5 – Quinta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).

A presença de maus antecedentes também impede a aplicação do redutor (**AgRg no HC 547176/SP** – T6 – Sexta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 17.12.2019 – DJe em 4.2.2020; **AgRG no HC 526085/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 3.12.2019 – DJe em 16.12.2019; **HC 4780001/SP** – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. em 5.2.2019 – DJe em 14.2.2019 e **AgRg no HC 530668/ES** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 19.11.2019 – DJe em 3.12.2019 – nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor

para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Já se decidiu: "4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem." (*AgRg no HC 687003/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

"1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois expressamente previsto em tal norma que tal benefício somente pode ser aplicado a agente primário, de bons antecedentes. 2. Não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena." (*AgRg no HC 650717/SP* – T6 – Sexta Turma – Relatora Min^a Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

"- Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente bis in idem na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes." (*HC 401261/SP* – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J.

27.6.2017 – DJe 1.8.2017).

As penas são finais, pois mais nada as alteram. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o **inicial fechado**.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que

seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (artigo 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**artigo 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Artigos 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus* nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro

Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (*Habeas Corpus* nº 91360/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Os apelantes são reincidentes. Eles reiteram na prática de delitos e possuem tendência para esse comportamento. Demonstram, pois, conduta social inapropriada. Poderiam emendarem-se, pois têm consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persistem no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: “(...) o artigo 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto).” (*RHC 134829/RJ* – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: “*Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no artigo 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.*” (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, mas preferiram realizar o delito ao invés de comportarem-se de maneira correta. Ou seja, querem tornar a

prática de crimes como meio de subsistência.

Há, ainda, gravidade concreta do delito, pois os recorrentes traziam consigo e guardavam milhares de porções de entorpecentes, entre eles cocaína, crack e maconha, inclusive na forma de K9 e Skunk, a fim de distribuí-los no ponto de tráfico gerenciado por **Mauro Henrique**, lembrando-se, ainda, que **Israel** cometeu o delito durante cumprimento de pena em regime aberto, emergindo patente suas **periculosidades**.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do artigo 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Relator Ministro Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (artigo 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Ora, é de pronta intelecção que a perpetração de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à

convivência social, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

O tráfico, nos contornos dos autos, causa malefícios a várias pessoas, usuários e viciados, bem como causa aflição para amigos, colegas e familiares de todos eles.

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pelas conduta criminosa perpetrada; previne-se que não a cometam, prevenção especial, e outras infrações penais, prevenção geral, e, por fim, retornem ao convívio social, após assimilarem a terapêutica penal, de maneira harmônica.

Com a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição das penas privativas da liberdade por restritivas de direitos.

As penas corporais não comportam a benesse, pois superiores a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

Os apelantes são reincidentes e **Mauro Henrique** ainda tem maus antecedentes (artigo 44, incisos II e III).

Caso isso fosse feito, não teriam consciência da ilicitude que fizeram.

O artigo 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, o que não é o caso.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso de Israel e parcial provimento do apelo de Mauro Henrique para reduzir a fração na segunda fase para 1/6, redimensionando-se sua pena para sete (7) anos, nove (9) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de setecentos e setenta e sete (777) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso presos (fls. 253). Permanecerão nessa condição, pois ainda subsistem os motivos para suas prisões. Os apelantes ficaram presos durante toda a tramitação, por crime equiparado a hediondo, combatido mundialmente, logo, para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, a custódia é a melhor medida, sobretudo por serem reincidentes.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.