



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

Embargos Infringentes e de Nulidade nº. 0821284-47.2024.8.19.0014

Juizes de Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes e Quinta Câmara Criminal do TJ/RJ

Embargante: MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS CARVALHO
(Defensoria Pública)

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. VOTO VENCIDO PELO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Embargos Infringentes e de Nulidade contra acórdão que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao apelo defensivo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se deve prevalecer o voto vencido no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastando a valoração negativa da natureza dos entorpecentes apreendidos.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Juízo *a quo* valorou negativamente a personalidade e a conduta social do agente, bem como a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

4. Cumpre destacar que o referido dispositivo legal impõe ao julgador o dever de considerar a natureza e a quantidade da substância entorpecente com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

5. Em seu voto vencedor, o relator do acórdão da Quinta Câmara Criminal afastou as valorações negativas da personalidade e da conduta social do agente, preservando apenas a exasperação da pena-base referente ao maior potencial lesivo da cocaína.

6. A altíssima nocividade e o devastador poder adictivo da cocaína provocam danos graves à saúde pública e à estrutura social, justificando a valoração mais severa do vetor da natureza da droga.

7. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a elevada nocividade da cocaína constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da natureza do entorpecente.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Recurso conhecido e desprovido.

Dispositivos relevantes citados: Lei n.º 11.343/06, arts. 33, caput, 42.

Jurisprudência relevante citada: AgRg no HC n. 973.806/RJ, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 1/7/2025, DJEN de 4/7/2025.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** aos embargos infringentes e de nulidade, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador FLÁVIO ITABAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU
Relator



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

R E L A T Ó R I O

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos por MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS CARVALHO, em razão da prolação de acórdão não unânime proferido no Recurso de Apelação nº 0821284-47.2024.8.19.0014, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Vencido o Exmº. Desembargador PAULO DE OLIVEIRA LANZILLOTTA BALDEZ, que votou no sentido de dar provimento parcial ao recurso defensivo (id. 69) para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastando a valoração negativa da natureza dos entorpecentes apreendidos.

Em id. 37, acórdão com o voto condutor da lavra do Exmº. Desembargador MARCELLO DE SÁ BAPTISTA.

Sobrevieram embargos infringentes e de nulidade interpostos por MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS CARVALHO, sustentando que deve prevalecer o voto vencido (id. 109).

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer de id. 126, opinou pelo desprovimento do referido recurso.

É o RELATÓRIO.



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

V O T O

Ab initio, há que ser salientado que o recurso interposto é tempestivo e possui todos os requisitos de admissibilidade recursal.

Compulsando os autos, verifico que **não assiste razão ao embargante**.

Com efeito, o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o embargante pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, conforme sentença de id. 193782734, proferida nos seguintes termos, *in verbis*:

“Vistos etc. Trata-se de ação penal proposta em face de MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS CARVALHO, imputando-lhe a prática da conduta descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Encontram-se nos autos: Registro de ocorrência no index 147776708; Auto de apreensão nos index 147776714 e 147776716; Termo de declarações nos index 147776710 e 147776712; Laudo de exame definitivo de material entorpecente no index 147776722; FAC do acusado no index 181395702; FAI do acusado no index 155873236; Certidão esclarecendo antecedentes do acusado no index 188609342; Audiência de custódia no index 147946115, onde foi convertida a prisão em flagrante do acusado em prisão preventiva; Defesa prévia do acusado no index 165137541; A denúncia foi recebida em 16/01/2025, conforme decisão de index 166267131; Audiência de instrução e julgamento no index 188669806, realizada em 29/04/2025, registrada por meio audiovisual pela Plataforma Microsoft Teams, onde foram ouvidas as testemunhas presentes e realizado o interrogatório do acusado, o qual exerceu o direito constitucional ao silêncio, conforme áudio e vídeo armazenado no PJE mídias; Alegações finais por memoriais apresentadas pelo Ministério Público no index 191613345; Alegações finais por memoriais apresentadas pela defesa no index 192202098. É o relatório. Fundamento e Decido. Esclareço que não se trata de abordagem e busca pessoal aleatórias e ilegais como aduziu a defesa, mas sim de atitude evidentemente suspeita para possibilitar aos policiais a abordagem ao réu, que ganhou a via pública em fuga, ao sair de um local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, assim que percebeu a presença policial. Em revista pessoal, devidamente justificada pela fuga do réu, apreenderam com ele uma quantia em espécie em notas trocadas, sendo certo ainda que antes de iniciar a fuga, o réu estava sentado em um hidrômetro, onde foi encontrada uma carteira com outra quantia em notas trocadas, além de uma carteira de identidade do réu, bem como o material entorpecente descrito na denúncia. Assim, diante da evidente justa causa, se fazia desnecessário qualquer mandado judicial, eis que sequer se tratava da residência do réu, não sendo possível a alegação de inviolabilidade do local. Note-se que mesmo em caso de diligência iniciada na via pública e terminada da residência do traficante, mostra-se lícita a diligência





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

policial, diante do claro flagrante do crime permanente, a partir da evidente atitude suspeita do réu. Neste sentido: [...] TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AGENTE ABORDADO NA VIA PÚBLICA. CONTEXTO FÁTICO ANTERIOR APTO A INDICAR FUNDADA SUSPEITA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. JUSTA CAUSA NECESSÁRIA PARA AUTORIZAR O INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA DO RÉU. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No caso, o réu foi abordado ainda em via pública, em conhecido local de traficância, no momento em que trazia consigo certa quantidade de droga, o que justificou o posterior ingresso dos policiais em sua residência, pois restou devidamente configurada a situação de flagrância. Nesse contexto, é possível afirmar que havia fundada suspeita de que o acusado exercia o tráfico ilícito de entorpecentes, estando, pois, devidamente justificada a entrada dos milicianos no interior de sua residência. [...] (Agravos regimental no agravo em recurso especial nº 2.176.309-SE, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julg. em 06/12/2022. Recentemente, o STF por meio da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do RE 1.456.106/AM, assentou que os policiais devem nortear suas ações de forma motivada, com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de uma situação de flagrante, não se exigindo, pois, certeza quanto a prática do crime, mas “fundadas razões a respeito”. Assim, a existência de fundadas razões de crime permanente é suficiente para encerrar qualquer discussão acerca de uma suposta inoportunidade de situação flagrancial. Transcreve-se o seguinte trecho do v. acórdão: argumenta, ainda, que “em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, enquanto o agente possuir drogas em sua posse, pode ser preso em flagrante, pois se trata de crime permanente, podendo, inclusive, ocorrer a violabilidade de domicílio, aja vista configurar uma das hipóteses constitucionalmente previstas, qual seja, a ocorrência de flagrante delito dentro da residência, nos termos previstos no art. 5, XI, da CF”. Por outro lado, já foi decidido pela Corte Suprema, que se um agente público de segurança for impedido de realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gestos e demais reações típicas, já do conhecimento pela ciência aplicada a atividade policial, restará seriamente comprometido o exercício da segurança pública, ou seja, o policiamento preventivo e ostensivo, típico da polícia militar, com a finalidade de salvaguardar a segurança, que é direito constitucional de toda sociedade. É certo que suspeito ostentam direitos a um sistema penal democrático e justo, ao mesmo tempo que a sociedade tem o direito a viver em tranquilidade nas vias públicas. Neste sentido: STF, Agravo regimental, no RHC 229.514, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, p. 23/10/2023. [...] BUSCA DOMICILIAR. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO IMÓVEL DEVIDAMENTE COMPROVADAS A POSTERIORI. OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES FIXADAS POR ESTA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] A atitude suspeita do acusado e a fuga para o interior de sua residência ao perceber a presença dos policiais, que se deslocaram até a região após o recebimento de denúncia anônima acerca da prática delituosa, evidenciam a existência de justa causa para o ingresso domiciliar, que resultou na apreensão de “um revólver, marca Rossi, calibre 38, com numeração suprimida, e duas munições calibre 38 intactos” [...] (Agravos Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.459.386, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Cristiano Zanin, por maioria, sessão virtual final de 15.3.2024 a 22.3.2024, publicado no DJ em 9.5.2024). Neste sentido, restou evidenciada a justificativa para a abordagem, decorrente do contexto fático prévio de fundadas razões, cominando-se na apreensão do material entorpecente, em

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ
Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

claro estado de flagrância, razão pela qual não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, que diligenciaram no cumprimento de seu dever, amparados pelas circunstâncias do caso concreto. Assim, rejeito a preliminar. A defesa alega ainda nulidade da confissão informal do réu realizada no local dos fatos, não havendo fundamento em sua alegação. Note-se que em momento algum foi indagado aos policiais sobre as circunstâncias em que o réu fez a referida confissão sobre exercer a função de olheiro do tráfico no local dos fatos. De qualquer forma, ainda que os policiais não tenham informado ao réu sobre o direito ao silêncio, o que se admite apenas ad argumentandum tantum, a ausência do chamado Aviso de Miranda não gera nulidade automática. Isto porque é imprescindível a demonstração do prejuízo para o caso de eventual esclarecimento sobre o direito ao silêncio, e especialmente quando a condenação, após a instrução criminal, ressaí do vasto contexto probatório. Neste sentido, recente Acórdão, in verbis: [...] PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO AO SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE AVISO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXISTÊNCIA DE VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O acórdão impugnado encontra-se em consonância com a Jurisprudência desta Corte Superior, que é 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, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 04.05.2016). A condenação, por si só, não pode ser considerada como o prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente demonstrar que a informação acerca do direito de permanecer em silêncio, acaso tivesse sido franqueada ao recorrente e aos corréus, ensejaria conduta diversa, que poderia conduzir à sua absolvição, situação que não se verifica nos autos. [...] Assim, de se afastar a alegada ilicitude da prova, porque obtida por meio de confissão informal realizada aos policiais. Certo é que a confissão informal não foi o fator determinante para a condenação do réu, vez que, este magistrado levou em consideração as circunstâncias da prisão, o material apreendido e os depoimentos dos policiais, e não a confissão informal no local dos fatos, como será devidamente esclarecido e fundamentado quando da análise do mérito, sendo externadas as razões do seu convencimento. Neste sentido: Apelação criminal, 4ª Câmara Criminal, processo: 0008050-41.2018.8.19.0014, Rel. Des. Francisco José de Azevedo. No mesmo sentido: [...]. Furto (Art. 155, § 1º, do CP). AUSÊNCIA DE “AVISO DE MIRANDA” NA ABORDAGEM POLICIAL, ADVERTÊNCIA EXIGIDA SOMENTE NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL [...] NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio. (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial. [...] 2. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.465.214-SC, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.03.2024, publicado no DJ em 22.03.2024. Outrossim, não está inserido no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo pela Convenção Americana de Direitos Humanos, eis que mesmo prevendo a não autoincriminação, não o fez nos termos da regra de Miranda. De qualquer forma ainda que se demonstrasse a falta de informação sobre permanecer em silêncio, tratar-se-ia de nulidade relativa, que enseja a real demonstração de prejuízo concreto para o réu. (Neste sentido: HC nº 883791/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. AgRg no HC 472.683/SC, Rel. Min. Neji Cordeiro – 6ª Turma). Rejeito, pois, a preliminar. Realizada a instrução criminal, verifica-se que os fatos foram devidamente demonstrados, bem como a autoria que se imputa ao réu na exordial acusatória, merecendo procedência

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ
Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

total a denúncia. O réu, por orientação de sua defesa prévia, resolveu permanecer em silêncio. Os policiais militares prestaram depoimentos claros, objetivos e precisos nesta audiência corroborando em todos os termos a denúncia. De fato, esclareceram que durante operação policial com o BAC – Batalhão de Ação com Cães, entraram na Rua 3, conhecida como local de tráfico de drogas das casinhas do Novo Horizonte, sob o comando da facção criminosa TCP, quando se deparam com o réu sentado em um hidrômetro, vestindo uma camisa azul. Ao perceber a presença policial, o réu empreendeu fuga, mas foi perseguido e abordado na Rua 2, ocasião em que procedia a revista pessoal, foram encontrados com o réu uma quantia em espécie, em notas trocadas. Em revista no referido hidrômetro, os policiais encontraram uma carteira contendo outra quantia em espécie, também em notas trocadas, além de um documento de identidade do réu, bem como o material entorpecente descrito na denúncia, ou seja, 48 pinos de cocaína e 03 buchas de maconha. O referido material estava na parte de trás do hidrômetro, porém inserido na instalação. Diante do flagrante e da apreensão do material, o réu admitiu que estava na atividade da mercancia de drogas. Os testemunhos dos policiais além de claros e precisos, encontram coerência com as declarações prestadas em sede inquisitória e ostentam total valia e legitimidade. Isto porque não seria lógico que o Estado credenciasse agentes públicos para o exercício de polícia de repressão e, após, negar-lhes crédito às palavras referentes ao exercício deste poder e cumprimento do dever legal, sobretudo quando prestam depoimentos harmônicos e precisos dentro do contexto probatório. Neste sentido: STF, 1ª Turma, DJU de 18.10.96 – HC 73518, Rel. Min. Celso de Mello; HC 83348/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 28.11.03; Súmula 70 do TJ/RJ. Note-se que o STJ também já se pronunciou várias vezes neste sentido, sendo certo que “o depoimento dos policiais prestados em juízo constitui meios 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 HC672.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julg. 22/06/2021. Neste ponto, depoimentos de agentes policiais somente não terão valor quando restar evidenciado que eles revelem interesse particular na investigação penal, agindo facciosamente ou quando restar demonstrado que suas declarações não encontram suporte e não se harmonizam com os outros elementos de prova idôneos. Neste sentido: STF – HC 73.518-5, Rel. Min. Celso de Mello. Note-se que no contexto da repressão ao tráfico, via de regra, a prova é testemunhal e limitada ao depoimento de policiais. A defesa nada colacionou aos autos em sentido contrário. As circunstâncias da prisão do réu, o local e a quantidade de drogas apreendidas, bem como a forma de acondicionamento, além do dinheiro em notas trocadas apreendidos com o réu não deixam margem a dúvidas sobre o destino comercial do material entorpecente. A finalidade do tráfico restou provada não só pelas circunstâncias que envolveram a prisão do réu e apreensão da droga, bem como pela forma de acondicionamento, além da quantidade de entorpecentes, circunstâncias que por si só imputam o ânimo de traficar. Neste sentido: STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves – HC 11484/RS, julg. 14.03.00. Incumbe a defesa o ônus da prova sobre fatos modificativos e impeditivos ou extintivos da imputação criminal, segundo exegese do art. 156 do CPP, em consonância com o disposto no art. 5º, LVII da CF/88. O tráfico de drogas se aperfeiçoa de acordo com as circunstâncias e o quadro factual, especialmente considerando-se o local e a quantidade de entorpecentes apreendidos. Imperioso ressaltar que como bem esclarecido pelos policiais, para que o réu estivesse naquele local onde foi abordado traficando drogas diversas e ainda guardando outra carga de drogas em sua casa, necessariamente estava ligada a facção criminosa TCP, na função de vapor do tráfico e evidentemente devia prestar contas da

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ
Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

mercancia aos traficantes de maior hierarquia, sendo incabível a tentativa da defesa de sustentar que o réu desempenhava a venda de drogas de forma autônoma, auferindo para si os lucros do comércio ilícito, o que demonstra seu envolvimento na atividade criminosa, muito embora pelo princípio da congruência não se esteja a avaliar eventual prática de crime de associação. Assim, a dinâmica dos fatos e as circunstâncias da prisão, a quantidade e a forma de acondicionamento do material entorpecente evidenciam a destinação comercial da droga. A materialidade está consubstanciada pelo auto de apreensão constante do index 147776714, bem como pelo laudo constante do index 147776722. De se aplicar, no caso sub judice, as regras de experiência comum, subministrada pelo que comumente ocorre, nos termos do disposto no artigo 375 do CPC, pelo que deve o juiz proferir a sentença valorizando e apreciando as provas. Não há qualquer dúvida, pois, acerca da existência do crime e da autoria imputada ao réu. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal em relação ao delito de tráfico de entorpecentes e, em consequência, CONDENO o réu MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS CARVALHO, por transgressão ao preceito primário contido no tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, pelo que passo a aplicar-lhe a pena. O réu é reincidente e ostenta maus antecedentes, além de responder a outros processos, conforme se verifica em sua FAC constante do index 147776709. Assim, demonstra personalidade voltada para a prática de crimes, bem como conduta social negativa vez que faz dos delitos uma forma característica do seu atuar na sociedade. Note-se que as anotações constantes da FAC do réu juntadas as fls. e que denotam que o mesmo responde a outros processos, demonstra que o mesmo possui má conduta social, demonstrando ainda sua personalidade voltada para a prática de crimes. Nesse sentido o V. Acórdão proferido na Ap. Crim. 0030991-92.2012.8.19.0014, 4ª Câmara Criminal do TJRJ, Rel. Des. Francisco José de Azevedo, sendo o apelo interposto de sentença deste Magistrado nos autos do processo nº 0065012-31.2011.8.19.0014. Vale a pena transcrever o seguinte trecho pertinente: “O aumento da pena base aplicado pelo Magistrado sentenciante se mostrou acertado, pois, conforme se extrai da FAC de fls., o réu responde a outros processos por crimes diversos. Assim, é evidente que o réu possui má conduta social, conforme previsto no art. 59 do CP, o que demonstra a sua personalidade voltada para a prática de crimes”. Neste mesmo sentido, Acórdão também proferido em julgamento de recurso contra sentença deste magistrado, in verbis: “APELAÇÃO CRIMINAL nº 0015692-36.2016.8.19.0014 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - QUARTA CÂMARA CRIMINAL DESª GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA – RELATORA. Observe-se que o magistrado sentenciante, ao aplicar a pena, o fez em atendimento ao sistema trifásico e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Com efeito, a sentença prolatada examinou consideravelmente todas as mazelas do caso em concreto, fundamentando o aumento da pena-base, em 01 (um) ano de reclusão, em razão do ora apelante possuir uma condenação por crime da mesma natureza, além de responder a outro processo no Jecrim, conforme se depreende da FAC de doe. 091 e certidão de doe 109. Assim, acertada foi a decisão do D. Magistrado em fixar a pena-base acima do mínimo legal em 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, aqui evidenciada pela má conduta social e personalidade voltada para a prática de crimes, não podendo tais circunstâncias judiciais desfavoráveis serem desconsideradas. Como bem fundamentou o magistrado sentenciante, o apelante demonstra personalidade voltada para a prática de crimes, bem como conduta social negativa vez que faz dos delitos uma forma característica do seu atuar na sociedade. Dito isto, verifica-se ser a conduta social um elemento norteador no processo de fixação da pena, ressaltando que necessita o juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ
Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta. Ademais, não pode o magistrado equiparar uma pessoa que não tem nenhuma anotação em sua Folha de Antecedentes Criminais, pois não responde e não respondeu a nenhum processo, a outra, que registra em sua folha de antecedentes criminais anotações, o que assegura apresentar uma personalidade distorcida e voltada para crimes. É certo que as referidas anotações configuram uma pecha negativa acerca de sua conduta social, demonstrando, portanto, personalidade voltada para a prática de crime. (...) Trata-se de impor ao apelante que volta a delinquir, uma pena maior do que aquela imputada ao sujeito que incorre em prática criminosa pela primeira vez, o que se faz em homenagem ao princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magna. (...) Deste modo, a majoração da pena atendeu aos preceitos legais, não se vislumbrando qualquer ofensa aos princípios constitucionais invocados pela defesa, devendo permanecer o aumento conferido na sentença. Como se percebe, correta a sentença, estando devidamente fundamentada e justificada não ferindo qualquer princípio constitucional de garantia. De se concluir que, o magistrado bem justificou a aplicação da reprimenda imposta ao apelante, sendo necessária e suficiente à reprovação do fato criminoso (fls. 26-29)". Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, bem como suas naturezas consistentes em MACONHA e COCAÍNA (art. 42 da Lei nº 11.343/06), aplico ao réu a pena de 07 anos de reclusão cumulada com 700 dias-multa, sendo certo que conforme Jurisprudência recente a apreensão de elevada quantidade de drogas já é suficiente para a fixação da pena base acima do mínimo legal. Nesse sentido: HC 140.221 – STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. No mesmo sentido: STF, HC 67935/MS-5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp. Julg. 06/02/2007. Neste passo, devo esclarecer que nos termos no disposto do citado art. 42 da lei de incidência, é preponderante para fixação da pena base a natureza (espécie) da substância entorpecente, bem como a quantidade, sobre as circunstâncias judiciais, as quais devem ser analisadas subsidiariamente, conforme corrente doutrina, podendo se citar o escólio de Luiz Flavio Gomes (nova lei de drogas comentada), ed. RT/2006 – pag. 195. Diante da reincidência, majoro a pena acima em 1/6, passando a pena para 08 anos e 02 meses de reclusão cumulada com 820 dias multa. Como se sabe, a COCAÍNA é droga que causa danos de difícil reparação no organismo humano, com repercussões desastrosas na sociedade. Estudos já demonstraram que essa substância proporciona o dobro do efeito alucinógeno, de rápida e fugaz duração, fazendo com que o usuário procure a droga mais e mais, compulsivamente, levando o indivíduo à dependência muito mais rápido do que outras drogas e realmente escraviza o usuário. É patente o perigo que tal substância representa, o nível de dano capaz de causar na saúde pública e em cada indivíduo em particular, expondo a sociedade a um risco maior pela sua posse e difusão. Dessa forma, uma vez constatado que o bem jurídico protegido pela norma foi atingido de forma mais contundente em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas, maior deve ser o grau de reprovação da conduta, justificando o distanciamento das sanções dos patamares mínimos. Pela análise do contexto probatório e tendo em vista a considerável quantidade de entorpecente que estava sendo comercializada pelo réu, resta claro que o mesmo já estava se dedicando a atividade da narcotraficância, fato que é suficiente para vedar a diminuição da pena, até porque pratica o tráfico em local conhecido pela alta incidência do narcotráfico. Aliás, deve se notar que o traficante não age sozinho em locais conhecidos, estando, portanto, envolvido com outros traficantes para a prática da conduta criminosa, inclusive diante da necessidade do fornecedor de drogas. Nesse sentido: HC 160.835 E HC 181746 – 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi. No mesmo sentido quanto a vedação da

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ
Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

aplicação do redutor o seguinte entendimento: “A lei nº 11.343/06 nitidamente determinou o tratamento diferenciado entre o traficante profissional e o episódico, aquele de primeira viagem, que não se dedica a tal atividade ilícita, estando envolvido ocasionalmente naquele nefando comércio. Por opção política respeitável, quis beneficiar o chamado traficante virgem. Penso não bastar à primariedade e os bons antecedentes para a aplicação do redutor respectivo. Exige-se mais, sob pena de tal norma ser considerada inconstitucional por falta de proteção, porquanto, na verdade, a nova lei aumentou à pena mínima do tráfico, não sendo lógico que viesse em seguida a reduzi-la por ser o réu primário e de bons antecedentes. Tal condição pessoal do acusado não autoriza a redução da pena para abaixo do mínimo previsto em nenhuma outra infração. Não é razoável a sua aplicação como redutor de pena apenas no crime de tráfico que é reconhecido pela carta magna como de extrema gravidade. O que é fato é que tais circunstâncias o Juiz observa no calibre da pena, sempre observados os limites legais. Desta forma, a meu sentir somente o traficante episódico, acidental, de primeira viagem, virgem, faz jus ao benefício, por ter sido vontade do legislador diferenciá-lo do traficante normal” (TJRJ, 1ª Câmara Criminal, Ap. Criminal nº 0002279-63.210.8.19.0014) Rel. Marcos Basílio. 0053779-44.2009.8.19.0002 – rel. Des. Elizabeth Gomes Gregory, j. 12.04.2011 e p. 09.05.2011. Apelação criminal - tráfico de entorpecentes - artigo 33 da lei 11343/06 - porte ilegal de arma de fogo - artigo 14 da lei 10826/03 - absorção - resposta penal – aplicação da causa de diminuição do art. 33 § 4º da lei 11.343/06 e da atenuante da confissão espontânea - impossibilidade – regime prisional fechado – provimento parcial do apelo defensivo – provimento do apelo ministerial decisão unânime. “Acolho o recurso ministerial para cassar a causa de diminuição da pena do § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06, por isso que não merece ser aplicada ao caso em espécie. A intenção do legislador para a aplicação de tal benesse é apenas para os indivíduos cuja conduta revele uma menor periculosidade à paz social...”. Incabível a redução da pena, eis que a prática do tráfico requer uma engrenagem criminosa a fim de se aperfeiçoar. Assim, quem pratica o tráfico não o faz sozinho, necessitando de estreitas ligações com outros elementos envolvidos na teia criminosa, especialmente em locais sob o domínio de facção criminosa. Neste sentido: Ap. Crim. 0025625-63.2013.8.19.0038 – 4ª Câmara Criminal – Rel. Des. Gizelda Leitão. Assim, tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Antitóxicos, deixo de reduzir a pena. Note-se que o privilégio tipificado no dispositivo em questão se destina a traficantes episódicos e pressupõe a existência concomitante dos requisitos elencados na norma, sobretudo a prova de não entregar facção criminosa, sendo certo que o contexto probatório demonstrou exatamente o contrário. Torno tal pena definitiva diante da ausência de outras causas de alteração de penas previstas em lei. A pena pecuniária fica fixada no valor unitário mínimo legal. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07. Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e taxa judiciária, nos termos do artigo 804 do CPP. Não tendo havido controvérsia acerca da natureza da substância apreendida em poder do acusado, determino a imediata destruição da droga, com as cautelas dos artigos 58, § 1º, c/c art. 32, § 1º e art. 72, todos da Lei nº 11.343/06. Oficie-se independentemente da ocorrência do trânsito em julgado. Por derradeiro, considerando que o condenado encontra-se preso desde o início da persecução penal, mantenho a prisão cautelar como forma de garantia da aplicação da lei penal e resguardo da ordem pública, evitando-se a prática de novos delitos pelo mesmo. Frise-se que conforme entendimento jurisprudencial, quando o réu responde o processo na condição de preso desde o início, esta condição deve continuar até o trânsito em julgado da condenação, conforme art. 393, I do CPP.

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

Neste sentido: HC 9492-65.2010.8.19.0000, TJRJ, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sidnei Rosa. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra, vez que não poderá apelar em liberdade, sendo sua prisão necessária para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, salientando-se que como vem sendo reiteradamente decidido pelo STF e STJ, acusados por prática de crimes hediondos não têm direito à liberdade provisória, o que ganha maior razão após sentença condenatória (STJ, 5ª Turma – HC 73986 e 76534, Relatores Srs. Min. Arnaldo Esteves Lima e Jane Silva, respectivamente). HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada. (HC 98548 / SC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 24/11/2009, Primeira Turma). Transitada em julgado, façam-se as comunicações necessárias e archive-se. Publique-se. Intime-se.”.

Por maioria de votos, a Egrégia Quinta Câmara Criminal deu parcial provimento ao apelo defensivo, conforme acórdão de id. 37, que recebeu a seguinte ementa, *verbo ad verbum*:

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO DO APELANTE PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. FUNDADAS SUSPEITAS E URGÊNCIA DA SITUAÇÃO QUE LEGITIMAM A BUSCA PESSOAL. MATERIAL ENTORPECENTE ENCONTRADO EM VIA PÚBLICA E NÃO COM O ACUSADO NA REVISTA PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR EVENTUAL FALTA DO “AVISO DE MIRANDA”. CONFISSÃO INFORMAL NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDUTA CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. MATERIAL APREENDIDO SUBMETIDO A EXAME PERICIAL DE FORMA ADEQUADA. NÃO DEMONSTRADO PREJUÍZO

Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ

Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0821284-47.2024.8.19.0014 – SM



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

PELO SIMPLES FATO DE NÃO SER EXAMINADA A SACOLA QUE CONTINHA A DROGA. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO QUE PERMITE A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DOSIMETRIA QUE EXIGE PEQUENA REDUÇÃO NA PENA-BASE. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I ¿ CASO EM EXAME

1. Apelação interposta pela Defesa impugnando sentença que condenou o apelante pelo crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.
2. Denúncia acusa o apelante de trazer consigo e guardar, para fins de tráfico, 59,9 g de cocaína (48 pinos) e 4,5 g de maconha (3 sacolés), apreendido após fuga ao avistar guarnição policial em local conhecido pela prática de narcotráfico.
3. Juízo sentenciante julgou procedente a pretensão punitiva estatal, fixando a pena em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 820 (oitocentos e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

II ¿ QUESTÕES EM DISCUSSÃO

4. Discute-se nos autos preliminarmente: (i) se há nulidade por alegada ilicitude da busca pessoal; (ii) violação ao direito ao silêncio; (iii) quebra da cadeia de custódia; No mérito: (iv) absolvição por insuficiência probatória; (v) redimensionamento da pena, com fixação da pena-base no mínimo legal, compensação da reincidência com a confissão e fixação de regime mais brando.

III ¿ RAZÕES DE DECIDIR

5. Rejeitadas as preliminares.
6. Busca pessoal legítima diante de fundadas razões, consubstanciadas na fuga do acusado em local conhecido pela traficância. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
7. Inexistência de nulidade por ausência de ¿aviso de Miranda¿. Sistema brasileiro não adota tal exigência formal na abordagem. Advertência regularmente realizada no auto de prisão em flagrante. Ausência de prejuízo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
8. Não configurada quebra da cadeia de custódia. Material apreendido devidamente lacrado, identificado e submetido a exame pericial, sem demonstração concreta de adulteração ou prejuízo, nos termos do art. 158-A do CPP.



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

9. Materialidade e autoria comprovadas por laudo pericial e depoimentos firmes e coerentes dos policiais, colhidos sob o crivo do contraditório. Validade da palavra policial quando harmônica com o conjunto probatório.

10. Evidências da finalidade mercantil da droga apreendida, diante da quantidade, fracionamento e forma de acondicionamento e local da prisão.

11. Inaplicável a teoria da perda de uma chance probatória, diante da suficiência do acervo probatório produzido.

12. A dosimetria merece reparo. Indevida a valoração negativa de maus antecedentes e conduta social do acusado, com base em anotações sem trânsito em julgado, violando o disposto no enunciado de Súmula 444/STJ. Reincidência a ser considerada apenas na segunda fase. Presença de bis in idem. Manutenção do vetor referente a maior lesividade da cocaína.

13. Necessária a confissão perante autoridade policial ou judicial, que deve ser registrada formalmente, para configurar a atenuante da confissão. Precedente do STJ. Ausência de confissão e negativa de autoria durante todo o processo, inviabilizando o reconhecimento pretendido.

14. Inviável a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, diante da reincidência do réu.

15. Regime inicial fechado mantido, em razão da reincidência e circunstância mais gravosas do crime.

16. Prequestionamento repellido.

IV ¿ DISPOSITIVO E TESE

17. Recurso conhecido e parcialmente provido, para abrandar a resposta penal.

(0821284-47.2024.8.19.0014 - APELAÇÃO. Des(a). MARCELLO DE SA BAPTISTA - Julgamento: 19/03/2026 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL).

Não deve prevalecer o voto vencido.

Analizando da sentença de id. 193782734, é possível verificar que o Juízo *a quo* valorou negativamente a personalidade e a conduta social do agente, bem como a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/06.



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

Cumpre destacar que o referido dispositivo legal impõe ao julgador o dever de considerar a natureza e a quantidade da substância entorpecente com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Além disso, verifico que, em seu voto vencedor, o relator do acórdão da Quinta Câmara Criminal afastou as valorações negativas da personalidade e da conduta social do agente, preservando apenas a exasperação da pena-base referente ao maior potencial lesivo da cocaína.

Impende salientar que a altíssima nocividade e o devastador poder adictivo da cocaína provocam danos graves à saúde pública e à estrutura social, justificando a valoração mais severa do vetor da natureza da droga.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a elevada nocividade da cocaína constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da natureza do entorpecente, consoante aresto que se segue, *ipsis litteris*:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVA SUFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu de habeas corpus impetrado contra condenação por tráfico de drogas e associação para o tráfico, tampouco concedeu a ordem de ofício. (...). 8. A pena foi corretamente exasperada: (i) os antecedentes foram valorados conforme jurisprudência do STJ e a defesa não cuidou de instruir o habeas corpus com a folha de antecedentes criminais, o que impede o julgamento da tese de "direito ao esquecimento"; (ii) **a natureza da droga (cocaína) justifica a majoração da pena-base, tendo em vista a nocividade elevada dessa narcótico, o que expõe a saúde pública a risco mais acentuado**; (iii) a reincidência foi calculada sobre a pena-base, e a causa de aumento pelo uso de arma de fogo foi aplicada em fração superior ao mínimo, em razão da letalidade e quantidade dos artefatos apreendidos, inclusive armas de fogo com numeração suprimida. IV. RECURSO DESPROVIDO. (AgRg no HC n.



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Criminal
Gabinete do Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

973.806/RJ, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 1/7/2025, DJEN de 4/7/2025.) – grifei.

Assim, entendo que deve ser mantido o acórdão de id. 37, nos termos do voto majoritário da Egrégia Quinta Câmara Criminal.

ISTO POSTO, voto no sentido de **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** aos embargos infringentes e de nulidade.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador FLÁVIO ITABAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU
Relator