APELANTE: ANDRÉ JÚNIOR VIANA MESSAS
APELANTE: JOÃO VITOR MARVILA NEVES
ADVOGADO: DEFENSORIA PUBLICA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

EMENTA. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS COM USO DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação criminal interposto pela Defensoria Pública em favor de ambos os réus, contra sentença que os condenou pela prática do crime tipificado no artigo 33 c/c art. 40, IV da Lei n.º 11.343/03, as penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sem direito de recorrer em liberdade.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO:

2. Verificar: (i) a legalidade da busca pessoal, diante da alegada ausência de fundada suspeita, e a eventual ilicitude das provas dela decorrentes; (ii) a suficiência do conjunto probatório para sustentar a condenação; (iii) a possibilidade de desclassificação da conduta de um dos réus para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; (iv) o cabimento ou não da causa de aumento prevista no art. 40, IV, e do reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, ambos da Lei nº 11.343/2006; e (v) abrandamento do regime inicial prisional.

III. RAZÕES DE DECIDIR:

3. Da preliminar. A busca pessoal está amparada pelo art. 244 do CPP, sendo legítima diante das circunstâncias concretas e da jurisprudência consolidada. Os policiais relataram observação prévia de dinâmica compatível com tráfico de drogas, com entradas e saídas reiteradas de terreno baldio, contato com usuários e atuação de corréu na vigilância armada do local. Preliminar que se rejeita.

4. Mérito. A materialidade e autoria do delito estão comprovadas por documentos e depoimentos dos policiais, considerados idôneos e coerentes, não havendo indícios de parcialidade.

5. A dinâmica observada pelos policiais e o contexto da apreensão evidenciam destinação mercantil. Não há elementos para desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, pois a prova indica finalidade de tráfico, sendo irrelevante a alegada condição de usuário.

JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO:15396 Assinado em: 05/11/2026 13:33:25
Local: GAB. DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

6. A causa de aumento do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006 foi corretamente aplicada. A arma de fogo era utilizada para assegurar o êxito da atividade criminosa, ainda que estivesse na posse direta de apenas um dos réus, demonstrado o nexo finalístico com o tráfico.
7.Também não incide a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, porque o contexto fático que trata de tráfico de drogas com emprego de arma de fogo, agregado a prova oral, produzida em juízo, não permite concluir que se trata de traficantes ocasionais ou de primeira viagem, a quem o legislador quis beneficiar.
8.Dosimetria da pena operada na sentença observou os critérios legais e definiu a sanção penal estatal, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da individualização da pena.
9. Regime inicial comporta alteração. Detração Penal. Considerado o tempo de prisão cautelar já cumprido e o quantum remanescente da pena, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP e do art. 33, § 2º, c, do CP.
IV - DISPOSITIVO
10. Recurso parcialmente provido para estabelecer o regime inicial aberto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Criminal nº 0802220-77.2024.8.19.0070**, em que são Apelantes ANDRÉ JÚNIOR VIANA MESSAS e JOÃO VITOR MARVILA NEVES, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **A C O R D A M** os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Desembargador Relator, em **rejeitar a preliminar** e **dar parcial provimento ao recurso defensivo,** para com fulcro no artigo 378, §2º do Código de Processo Penal c/c art. 33, §2º, “c” do Código Penal, estabelecer o **regime inicial aberto**, com expedição de alvará de soltura, em favor de ambos os apelantes, se por outro processo não estiverem presos, sem prejuízo das condições inerentes ao novo regime, a critério do Juízo da Vara de Execuções Penais.

Rio de Janeiro, data da assinatura digital.

Desembargador **JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO**
Relator

APELANTE: ANDRÉ JÚNIOR VIANA MESSAS
APELANTE: JOÃO VITOR MARVILA NEVES
ADVOGADO: DEFENSORIA PUBLICA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

R E L A T Ó R I O

O Ministério Público deste estado, em 13/12/2024 (id. 162257829) ofereceu denúncia em face de ANDRÉ JÚNIOR VIANA MESSAS e JOÃO VITOR MARVILA NEVES como incurso no crime previsto no artigo 33 e 35 c/c art. 40, IV todos da lei 11343/06, nos em razão dos seguintes fatos:

> No dia 01 de dezembro de 2024, por volta das 20h40min, na Rua Carlos Gomes, s/n, Santa Clara, nesta Comarca, **os denunciados, com vontade livre e consciente e em comunhão de desígnios e ações entre si, vendiam e tinham em depósito, sem autorização, drogas, quais sejam: 7,20g (sete gramas e dois decigramas de cocaína), substância pulverulenta acondicionada em 09 (nove) pequenos tubos plásticos cilíndricos do tipo "*eppendorf*" com as seguintes inscrições: "Todo Certo Prevalece", "Pó", "R$10,00",** conforma laudo de exame definitivo de entorpecente de id 159481048.
>
> Em data que não se pode precisar, porém certamente em período anterior ao dia 01 de dezembro de 2024, por volta das 20h40min, na Rua Carlos Gomes, s/n, Santa Clara, nesta Comarca, **os denunciados, com vontade livre e consciente e em comunhão de desígnios e ações entre si e com os demais integrantes da facção criminosa TCP, associaram-se, de forma estável e permanente, para a prática do comércio ilícito de entorpecentes.**
>
> **Na mesma operação policial, foi arrecadado um revólver, calibre .38, número de série 982787, marca Rossi, e 05 (cinco) munições intactas de mesmo calibre.**
>
> Consoante se depreende do acervo investigatório, na data dos fatos, policiais militares realizaram campana em local conhecido como sendo ponto de venda de drogas na localidade de Santa Clara.

Durante a observação, os policiais identificaram o DENUNCIADO ANDRE JUNIOR, em companhia de outra pessoa não identificada, vendendo drogas a usuários que iam ao local. Ademais, ambos se dirigiam a todo o momento até um terreno baldio, pegavam os entorpecentes e entregavam aos compradores.

Na mesma oportunidade, verificou-se que o DENUNCIADO JOÃO VITOR ficava ao lado observando, na contenção, exercendo a função de segurança do tráfico.

Procedeu-se à abordagem, momento em que o ACUSADO ANDRE JUNIOR se deitou no chão e o seu comparsa não identificado conseguiu se evadir. JOÃO VITOR igualmente tentou fugir do local, todavia, foi alcançado pelos policiais militares, jogando no

Em revista ao terreno em que o PRIMEIRO DENUNCIADO foi visto anteriormente, foram encontrados 09 (nove) pinos de cocaína.

Pelas circunstâncias da apreensão – local dominado pela facção criminosa TCP e entorpecentes com inscrições nas embalagens desta mesma facção –, evidente que ambos os DENUNCIADOS estavam associados entre si e aos demais integrantes do TCP para a prática do comércio ilícito de entorpecentes.

Evidente, ainda, que a droga era de posse compartilhada entre eles e o terceiro não identificado, uma vez que, muito embora não tenha sido visto vendendo os entorpecentes, o SEGUNDO DENUNCIADO ficava ao lado durante a venda, em clara função de contenção, muito comum no tráfico ilícito.

Assim agindo, em sendo objetiva e subjetivamente típicas as condutas descritas, estão os denunciados incursos nas penas dos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06, com incidência da causa de aumento do artigo 40, IV, da mesma lei, na forma do art. 69 do CP.

A denúncia foi recebida em 21/03/2025 (id. 180093194).

Finalizada a instrução criminal, a sentença, proferida em 30/06/2026, julgou parcialmente procedente o pedido estatal para **condenar** ANDRÉ JUNIOR VIANA MESSAS e JOÃO VITOR MARVILA NEVES, ambos como incursos nas penas dos art. 33 com incidência na causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV da Lei n.º 11.343/03, as penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Absolveu-os da

imputação pelo crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, com fundamento no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal (ids. 282687201 e 260122864).

A prisão preventiva foi mantida e negado o direito de recorrer em liberdade.

A Defensoria Pública opôs embargos de declaração (id. 264470495), manifestando-se o Ministério Público pelo não provimento (id. 274317670).

Decisão que negou provimento aos embargos declaratórios (id. 279809106).

Os réus foram intimados, pessoalmente, da sentença, manifestando-se por deixar a cardo da defesa a opção de recorrer (ids. 286412272/João Vitor e 286412988/André).

Apelação da Defensoria Pública, em favor de ambos os réus (id. 295020583), arguindo, em preliminar, nulidade da busca pessoal e das provas derivas. No mérito, pugna pela absolvição de ambos por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o delito tipificado no art. 28 da Lei nº 11343/06, em relação a ANDRÉ; afastamento da causa de aumento do emprego de arma de fogo em relação a ANDRÉ, reconhecimento, para ambos, do benefício do tráfico privilegiado nesse caso seja a PPL substituída por PRDs, seja concedido deles recorrem em liberdade.

Recebimento do recurso no duplo efeito (id. 295926432).

Contrarrazões do Ministério Público pela manutenção da sentença e apresenta prequestionamento (id. 310409369).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra da Dra. Flavia Beiriz Brandão de Azevedo, no sentido do desprovimento do recurso (pasta 08).

É o relatório, que encaminhei à douta Revisão.

V O T O

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de ANDRÉ JUNIOR VIANA MESSAS e JOÃO VITOR MARVILA NEVES, contra sentença, proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Francisco de Itabapoana, que os condenou pela prática do crime tipificado no artigo 33 com incidência na causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV da Lei n.º 11.343/03, as penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez)

meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sem direito de recorrer em liberdade.

Da preliminar

A Defensoria Pública arqui a nulidade da prova ao sustentar que a condenação dos Apelantes está lastreada em elementos de prova obtidos por meio de busca pessoal manifestamente ilícita, realizada sem a presença de fundada suspeita concreta e objetiva.

Para melhor compreensão dos fatos, que ensejaram a prisão em flagrante dos apelantes, relevante trazer à colação as declarações prestadas por termo em sede policial, bem como os depoimentos colhidos em Juízo sob o crivo do contraditório.

Ipsis litteris declararam o Sgt. PMERJ Gregory Silva Rangel (id. 159481036) e o Cb. PMERJ Bruno Ferreira Barreto – testemunha (id. 159481037)

> *QUE é policial militar; QUE relata que hoje, dia 01/12/2024, por volta das 20h40min, estava esm patrulhamento de rotina acompanhado do CB BARRETO, matrícula 99321 na Rua Carlos Gomes, s/n, Santa Clara- São Francisco de Itabapoana, local de tráfico de entorpecentes e dominado pela facção criminosa "TCP"; QUE a guarnição permaneceu em um ponto estratégico na rua mencionada e ficou observando a movimentação de venda de entorpecentes no local; QUE observou o nacional agora identificado como ANDRE JUNIOR VIANA MESSAS juntamente com um outro nacional não identificado de blusa do flamengo se dirigindo para dentro de um terreno e usuários de drogas permaneciam na frente desse terreno após conversarem com eles; QUE foi visto ANDRE e esse nacional não identificado indo e vindo várias vezes nesse terreno; QUE também foi visto que o nacional JOAO VITOR MARVILA NEVES, já conhecido da guarnição por envolvimento com o tráfico de drogas, ficava de longe observando a movimentação; QUE no ato da abordagem ANDRE JUNIOR deitou no chão e o outro nacional de camisa do flamengo fugiu tomando rumo ignorado e JOAO VITOR tentou se evadir correndo mas foi alcançado pelo declarante e jogou no chão 01 revolver enferrujado calibre. 38 marca ROSSI, numeração a princípio não aparente alimentado com 05 munições intactas do mesmo calibre e deitou do lado da arma; QUE em revista pessoal com ANDRE JUNIOR foi arrecadado na cintura dele 01 celular ASUS rose; QUE em revista no terreno foi encontrado 09 pinos de pó branco aparentando ser cocaína; QUE no ato da abordagem não havia nenhum usuário de droga no terreno; QUE ANDRE JUNIOR e JOAO VITOR foram informados de seus direitos e garantias constitucionais dentre os quais de permanecer em silêncio e algemados por receio de fuga e para resguardar a sua integridade e da guarnição e conduzidos a 147DP e posteriormente a 146DP; QUE perguntado disse que estava usando câmera operacional policial no uniforme ligada em modo ocorrência. E mais não disse.*

O acusado, naquela oportunidade, ambos, optaram por exercer o direito constitucional ao silêncio (APF - id. 159481032).

Em seguida passou a Autoridade Policial a inquirir o 1o. Conduzido(ANDRÉ JÚNIOR VIANA MESSAS) que RESPONDEU: QUE possui uma filha chamada KATREIA PIETRA de 05 anos que mora com a a mãe ANA, na Coreia em SFI; QUE ciente de seus direitos e garantias constitucionais se reservou ao direito de permanecer em silêncio e prestar esclarecimentos em juízo. E mais não disse.

Em seguida passou a Autoridade Policial a inquirir o 2o. Conduzido(JOÃO VITOR MARVILA NEVES) que RESPONDEU: QUE não possui filhos; QUE ciente de seus direitos e garantias constitucionais se reservou ao direito de permanecer em silêncio e prestar esclarecimentos em juízo. E mais não disse.

A sentença transcreve, de forma não literal, a prova oral produzida na instrução criminal contida, que ora reproduzo (id. 260122864):

> ***"PMERJ GREGORY SILVA RANGEL, transcrição não literal (...)*** *que se recorda dos fatos. Que fez uma observação e conseguiu visualizar os dois elementos e um terceiro vestido com blusa do Flamengo. Que o João Victor ja era conhecido de outra ocorrência. Que os outros não eram conhecidos. Que observou o João Victor ficava um pouco mais afastado e os outros dois iam para um terreno sempre que chegava algum viciado e logo após saía. Que foi realizada a tentativa de abordagem, sendo que um conseguiu se evadir. Que o João Victor tentou se evadir e foi alcançado, tendo este dispensado uma arma de fogo. Que o acusado de nome André foi abordado e não havia nada de ilícito. Que no terreno em que eles entravam, foi encontrado pequena quantidade de entorpecente. Que o André juntamente com o que conseguiu se evadir iam sempre no terreno e voltavam o contato com os usuários que chegavam. Que o João Victor ficava sempre um pouco afastado. Que todos os três estavam juntos e conversando. Que o João Victor já foi abordado outra vez em outra localidade, pois era integrante da facção TCP. Que o João Victor já foi preso por outra guarnição por porte ilegal de arma.*
>
> ***PMERJ BRUNO FERREIRA BARRETO, transcrição não literal (...)*** *que se recorda dos fatos. Que estavam em patrulhamento na rua Carlos Gomes, quando se posicionaram em local estratégico, onde foi observada a prática de tráfico de drogas pelo nacional André. Que o André juntamente com outro elemento vestido com camisa do Flamengo entrava em um terreno baldio, sendo que ficavam outras pessoas os esperando saírem do terreno. Que essa entrada e saída do terreno foi vista por várias vezes pela equipe. Que ambos saíam e entregavam alguma coisa para os elementos que ficavam aguardando pelo lado de fora do terreno. Que após visualizar o André entrando no terreno e saindo, foi visto o João Victor observando a movimentação do André juntamente com o elemento de camisa do Flamengo. Que após*

essa observação, foi realizada a abordagem, onde o André se jogou no chão, o elemento de camisa do Flamengo se evadiu do local. Que o João Victor jogou um revólver de calibre trinta e oito no chão no momento da tentativa da evasão. Que logo após foi realizada a busca no terreno onde o André foi visto entrando diversas vezes, em que foram encontrados nove pinos de pó aparentando ser cocaína. Que na revista realizada no André foi encontrado apenas um celular.

O acusado João Victor, na ocasião do seu interrogatório, este confessou que estava na posse do armamento, mas negando o conhecimento da prática de tráfico de entorpecente no local.

O acusado André Júnior, no seu interrogatório, relatou que estava no local para comprar droga, alegando ser usuário de drogas e que desconhece o João Victor e o terceiro que se evadiu no local, negando a propriedade das drogas encontradas. “

O artigo 244 do CPP dispõe que “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que "a permissão para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiança devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo" (AgRg no HC n. 621.586/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 29/9/2021).

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 229.514/PE, julgado em 28/8/2023).

Com feito, a abordagem realizada pelos agentes não se deu de forma aleatória ou arbitrária, como sustenta a defesa. Como se verifica, o caderno probatório inserido nos autos permite ver que a “fundada suspeita”, prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, está descrita e adequadamente justificada.

Como refutado na sentença, os acusados foram vistos na prática do crime de tráfico de drogas, tendo em vista que os policiais militares estavam em campana observando a movimentação típica de tráfico, em que ANDRÉ, com um terceiro não identificado, que logrou empreender fuga, ia até um terreno e em seguida saíam e entregavam alguma coisa para os elementos que ficavam aguardando pelo lado de fora do terreno. E JOÃO VICTOR, pela dinâmica dos fatos narrados, observava a movimentação de ANDRÉ com o elemento de camisa do Flamengo, não identificado, exercendo a guarda armada do ponto de traficância. Inclusive, ao ser interrogado JOÃO VICTOR confessou que estava na posse do armamento.

Dessa forma, tem-se por legítima a conduta dos policiais, caindo por terra o argumento da ausência de fundada suspeita para a busca pessoal, não havendo que falar em ilicitude da prova derivada da diligência policial, que culminou na prisão em flagrante de ambos os apelantes, no mesmo contexto fático.

Nesse sentido, trago à colação ementa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

> *"... **Verifica-se, portanto, que a busca pessoal empreendida foi precedida de fundadas razões, uma vez que o acusado, quando visualizou a viatura policial, acelerou o passo e atravessou rapidamente a rua**.*
> *O caso, assim, parece amoldar-se ao Tema n. 280 do STF, nos termos da conclusão do eminente Ministro Vice-Presidente, devendo ser exercido o juízo de retratação para que sejam consideradas lícitas as provas dos autos.*
> *Dessa forma, considerada a complexidade do caso, que, ao menos em princípio, extrapola as balizas fixadas no Tema n. 280 do STF, verifica-se a necessidade de submissão da controvérsia à apreciação da Suprema Corte para a resolução de eventual divergência com o precedente vinculante.*
> *3. Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, V, c, do Código de Processo Civil, admito o recurso extraordinário." (STJ, RE no HC 964614, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, decisão no dia 17/12/2025, Data da Publicação, DJEN 19/12/2025).*

> *HABEAS CORPUS. **TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ART. 244 DO CPP. FUGA DO RÉU AO AVISTAR A GUARNIÇÃO POLICIAL. FUNDADA SUSPEITA QUANTO À POSSE DE CORPO DE DELITO. CONFIGURAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE**. PROVAS LÍCITAS. ORDEM DENEGADA.*
> *1. Segundo o disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, "A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". 2. Por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs criteriosa análise sobre a realização*

de buscas pessoais e apresentou como conclusões, no que interessa: 2 .1. "Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência".(...)
16. ***Assim, à luz de todas essas ponderações, conclui-se que fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial configura motivo idôneo para autorizar uma busca pessoal em via pública, mas a prova desse motivo, cujo ônus é do Estado, por ser usualmente amparada apenas na palavra dos policiais, deve ser submetida a especial escrutínio, o que implica rechaçar narrativas inverossímeis, incoerentes ou infirmadas por outros elementos dos autos****. 17.* ***O exame destes autos indica que o réu, ao avistar uma viatura policial que fazia patrulhamento de rotina na região dos fatos, correu, em fuga, para um terreno baldio, o que motivou a revista pessoal, na qual foram encontradas drogas. Diante das premissas estabelecidas neste voto e da ausência de elementos suficientes para infirmar ou desacreditar a versão policial, mostra-se configurada a fundada suspeita de posse de corpo de delito a autorizar a busca pessoal, nos termos do art. 244 do CPP. 18. Ordem denegada****. (STJ - HC: 877943 MS 2023/0456127-9, Relator.: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 18/04/2024, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 15/05/2024)*

Rejeito, pois, a preliminar arguida.

Passo ao exame do MÉRITO.

A materialidade delitiva está justificada pelos documentos trazidos pela acusação, em especial, pelo APF (id. 159481032), RO nº 146-03772/2024 (id. 159481033), Autos de apreensão da arma de fogo e munições (id. 159481039) do aparelho celular Asus Rose (id 159481043) pelo laudo de exame retificador de arma de fogo e munições (id. 196478293), que atestou se tratar de um revólver Rossi, calibre .38, com n] de série 982787, além de 05 munições intactas do mesmo calibre, marca CBC, ambos com condições de uso e capacidade lesiva.

Há ainda o Laudo definitivo de material entorpecente/psicotrópico (Id. 159501854), o qual atestou se tratar de 7,20 g de cocaína em pó, acondicionada em 09 tubos do tipo eppendorf, com as inscrições “Todo certo prevalece”, “Pó” e “R$10,00”

A autoria, por sua vez, se verifica pela prova oral colhida, que consistiu no depoimento dos policiais que participaram da prisão do apelante, conforme já reproduzido quando da análise da questão preliminar.

Em que pese a tese defensiva de insuficiência probatória, todavia, considerando o teor dos depoimentos, constata-se que ambos os policiais militares ouvidos em juízo prestaram declarações consistentes, acerca dos fatos narrados na inicial acusatória, não demonstrando qualquer indício de deslisura quanto à conduta dos agentes da lei.

Aplicável ao caso em apreço, portanto, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova" (AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, 28/6/2021).

Destaca-se, ainda, que, “o fato de a prova oral se restringir a depoimento de autoridades policiais e seus agentes autoriza condenação quando coerentes com as provas dos autos e devidamente fundamentada na sentença” (v. Súmula TJRJ, verbete nº 70 – nova redação), como no caso em análise.

De tudo resulta mostrar-se evidente que a droga apreendida era destinada ao narcotráfico, mesmo porque a infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não é caracterizada tão somente pela venda, tão somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como as de simplesmente levar consigo, guardar ou ter em depósito a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia ilícita.

Assim, é inconteste que as circunstâncias fáticas levam a reconhecer a prática pelo apelante do crime de tráfico ilícito de entorpecente, anotado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, restando insubsistente a tese defensiva de absolvição.

Da mesma forma, não prospera o pleito defensivo de desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, em relação a ANDRE (posse de droga para consumo pessoal), posto que ainda que o apelante fosse reconhecidamente usuário de substância entorpecente, não se pode desconsiderar a possibilidade jurídica de que o agente, simultaneamente à condição de usuário, também estava naquele contexto exercendo a atividade ilícita de tráfico de drogas, conforme se pode extrair da prova oral produzida sob o crivo do contraditório, em juízo.

Ainda que em autodefesa que o réu tenha dito ser usuário de drogas, além da defesa argumentar a respeito da quantidade de droga apreendida, considerável inexpressiva, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre essa questão, reconhecendo que a condição de usuário não exclui, por si só, a tipificação do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, desde que presentes elementos probatórios que indiquem a prática de condutas típicas relacionadas ao tráfico (AgRg no HC n. 869.890/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023).

Assim, mantém-se a condenação do réu pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em relação a ambos os apelantes.

Quanto ao pedido de afastamento da causa de aumento prevista no art. 40 Vi da Lei 11343/06, pelo emprego de arma de fogo, igualmente não merece prosperar.

O conjunto probatório deixou evidente que a arma de fogo estava sendo empregada no contexto da mercancia ilícita, onde ANDRE promovia o delito, embora estivesse na posse direta de JOÃO VICTOR, restou demonstrado o vínculo funcional do uso do artefato na atividade delituosa, a teor do entendimento consolidado no Tema Repetitivo 1259 do Superior Tribunal de Justiça[1], verbis: *"A majorante do art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006 aplica-se quando há nexo finalístico entre o uso da arma e o tráfico de drogas, sendo a arma usada para garantir o sucesso da atividade criminosa, hipótese em que o crime de porte ou posse ilegal de arma é absorvido pelo tráfico. Do contrário, o delito previsto no Estatuto do Desarmamento é considerado crime autônomo, em concurso material com o tráfico de drogas*."

Passo à análise da <u>dosimetria da pena.</u>

<u>FACs dos acusados (ids. 258100665/JOÃO VICTOR e 258100663/ANDRÉ)</u>

Como cediço a aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma.

In caso, o processo trifásico foi operado com razoabilidade e proporcionalidade em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República.

Embora o sentenciante tenha reconhecido os maus antecedentes, para ambos, a pena base foi fixada no mínimo legal, 05 anos e 500 dias-multa, à razão unitária mínima.

1 https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1259&cod_tema_final=1259

A atenuante da confissão embora seja reconhecida em relação a JOÃO VICTOR, não geram reflexo na pena, por força o que orienta a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, a fração de 1/6 (um sexto) aplicada por força da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV da Lei. 11.343/06, não merece reparo, pois razoável e proporcional, que estabeleceu a pena em **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583** dias-multa, mantido o valor anteriormente atribuído.

Para o reconhecimento do tráfico privilegiado é afastado, a lei exige cumulativamente que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa, contudo faz necessário a análise fática de cada caso.

No caso dos autos, são tecnicamente primários - não obstante as anotações registradas cada qual em sua FAC, mas que que não afastam a configuração dos maus antecedentes, como apontados na sentença, que não os utilizou como afastar a pena base do mínimo legal. O cenário fático que trata de tráfico de drogas com emprego de arma de fogo, agregado a prova oral, produzida em juízo, não permite concluir que se trata de traficantes ocasionais ou de primeira viagem, a quem o legislador quis beneficiar.

Nessa linha de raciocínio, inviabilizado o reconhecimento da causa de diminuição de pena do §4º, art. 33 da lei 11343/06.

No que diz respeito, ao regime prisional, o parágrafo 2º, do artigo 387, do Código de Processo Penal § 2º dispõe que: "*O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.", o que pode ser feito por esta instância revisora antes do trânsito em julgado da sentença*.

No caso dos autos, os apelantes se encontram presos desde o flagrante delito, ocorrido em 1º/12/2024 – há mais de 01 ano e 10 meses – e tendo em vista que são tecnicamente primários, a pena base foi fixada no mínimo legal e resulta em quantum remanescente a cumprir menor que 04 anos de reclusão, é possível fixar **o regime inicial prisional aberto**, a teor do disposto no art. 33, §2º, "c" do Código Penal.

Prequestionamento rechaçado por ausência de violação às normas destacadas pelas partes.

Em razão do exposto, voto no sentido de **rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso defensivo,** para com fulcro nos artigos 378, §2º do Código de

Processo Penal c/c art. 33, §2º, “c” do Código Penal, para estabelecer o **regime inicial aberto**, com expedição de alvará de soltura, em favor de ambos os apelantes, se por outro processo não estiverem presos, sem prejuízo das condições inerentes ao novo regime a critério do Juízo da Vara de Execuções Penais. Mantida no mais a sentença recorrida.

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.

Desembargador **JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO**
Relator