



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

Apelação Criminal nº. 0800466-63.2025.8.19.0071

Juízo de origem: Vara Única da Comarca de Porto Real e Quatis

Apelantes: DIEGO RAFAEL MARQUES DE SOUZA (Defensoria Pública) e ANDREIA ALONSO DE CARVALHO (Advogado: Rosana de Moraes Alonço, OAB/RJ nº 242.292)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: Desembargador Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES DEFENSIVAS. ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº. 11.343/06. PRELIMINARES REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSOS DESPROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Apelações interpostas contra sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando os apelantes por infração às normas comportamentais do art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei nº. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal.

2. Apelante DIEGO RAFAEL MARQUES DE SOUZA que restou condenado às penas de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.





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

3. Apelante ANDREIA ALONSO DE CARVALHO que restou condenada às penas de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

4. As questões em discussão, trazidas pela Defesa da apelante ANDREIA, consistem em saber se é possível: (i) reconhecer a nulidade do processo por violação de domicílio; (ii) absolver a apelante por insuficiência probatória em ambos os delitos, devendo prevalecer o princípio *in dubio pro reo*; (iii) reconhecer o tráfico privilegiado em sua fração máxima; (iv) fixar o regime inicial aberto; e (v) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

5. Já pela Defesa do apelante DIEGO, as questões consistem em saber: (i) se houve nulidade da prova obtida mediante invasão de domicílio; (ii) se houve nulidade pela perda de uma chance probatória, face a ausência de registro audiovisual da abordagem; (iii) sobre a individualização das condutas e a absolvição no tocante à posse de cocaína; (iv) se é possível a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, (v) se é possível a absolvição do crime de associação para fim de tráfico; (vi) a fixação da pena-base no mínimo legal; (vii) o



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

reconhecimento do tráfico privilegiado; (viii) o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e (ix) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. Violação de domicílio. Descabimento. Policiais receberam informações acerca de venda de drogas no endereço dos apelantes. Ao chegarem no local, perceberam que havia câmeras instaladas na casa, voltadas para rua, além de pessoas dentro do imóvel. Policial civil que afirmou, em juízo, que sentiu odor típico de drogas e que chamou pelos moradores, quando percebeu a apelante Andreia correndo em direção aos fundos do imóvel.

7. Assim, não houve qualquer ilegalidade na diligência que resultou na apreensão das drogas. Afinal, trata-se de crime permanente (a propósito, as próprias condutas “trazer consigo, guardar e ter em depósito” as drogas apreendidas indicam permanência), sendo certo que, de acordo com o art. 303 do Código de Processo Penal, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

8. Perda da chance probatória. Inocorrência. Defesa que se manteve silente durante a instrução criminal, não solicitando qualquer diligência ao



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

final da audiência de instrução e julgamento, não sendo aceitável, assim, a Defesa invocar eventual perda de chance probatória como justificativa para sua inércia, já que poderia ter solicitado diligências para a produção das provas que entendesse imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos.

9. Aliás, *in casu*, a prova oral colhida em juízo foi sólida e consistente, estando em perfeita harmonia com as demais provas produzidas nos autos, sendo certo que a eventual ausência específica das imagens da prisão em flagrante do apelante Diego não afeta em nada a comprovação da materialidade e a autoria delitiva.

10. O depoimento de um policial merece ter valor como o de qualquer outra pessoa que presta o compromisso a que faz alusão o art. 203 do Código de Processo Penal.

11. As circunstâncias e o local em que se deu a prisão em flagrante, a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, bem como a sua forma de acondicionamento (no total, foram apreendidos 2,2g de maconha e 7,9g de cocaína), demonstram que os apelantes traziam consigo, guardavam e tinham em depósito, de forma compartilhada, os entorpecentes para fins de mercancia ilícita, o que caracteriza o crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em “individualização das condutas e a absolvição no tocante à posse de cocaína”,



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

consoante requereu a Defesa do apelante Diego.

12. O princípio que orienta o julgador a absolver quando não há prova para além da dúvida razoável, qual seja, o princípio *in dubio pro reo*, não se aplica ante o vasto conjunto probatório e a completa subsunção dos fatos à norma.

13. As circunstâncias e o local das prisões dos apelantes (os recorrentes foram presos em flagrante no bairro Jardim Independência, na cidade de Quatis, em local indicado como ponto de venda de drogas) não deixam dúvida que os apelantes estavam associados, de forma estável e permanente, entre si e com os demais integrantes do Comando Vermelho para fim de tráfico ilícito de drogas, o que caracteriza o crime do art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

14. As condenações por associação para fim de tráfico de drogas, que restaram sobejamente comprovadas nos autos, obstam a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006, pois denotam o *animus* associativo estável e permanente entre os agentes, evidenciando, assim, a dedicação à atividade criminosa.

15. Condição de usuário que não exclui, por si só, a responsabilidade pelo tráfico, sendo comum que o comércio de drogas sustente o próprio vício, sendo certo que as circunstâncias da apreensão, a quantidade, variedade, bem como a forma de



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

acondicionamento, afastam a tese de consumo pessoal.

16. Dosimetrias das penas mantidas na íntegra.

17. No tocante ao requerimento de gratuidade de justiça, cumpre ressaltar que o Juízo da execução, por ser o competente para sua cobrança, é o competente para apreciar eventual requerimento de gratuidade de justiça, o que fica evidente pelo verbete n.º 74 da súmula de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

IV. DISPOSITIVO E TESE

18. Recursos conhecidos e desprovidos.

Dispositivos relevantes citados: Lei 11.343/06, arts. 28, 33, caput, e §4º, 35, caput. Código Penal, arts. 33, §2º, “a”, 44, I. Código de Processo Penal, arts. 156, 203, 303.

Jurisprudência relevante citada: STF, Rcl 81451 AgR, Relator(a): Cristiano Zanin, Relator(a) p/ Acórdão: Flávio Dino, Primeira Turma, Julgado Em 29-09-2025, Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 10-10-2025 Public 13-10-2025; Rhc 230533 Agr, Relator(A): Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado Em 18-09-2023, Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 26-09-2023 Public 27-09-2023. STJ, AgRg no AgRg no AREsp n. 2.934.140/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/3/2026, DJEN de 11/3/2026; HC n. 928.185/MG, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 12/8/2025, DJEN de 22/8/2025; AgRg no HC n. 925.767/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/5/2025, DJEN de 28/5/2025; AgRg no HC n. 990.819/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/5/2025, DJEN de 30/5/2025; AgRg no HC n. 948.546/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/5/2025, DJEN de 9/5/2025. TJ-RJ, 0012493-59.2023.8.19.0014 - APELAÇÃO. Des(a). Gizelda Leitão Teixeira - Julgamento: 16/07/2024 - Quarta Câmara Criminal; 0001731-03.2024.8.19.0061 - Apelação. Des(A). Márcia Perrini Bodart - Julgamento: 21/01/2025 - Quarta Câmara Criminal; verbete n.º 70 de sua súmula de jurisprudência.



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

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0800466-63.2025.8.19.0071, **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 recursos, 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

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia em face de DIEGO RAFAEL MARQUES DE SOUZA e ANDREIA ALONSO DE CARVALHO por infringência às normas de conduta insculpidas no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei nº. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal (id. 189181251 - PJe).

O Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Real e Quatis julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar os apelantes DIEGO RAFAEL MARQUES DE SOUZA e ANDREIA ALONSO DE CARVALHO, por infração às normas comportamentais do art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei nº. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo (DIEGO RAFAEL MARQUES DE SOUZA) e 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário mínimo (ANDREIA ALONSO DE CARVALHO) (id. 243036852 – PJe).

A Defesa da apelante ANDREIA interpôs recurso de apelação, cujas razões foram apresentadas no id. 252501334 - PJe, requerendo, preliminarmente, (1) a nulidade do processo por violação de domicílio. No mérito, pugnou (2) pela absolvição da apelante por insuficiência probatória em ambos os delitos, devendo prevalecer o princípio *in dubio pro reo*, e, subsidiariamente, (3) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado em sua fração máxima, (4) pela fixação do regime inicial aberto e (5) pela substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.



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

A Defesa do apelante DIEGO interpôs recurso de apelação, cujas razões foram apresentadas em id. 252470775- PJe, requerendo, preliminarmente, (1) a nulidade da prova obtida mediante invasão de domicílio e (2) a nulidade pela perda de uma chance probatória face à ausência de registro audiovisual da abordagem. No mérito, pugnou (3) pela individualização das condutas e a absolvição no tocante à posse de cocaína, (4) a desclassificação do delito para o previsto no art. 28 da lei nº 11.343/2006, (5) a absolvição do crime de associação para fim de tráfico, (6) a fixação da pena-base no mínimo legal, (7) o reconhecimento do tráfico privilegiado, (8) o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e (9) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Em contrarrazões, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pugnou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos defensivos (id. 257086565 - PJe).

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer de id. 8, opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos defensivos.

É o RELATÓRIO.

V O T O

Ab initio, há que ser salientado que os recursos interpostos são tempestivos e possuem todos os requisitos de admissibilidade recursal.

Compulsando os autos, verifico que os apelantes foram denunciados pelo Ministério Público por infração às normas comportamentais dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº.



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

11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, cuja descrição fática, contida na peça exordial (id. 189181251 - PJe), é a seguinte, *in verbis*:

“A partir de data não determinada, sendo certo que até o dia 16 de abril de 2025, os DENUNCIADOS, de forma livre, consciente e voluntária, associaram-se entre si e a indivíduos ainda não identificados, pertencentes à facção criminosa Comando Vermelho (CV), para o fim de praticarem o tráfico de drogas na cidade de Quatis, especialmente no bairro Jardim Independência, unindo esforços ao armazenamento e comercialização de entorpecentes. No dia 16 de abril de 2025, por volta de 6h, na Avenida Georgeth Barbosa Leite, 370, Jardim Independência, Quatis/RJ, os DENUNCIADOS, de forma livre, consciente e voluntária, em comunhão de ações e desígnios entre si, traziam consigo, guardavam e tinham em depósito, de forma compartilhada, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 1) 2,2g (dois gramas e dois decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., vulgarmente conhecida como maconha, distribuídos em 01 (uma) embalagem composta por pequeno saco plástico incolor, fechado por nó próprio; e 2) 7,9g (sete gramas e nove decigramas) da substância entorpecente cocaína, distribuídos em 06 (seis) embalagens compostas por pequeno tubo plástico incolor, do tipo eppendorf, fechados por etiqueta adesiva colorida, contendo inscrições como "QTS CPX DA LINHA C.V PÓ 15", acondicionados no interior de pequeno saco plástico incolor, fechado por nó próprio, conforme laudo de exame definitivo acostado em index 186613962. Restou apurado que, no dia dos fatos, policiais civis e militares participavam de operação conjunta, denominada "Integração pela Paz", quando receberam informações de que os denunciados traficavam drogas no endereço acima mencionado. Em diligências na residência informada, os agentes da lei sentiram forte odor de entorpecentes e chamaram por alguém na casa, uma vez que já tinham visualizado uma pessoa no imóvel, o qual possui câmeras de segurança na entrada. Em razão da ausência de resposta ao comando policial, a equipe adentrou no imóvel, ocasião em que foi recebida pela DENUNCIADA ANDREIA, que autorizou o acesso dos agentes na residência. Nesse contexto, os agentes da lei apreenderam 06 (seis) pinos de cocaína, na calha de acesso à janela da cozinha, além de um pino vazio. Outrossim, foi apreendido um aparelho de telefone celular, uma câmera de vigilância, documentos pessoais do DENUNCIADO DIEGO, bem como a quantia de R\$17,00 (dezessete reais) em espécie. Indagada, a DENUNCIADA ANDREIA informou que as drogas seriam de seu companheiro, o DENUNCIADO DIEGO, o qual estaria na residência vizinha, que era da mãe dele, oportunidade em que a guarnição o localizou no referido imóvel. Assim é que, com o DENUNCIADO DIEGO, foi encontrado 01 (um) tablete de maconha, restando apurado que ambos praticavam a traficância no local, que é dominado pela organização criminosa Comando Vermelho. Assim agindo, os DENUNCIADOS encontram-se incurso nas penas dos artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal.”.

Preliminarmente, as Defesas alegaram a nulidade do processo em virtude da violação de domicílio.

No entanto, tal argumento não merece prosperar, já que,





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

conforme se extrai dos autos, na data dos fatos, os policiais receberam informações acerca de venda de drogas no endereço dos apelantes. Ao chegarem no local, perceberam que havia câmeras instaladas na casa, voltadas para rua, além de pessoas dentro do imóvel.

O policial civil Rogério Lima de Carvalho Monteiro afirmou, em juízo, que sentiu odor típico de drogas e que chamou pelos moradores, quando percebeu a apelante Andreia correndo em direção aos fundos do imóvel. Asseverou que somente por esse motivo os policiais adentraram na residência, conseguindo interceptar Andreia, que, em seguida, acabou franqueando a entrada na casa, afirmando que não havia nada de ilícito.

Outrossim, entendo que não houve qualquer ilegalidade na diligência que resultou na apreensão das drogas. Afinal, trata-se de crime permanente (a propósito, as próprias condutas “trazer consigo, guardar e ter em depósito” as drogas apreendidas indicam permanência), sendo certo que, de acordo com o art. 303 do Código de Processo Penal, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Em outras palavras, como os apelantes estavam trazendo consigo, guardando e tendo em depósito, de forma compartilhada e com intenção de comércio, as drogas apreendidas na residência quando os policiais adentraram nela, eles estavam em flagrante delito, motivo pelo qual podiam os aludidos agentes procederem à busca domiciliar sem a necessidade de mandado de busca e apreensão, estando caracterizada, pois, a licitude da prova obtida.

A esse respeito, vale transcrever o entendimento de JULIO FABBRINI MIRABETE ao comentar o art. 303 do Código de Processo Penal em sua obra “CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO”, Editora Atlas S.A., 3ª edição, item 303.1, *in verbis*:

“O dispositivo, que permite a prisão em flagrante no crime permanente





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

enquanto não cessar a permanência, é, teoricamente, supérfluo, uma vez que, nessa espécie de crime, a consumação se prolonga no tempo, dependendo da conduta do agente. É o que ocorre, por exemplo, ... nas condutas que indicam permanência, como “portar”, “guardar”, “ter em depósito” etc. Nessas hipóteses, o crime está sendo cometido durante o tempo da consumação, havendo, pois, caso típico de flagrância. ... Tratando-se de situação de flagrância nessas hipóteses, é evidentemente dispensável, mesmo durante a noite, que o autor da prisão porte mandado judicial para invadir onde o crime está sendo praticado.”

Esse, aliás, também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante se pode constatar pelos arestos que se seguem, *ad litteram*:

Ementa: Direito processual penal. Reclamação. Ingresso em domicílio sem mandado judicial. Fundadas razões. Configuração de flagrante delito. Repercussão geral (Tema 280). Má aplicação do precedente. Lícitude das provas. Cassação de decisão. Restabelecimento de condenação. Reclamação procedente. I. Caso em exame 1. Reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, em julgamento de habeas corpus, declarou a ilicitude de provas obtidas em busca domiciliar e absolveu o réu em processo por tráfico de drogas, alegando má aplicação da tese de repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 280 (RE 603.616/RO). 2. O reclamante alega que a entrada no domicílio decorreu de um conjunto robusto de elementos objetivos que configuraram fundadas razões para a suspeita de flagrante delito e pede a procedência da reclamação para afastar a aplicação incorreta do Tema 280, reafirmar a lícitude das provas e restabelecer a condenação. 3. O Ministro Relator, em decisão monocrática, havia negado seguimento à reclamação, por considerar inexistente teratologia na subsunção do caso concreto à tese do Tema 280. O Ministério Público Federal interpôs agravo regimental contra essa decisão. II. Questão em discussão 4. A questão em discussão consiste em saber se o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a ordem em Habeas Corpus, declarando a ilicitude das provas obtidas em busca domiciliar e absolvendo o réu, incidiu em manifesta teratologia ao aplicar o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO (Tema 280). III. Razões de decidir 5. A reclamação é cabível para garantir a observância de acórdão proferido



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

em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, desde que esgotadas as instâncias ordinárias e demonstrada teratologia na decisão reclamada. No caso, o requisito do esgotamento da instância ordinária está preenchido, e a decisão questionada é manifestamente teratológica. 6. O precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO (Tema 280) estabelece a licitude do ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de flagrante delito. 7. No caso concreto, o acórdão reclamado, ao negar seguimento ao recurso extraordinário com base no Tema 280, destoa da orientação jurisprudencial da Suprema Corte, pois existiam elementos mínimos a caracterizar fundadas razões para a entrada forçada no domicílio sem mandado judicial. 8. Os elementos objetivos que fundamentaram a ação policial incluíam denúncia anônima verificada por campana, visualização do réu chegando e saindo da residência, abordagem de indivíduos que acompanhavam o réu e confirmaram a aquisição de entorpecentes dele, o fato de o réu ser reincidente específico e estar sendo monitorado eletronicamente, e a apreensão de grande quantidade de drogas (1.259,08g de maconha e mais 12,85g), dinheiro (R\$ 4.028,00 e R\$ 150,00) e apetrechos de tráfico (duas balanças de precisão e papel filme). 9. A posse de drogas para fins de tráfico configura crime permanente, que, em situação de flagrância, autoriza o ingresso em domicílio independentemente de mandado judicial, conforme exceção à inviolabilidade de domicílio prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal. 10. Tais circunstâncias configuravam justa causa prévia para a diligência, não se tratando de mera constatação posterior de flagrância, validando a busca e apreensão domiciliar e a licitude das provas colhidas, em conformidade com o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, afastando a aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa. IV. Dispositivo e tese 11. Agravo regimental provido para julgar procedente a reclamação, cassar a decisão reclamada, afastar a negativa de seguimento fundamentada no Tema 280 da Repercussão Geral e restabelecer a condenação do reclamado. (Rcl 81451 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Relator(a) p/ Acórdão: FLÁVIO DINO, Primeira Turma, julgado em 29-09-2025, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 10-10-2025 PUBLIC 13-10-2025) - grifei;

Ementa: Processual penal. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de drogas. Violação de domicílio. Fundadas razões. Dosimetria da pena. Fatos e provas. Tráfico privilegiado.





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

Dedicação A atividades criminosas. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. **A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a “[c]onstituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo” (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes). No mesmo sentido: HC 168.038-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ARE 1.131.533-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes.** 2. Assim como consta do parecer do Ministério Público Federal, “[n]a hipótese dos autos, o ingresso forçado dos agentes públicos em domicílio baseou-se não apenas em denúncia anônima, mas também nos indícios veementes da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes no interior do imóvel alvo da diligência (‘os policiais receberam a notícia de que o local tratava-se de ‘boca de fumo’ e ao chegar lá constataram a existência de forte cheiro de droga, circunstância indicativa do flagrante, razão pela qual adentraram no imóvel, por estar caracterizada a justa causa’), o que legitimou a entrada dos policiais na residência e resultou na apreensão, em poder do recorrente, da expressiva quantidade de entorpecentes: 120 tabletes de cocaína totalizando 130,120kg (cento e trinta quilos e cento e vinte gramas), além de 2,93g de maconha”. (Grifo no original). 3. Para rever o entendimento adotado pela Corte de origem como requerido nas razões recursais, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em habeas corpus. 4. A dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático-probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada. Nesse sentido, a discussão quanto a dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da “motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). 5. As instâncias de origem afastaram a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com base em dados objetivos da causa, notadamente ao considerar que o paciente se dedicava a atividades criminosas. Nesse contexto, não é possível, na via processualmente restrita do habeas corpus, reexaminar o material probatório da ação penal para, eventualmente, concluir-se em sentido diverso. Nessa linha, vejam-se o HC 157.258-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; o HC 141.167-AgR, de minha relatoria; e o HC 143.577-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 6. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, “[s]e as circunstâncias concretas do





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

delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006” (HC 123.042, Relª. Minª. Rosa Weber). 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 230533 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26-09-2023 PUBLIC 27-09-2023) – grifei.

E o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o mesmo, conforme se pode verificar pelos acórdãos que se seguem, *verbo ad verbum*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. TEMA N. 280 DO STF. FUNDADAS RAZÕES. FUGA DE SUSPEITO E ODOR DE ENTORPECENTES. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. INGRESSO FRANQUEADO PELO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Conforme o Tema n. 280 do STF, o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial é lícito quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de situação de flagrante delito. 2. **No caso, a justa causa para a medida extrema não se baseou apenas em denúncia anônima, mas em elementos concretos aferidos pelos agentes estatais antes da invasão, consubstanciados na visualização de indivíduo empreendendo fuga pelos fundos da residência ao notar a presença policial e na percepção de forte odor de maconha exalando do imóvel.** 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.447.045/SP (Rel. Min. Alexandre de Moraes), assentou que o Poder Judiciário não pode impor ao Executivo obrigações administrativas não previstas na Constituição, como a exigência de documentação escrita ou gravação audiovisual para validar o consentimento do morador, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. 4. A autorização para ingresso no lote franqueada pelo proprietário do imóvel, somada ao contexto fático de flagrância visual e olfativa, legitima a atuação policial. 5. Agravo regimental provido. (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.934.140/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/3/2026, DJEN de 11/3/2026.)

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR. INGRESSO DOS





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

POLICIAIS PERMITIDO POR FAMILIAR DO SUSPEITO. AUSÊNCIA DE FRAGRANTE ILEGALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, no Tema n. 280 da repercussão geral, estabeleceu que a entrada forçada em domicílio sem mandado é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas, indicando flagrante delito. 2. Em se tratando de delito praticado, em tese, na modalidade "ter em depósito", a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas suspeitas de que em seu interior ocorre a prática de crime. 3. No caso dos autos, não se pode falar em invasão de domicílio, pois a busca decorreu de denúncia anônima específica acerca do tráfico de drogas na residência do paciente. Ademais, consta dos autos o consentimento dado por familiar do acusado para a entrada dos policiais, o que afasta o alegado constrangimento ilegal. 4. Na residência, foram localizados 1 pedra de crack, com massa de 35,68 g; 6 porções de maconha, com massa de 30 g; além de sacolinhas - comumente utilizadas para embalar drogas -, dinheiro e canivetes. 5. A desconstituição da conclusão do Tribunal de origem implicaria revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na presente via. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 928.185/MG, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 12/8/2025, DJEN de 22/8/2025.) – grifei.

A Defesa do apelante Diego também alegou a perda da chance probatória, salientando que não houve apresentação das gravações das câmeras corporais dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do apelante.

No entanto, verifico que a Defesa se manteve silente durante a instrução criminal, não solicitando qualquer diligência ao final da audiência de instrução e julgamento (id. 222154952 – PJe), não sendo aceitável, assim, a Defesa invocar eventual perda de chance probatória como justificativa para sua inércia, já que poderia ter solicitado diligências para a produção das provas que entendesse imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos.



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

Aliás, *in casu*, a prova oral colhida em juízo foi sólida e consistente, estando em perfeita harmonia com as demais provas produzidas nos autos, sendo certo que a eventual ausência específica das imagens da prisão em flagrante do apelante Diego não afeta em nada a comprovação da materialidade e a autoria delitiva.

Com efeito, cabe à Defesa demonstrar que as circunstâncias não se deram como sobejamente comprovadas pela prova produzida durante a instrução criminal, sob pena de se subverter o disposto no art. 156, *caput*, 1ª parte, do Código de Processo Penal, tendo, entretanto, escolhido permanecer silente.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, não havendo omissão deliberada ou negligente do Estado, a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória não se justifica, eis que afeta ambas as partes do processo, consoante acórdão que segue, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do habeas corpus, impetrado em substituição a recurso próprio, visando à anulação de condenação criminal por tráfico de drogas, sob alegação de nulidade das provas obtidas por abordagem policial e ausência de provas quanto à ocorrência criminosa. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se o habeas corpus pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio para questionar a validade de provas obtidas por abordagem policial e a ausência de provas quanto à ocorrência criminosa. 3. A questão também envolve a análise da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance Probatória, em razão da não conservação das imagens das câmeras corporais dos agentes, o que supostamente prejudicou a defesa. III. Razões de decidir 4. O habeas corpus não é conhecido quando impetrado em substituição a recurso próprio, salvo em caso de flagrante ilegalidade, conforme jurisprudência pacífica do STJ e do STF. 5. Não se vislumbra coação ilegal que desafie a concessão da ordem de ofício, pois a abordagem policial foi considerada válida, uma vez que a substância entorpecente foi visualizada em flagrante sobre a mesa de um bar, sem necessidade de busca pessoal.



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

6. A aplicação da Teoria da Perda de uma Chance Probatória não se justifica, pois a impossibilidade de acesso aos registros audiovisuais afetou ambas as partes do processo, não havendo omissão deliberada ou negligente do Estado. 7. O pedido de absolvição por insuficiência de provas não pode ser apreciado na via do habeas corpus, que não admite dilação probatória, sendo necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas. IV. Dispositivo e tese 8. Agravo regimental desprovido. Tese de julgamento: "1. O habeas corpus não é cabível como substitutivo de recurso próprio, salvo em caso de flagrante ilegalidade. 2. A abordagem policial é válida quando a substância entorpecente é visualizada em flagrante, sem necessidade de busca pessoal. 3. **A Teoria da Perda de uma Chance Probatória exige demonstração concreta de omissão deliberada ou negligente do Estado na produção de provas.**". Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 244; CPP, art. 654, § 2º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 535.063-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10.06.2020; STF, AgRg no HC 180.365, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27.03.2020. (AgRg no HC n. 925.767/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/5/2025, DJEN de 28/5/2025.) – grifei.

Note-se que o entendimento dominante desde Tribunal de Justiça é de que a Defesa não pode se desincumbir de produzir provas em benefício da parte ré alegando a perda de chance probatória por parte do Ministério Público, consoante acórdãos que seguem, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. ECA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Fatos Análogos aos ARTIGOS: 35, c/c artigo 40, IV, ambos da Lei 11.343/2006. APLICAÇÃO DE MSE DE INTERNAÇÃO. (...). Da gravação da ocorrência por meio das câmeras corporais pelos policiais militares: Tornou-se despidiêda a gravação, tendo em conta que o depoimento dos agentes públicos foram harmônicos quanto à dinâmica dos fatos, e como bem constou da sentença: "a Defensoria Pública poderia ter diligenciado diretamente sua obtenção. Não há falar em quebra da cadeia de custódia e, conseqüentemente, a perda de uma chance probatória: Na presente hipótese, não se verifica qualquer indício ou vestígio da quebra da cadeia de custódia, na medida em que nenhum elemento de prova colhido nos autos demonstra a existência de possível adulteração. Ademais, as conseqüências da suposta quebra da cadeia de custódia no deslinde do processo devem ser apreciados em conjunto com as demais provas colacionadas aos autos. **Do mesmo modo, cabe ressaltar que não há como evocar no direito processual penal a**



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

teoria da "perda de uma chance", sob o argumento de "falta de provas possíveis, não apuradas, não produzidas ... por dolo ou culpa dos agentes estatais. A solicitação das imagens das câmeras corporais dos policiais militares cabia à defesa, que pretende subverter a distribuição do ônus probatório, regra expressamente prevista no art. 156, do Código de Processo Penal. E como pontuado parecer da Procuradoria, "a ausência das imagens corporais da polícia militar não inviabiliza, por si só, a aplicação de medida socioeducativa ao apelante, muito menos fundamenta a improcedência da representação por nulidade do processo.". Inexiste ofensa ao princípio do contraditório, ampla defesa e paridade de armas, por consequência, não há nulidade ou ilegalidade a ser declarada. (...). RECURSO DESPROVIDO (0012493-59.2023.8.19.0014 - APELAÇÃO. Des(a). GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA - Julgamento: 16/07/2024 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL) – grifei;

APELAÇÃO ECA. Atos infracionais análogos aos crimes dos artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06. Imposição de medida socioeducativa de semiliberdade. PRELIMINARES. Rejeitadas. Incabível o efeito suspensivo pretendido. O recebimento do recurso apenas no seu efeito devolutivo, ao contrário do que aduz a Defesa, permitirá a execução da medida imposta, afastará o jovem da situação de risco e possibilitará o início da ressocialização do mesmo. Não assiste razão à Defesa quanto à tese da "perda de uma chance probatória", por falta das imagens das câmeras corporais dos policiais. A validade dos depoimentos dos agentes policiais não está condicionada à apresentação das referidas imagens, sendo certo que a sentença encontra fundamento em todo conjunto probatório, produzido dentro do devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa. Ausência de vício na busca pessoal realizada pelos agentes da lei. (...). PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. Mantida integralmente sentença hostilizada. (0001731-03.2024.8.19.0061 - APELAÇÃO. Des(a). MÁRCIA PERRINI BODART - Julgamento: 21/01/2025 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL) – grifei;

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ARTIGO 33, CAPUT, LEI 11.343/06). RÉU QUE TRAZIA CONSIGO PARA FINS DE TRÁFICO, 24,4G (VINTE E QUATRO GRAMAS E QUATRO DECIGRAMAS) DA COCAÍNA, ACONDICIONADOS NO INTERIOR DE 20 PINOS PLÁSTICOS TRANSPARENTES, TIPO "EPENDORFFS", E 17,8G (DEZESSETE



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

GRAMAS E OITO DECIGRAMAS) DE MACONHA, ACONDICIONADOS EM 08, COM "A FORTE 10 - C.V. - CPX DO VG". SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA, EM REGIME INICIAL FECHADO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA PARA A ABORDAGEM POLICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS COM A BUSCA PESSOAL. NO MÉRITO, PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO BASEADA NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/06, COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO, POR INCONSTITUCIONALIDADE DO MENCIONADO TIPO LEGAL, OU PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. PUGNOU, TAMBÉM, PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, COM A REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA PREVISTA EM LEI, ALÉM DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA PENALIA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREQUESTIONAMENTO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA QUE NÃO SE APLICA. SUBVERSÃO DA REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA, ARTIGO 156, DO CPP. INCABÍVEL A ABSOLVIÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ... RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (0801524-72.2023.8.19.0071 - APELAÇÃO. Des(a). LUIZ MARCIO VICTOR ALVES PEREIRA - Julgamento: 14/05/2024 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL) - grifei.

Dessa forma, não merece prosperar a alegação de perda da chance probatória.

De meritis, a materialidade restou sobejamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (id. 186613958 - PJe), pelo registro de ocorrência (id. 186613959 - PJe), pelos autos de apreensão (ids. 186613964 e 186613970 - PJe), pelos termos de declaração (ids. 186613960, 186613961, 186613971 - PJe), pelo laudo de exame de material entorpecente/psicotrópico (id. 186613962 - PJe) e pela prova oral produzida em juízo.





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

Já a autoria delitiva restou demonstrada pelo farto conjunto probatório carreado aos autos, em especial pela segura prova oral produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.

Cabe aqui relatar os depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares, que foram transcritos, em síntese e de forma não literal, na sentença de id. 243036852 - PJe:

“...a testemunha PCERJ ROGÉRIO LIMA DE CARVALHO MONTEIRO disse: “ que estavam fazendo uma operação em conjunto com a Polícia Militar e receberam denúncias que informações de no local havia um casal praticando tráfico de drogas; que se dirigiram até o local e perceberam que na casa tinham câmaras instaladas voltadas para rua e que e tinham pessoas dentro do imóvel; que sentiram o odor típico de drogas; que chamaram pelos moradores e viram que Andréia correu em direção aos fundos do imóvel; que por isso adentraram as dependências da residência e conseguiram interceptar a ré; que em seguida, a ré franqueou a entrada na casa, afirmando que não havia nada de ilícito; que em revista pelo local, um policial militar localizou certa quantidade maconha e cocaína; que as drogas tinham inscrições alusivas à facção criminosa Comando Vermelho; que pelo que se recorda, as drogas estavam escondidas em uma calha do telhado; que Andréia afirmou que eram de Diego e que ele estava na casa da mãe, próximo ao local; que diligenciaram até lá e o localizaram na casa da genitora; que com ele havia uma pequena quantidade de maconha.”.

“A testemunha PMERJ CLEOCI APARECIDO DE SOUZA disse: “que não se recorda os detalhes da diligência, mas lembra que estavam em operação junto com a Polícia Civil; que sua equipe foi encaminhada para uma residência próximo ao “Terreirão”, onde estava ocorrendo um movimento intenso de tráfico de drogas, onde o casal Andréia e “Dieguinho” eram os responsáveis; que chamaram no portão e Andréia demorou para atender a guarnição, mas por fim, autorizou a entrada na casa; que encontraram pinos de cocaína e uma pequena quantidade de dinheiro; que a maconha foi encontrada com Diego em seguida; que foi o responsável por apreender os documentos de Diego em um quarto da residência; que havia denúncias dando conta de que Andréia e Diego estavam comercializando drogas no local e que Andréia se utilizava dos filhos na prática do tráfico; que inclusive um dos filhos dela foi assassinado durante o Carnaval; que o local é dominado pela facção Comando Vermelho; contou que anteriormente Diego teria se evadido durante uma operação que apreendeu uma arma de fogo em sua casa.”.





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

“ANDRÉ LUÍS ALONSO DE CARVALHO e MARIA EDUARDA CAMPISTA MOREIRA filho e nora da denunciada Andréia, afirmaram que as drogas foram encontradas na casa do réu Diego e que Andréia sequer é usuária e que desconhecem qualquer envolvimento dela com tráfico de drogas ou vinculação com facção criminosa; que estavam no local pois era aniversário de Andréia e levaram os netos para vê-la; afirmaram ainda que Diego teria saído da casa para que pudessem, junto com os filhos, ficar mais à vontade.”.

“O acusado DIEGO RAFAEL MARQUES DE SOUZA, em seu interrogatório, disse: “que Andreia é sua namorada e que as drogas encontradas eram suas, para seu consumo pessoal; que Andréia perdeu um filho no carnaval e estava muito abalada, então a deixou ficar em sua casa; que usa drogas há bastante tempo e já foi condenado por tráfico em 2017; que no dia dos fatos Andreia estava melhor, tomando cerveja e se alimentando bem, mas foi para casa de sua mãe para que os filhos dela dormissem mais à vontade na casa; a que nunca foi pego com grandes quantidades de droga, apenas pequenas quantidades para consumo próprio, mas não sabe por que os policiais alegam que é traficante; que Andréia não sabia que ele escondia drogas no local.”.

“A acusada ANDRÉIA ALONSO DE CARVALHO, disse que: “que não autorizou a entrada dos policiais e eles arrombaram a porta; que as drogas foram encontradas na casa ao lado e que elas eram destinadas ao consumo de Diego, seu namorado; que ele não contou que era usuário de drogas, mas que sabia que ele consumia drogas regularmente; que nega ser traficante ou ter envolvimento com facção Comando Vermelho e que as afirmações dos policiais são perseguição, pois já “passou pelo sistema”.”. ”.

As Defesas apresentaram razões de apelação nos ids. 252501334 e 252470775 - PJe, alegando a **inexistência de provas suficientes para a condenação**.

Note-se que a prova produzida em juízo deixou inequívoco que os policiais, ao adentrarem no imóvel, localizaram os 6 (seis) pinos de cocaína na calha de acesso à janela da cozinha, além de, posteriormente, terem apreendido mais 1 (um) tablete de maconha com Diego, sendo certo que restou suficientemente comprovado que os apelantes, em comunhão de ações e desígnios entre si, traziam consigo, guardavam e tinham em depósito, de forma compartilhada, para fins de



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

tráfico, a quantidade total de 2,2g (dois gramas e dois decigramas) de maconha e 7,9g (sete gramas e nove decigramas) de cocaína, tudo conforme laudo de exame de material entorpecente/psicotrópico de id. 186613962 - PJe.

Impende destacar que, não estando impedido legalmente de depor como testemunha, o depoimento de um policial merece ter valor como o de qualquer outra pessoa que presta o compromisso a que faz alusão o art. 203 do Código de Processo Penal. E isso, inclusive, já foi muito bem abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE. VASTO ACERVO PROBATÓRIO A LASTREAR A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. (...) **4. Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.** 5. (...) 9. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 978.077/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2025, DJEN de 7/4/2025.) – grifei.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGADA NULIDADE DAS BUSCAS PESSOAL E





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

VEICULAR. NOTÍCIAS ANTERIORES. INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS. FUGA E REAÇÃO VIOLENTA AO SER ABORDADO PELA GUARNIÇÃO POLICIAL. FUNDADAS SUSPEITAS. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA PELO CONTEXTO FÁTICO ANTERIOR AO INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. ILICITUDE DAS PROVAS. NÃO CONFIGURADA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. REVOLVIMENTO DE CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DA REDUTORA. NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. EVIDÊNCIAS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO CABIMENTO DA BENESSE. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL. MINORANTE MANTIDA PARA EVITAR REFORMATIO IN PEJUS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.(...).16. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal no entendimento de que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. Incidência da Súmula n. 83/STJ. Precedentes. 17. (...).23. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nessa extensão, não provido.(AgRg no REsp n. 2.095.274/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/3/2025, DJEN de 26/3/2025.) – grifei.

A propósito, esse também é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se pode verificar pelo verbete n.º 70 de sua súmula de jurisprudência, alterada em 09/12/2024, *ad litteram*:

“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”.





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

É importante destacar que não foi demonstrado qualquer motivo que indicasse um interesse pessoal dos policiais em prejudicar os apelantes. Além disso, não há nos autos qualquer informação negativa a respeito deles, de modo que seus depoimentos sobre a apreensão das drogas com os apelantes permanecem íntegros e sem elementos que os enfraqueçam.

Aliás, a jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça aponta que é ônus da Defesa demonstrar a imprestabilidade de uma prova, *ipsis litteris*:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA FUNDAMENTADA EM PROVAS VÁLIDAS. DEPENDÊNCIA DA REANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial, mantendo a condenação dos agravantes por tráfico de drogas e corrupção ativa. 2. A Corte Estadual condenou os agravantes pela prática dos crimes de corrupção ativa e tráfico de drogas, com base em depoimentos de policiais e apreensão de substâncias entorpecentes. II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em saber se a condenação por tráfico de drogas e corrupção ativa pode ser mantida com base em depoimentos de policiais e apreensão de drogas, sem flagrante de comercialização. 4. A defesa alega que a droga foi encontrada em local de grande circulação e que o depoimento dos policiais é a única prova da condenação, invocando o princípio do in dubio pro reo. III. Razões de decidir 5. O Tribunal de Justiça considerou suficientes as provas para a condenação, com base no depoimento dos policiais, destacando a quantidade de droga apreendida e a presença de balança de precisão. **6. A jurisprudência admite o depoimento de policiais como prova idônea, cabendo à defesa demonstrar a imprestabilidade da prova.** 7. A decisão monocrática foi mantida, pois o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência e não é possível o reexame de provas em recurso especial. IV. Dispositivo e tese 8. Agravo desprovido. Tese de julgamento: "**1. O depoimento de policiais constitui prova idônea para condenação, cabendo à defesa demonstrar a imprestabilidade da prova. 2. A condenação por tráfico de drogas pode se basear em apreensão de substâncias**





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

e objetos indicativos de tráfico, mesmo sem flagrante de comercialização." Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 386, IV e VII; CP, art. 33, § 2º, "b". Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 2.643.977/DF, Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12.11.2024; STJ, AgRg no AREsp 2.629.078/MG, Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22.10.2024. (AgRg no AREsp n. 2.811.153/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/7/2025, DJEN de 4/7/2025) - grifei.

Cumpre salientar que as circunstâncias e o local em que se deu a prisão em flagrante, a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, bem como a sua forma de acondicionamento (no total, foram apreendidos 2,2g de maconha e 7,9g de cocaína), demonstram que os apelantes traziam consigo, guardavam e tinham em depósito, **de forma compartilhada**, os entorpecentes para fins de mercancia ilícita, o que caracteriza o crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em "individualização das condutas e a absolvição no tocante à posse de cocaína", consoante requereu a Defesa do apelante Diego.

Destaca-se que, também, não há que se falar em absolvição dos apelantes em respeito ao princípio *in dubio pro reo*.

Aqui, cabe ressaltar que o princípio que orienta o julgador a absolver quando não há prova para além da dúvida razoável, qual seja, o princípio *in dubio pro reo*, não se aplica ante o vasto conjunto probatório e a completa subsunção dos fatos à norma, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça que segue, *in verbis*:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRISÃO EM FLAGRANTE. CONFISSÃO EM JUÍZO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. Caso em exame. 1. Habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, com pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, além de multa, conforme art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. 2. A impetração sustentava a nulidade das provas obtidas mediante busca pessoal, alegadamente realizada sem fundada suspeita, pugnando pela absolvição do paciente. II. Questão em discussão. 3. A questão em





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

discussão consiste em saber se a confissão do paciente em juízo, associada aos indícios colhidos, é suficiente para sustentar a condenação por tráfico de drogas, mesmo diante da alegação de nulidade das provas obtidas na busca pessoal. III. Razões de decidir⁴. A confissão do paciente em juízo, sob contraditório e com assistência técnica, reforça a predisposição mercantil de sua conduta, evidenciando a intenção de comercialização ilícita.⁵ Os elementos concretos do caso, incluindo a divisão do entorpecente em diversas porções e o comportamento do paciente, refutam a alegação de uso pessoal e corroboram a subsunção dos fatos ao tipo penal do tráfico de drogas.⁶ A tese firmada pelo STF no Tema 506, que estabelece presunção de uso pessoal para a posse de até 40g de maconha, não é absoluta e deve ser analisada no contexto fático, o que, no caso, não favorece o paciente.⁷ **O princípio do *in dubio pro reo* não se aplica, uma vez que a subsunção ao art. 33 da Lei 11.343/2006 se apresenta tecnicamente irrepreensível, conforme o juízo das instâncias ordinárias.** IV. Dispositivo e tese⁸. Habeas Corpus não conhecido, mantendo a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas. Tese de julgamento: "1. A confissão em juízo, associada a indícios concretos, é suficiente para sustentar a condenação por tráfico de drogas. 2. A presunção de uso pessoal para a posse de até 40g de maconha não é absoluta e deve ser analisada no contexto fático. 3. O princípio do *in dubio pro reo* não se aplica quando a subsunção ao tipo penal é tecnicamente irrepreensível". Dispositivos relevantes citados: Lei 11.343/2006, art. 33. Jurisprudência relevante citada: STF, Tema 506 (HC n. 855.156/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, relator para acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 10/2/2025) – grifei;

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. AGRAVO DESPROVIDO. I. Caso em exame¹. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou provimento a recurso especial, mantendo a condenação do agravante por tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. II. Questão em discussão². A questão central consiste em determinar se a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* se afigura cabível, considerando a alegação de insuficiência probatória para a condenação do agravante. III. Razões de decidir³. A decisão monocrática fica mantida, eis que o acórdão recorrido demonstrou, com riqueza de detalhes, a configuração dos delitos imputados ao agravante, não havendo insuficiência probatória.⁴ A aplicação do princípio do *in*





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

dubio pro reo não é cabível, já que a revisão do entendimento alcançado pela Corte de origem demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado pela Súmula 7 do STJ.5. A condenação foi fundamentada em provas robustas, incluindo depoimentos, documentos e investigações que indicam a prática dos crimes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.6. A fixação do regime semiaberto e a negativa de substituição da pena por restritiva de direitos foram justificadas pela existência de circunstâncias judiciais negativas. IV. Dispositivo e tese7. Agravo regimental desprovido. Tese de julgamento: "**1. A aplicação do princípio do in dubio pro reo não é cabível quando a condenação está fundamentada em provas robustas e não há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.** 2. A existência de circunstâncias judiciais negativas justifica a fixação de regime mais gravoso e a negativa de substituição da pena por restritiva de direitos". Dispositivos relevantes citados: Lei nº 9.613/98, art. 1º; CPP, art. 155; CPP, art. 156; CP, art. 44. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 2.050.607/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023; STJ, REsp 1.482.076/CE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/4/2019. (AgRg no AREsp n. 2.599.800/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 3/1/2025) – grifei.

Assim, ante o farto conjunto probatório presente nos autos, não há que se falar em absolvição dos apelantes por aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Cabe destacar que as circunstâncias e o local das prisões dos apelantes (os recorrentes foram presos em flagrante no bairro Jardim Independência, na cidade de Quatis, em local indicado como ponto de venda de drogas) não deixam dúvida que os apelantes estavam associados, de forma estável e permanente, entre si e com os demais integrantes do Comando Vermelho para fim de tráfico ilícito de drogas, o que caracteriza o crime do art. 35, caput, da Lei n.º 11.343/2006.

Impende salientar que a causa especial de diminuição de pena prevista no §4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, *in casu*, não pode ser aplicada.



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

Os argumentos já expendidos deixam inequívoco que os recorrentes têm envolvimento com o tráfico de drogas na localidade, que é dominada pelo Comando Vermelho (note-se que ambos possuem condenações pretéritas em suas FACs pelo crime de tráfico de drogas – ids. 186687975 e 186687984 - PJe), sendo certo que nessa região somente age quem faz parte da aludida facção, o que evidencia que os apelantes, se não integrassem a aludida facção criminosa, não poderiam estar no local em que se encontravam, trazendo consigo, guardando e tendo em depósito, de forma compartilhada, para fins de tráfico, as drogas discriminadas na denúncia, se não fossem integrantes do Comando Vermelho, ou seja, eles não agiam de modo individual e ocasional, sendo certo que a causa de diminuição de pena do §4.º do aludido art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 só se aplica, de acordo com LUIZ FLÁVIO GOMES e OUTROS (*in* “Nova Lei de Drogas Comentada”, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 165), ao traficante primário e de bons antecedentes que age de modo individual e ocasional.

De se ressaltar, ainda, que as condenações por associação para fim de tráfico de drogas, que restaram sobejamente comprovadas nos autos, obstam a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, pois denotam o *animus* associativo estável e permanente entre os agentes, evidenciando, assim, a dedicação à atividade criminosa.

O Superior Tribunal de Justiça também possui jurisprudência nesse sentido, *ad litteram*:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS CIRCUNSTANCIADO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO CIRCUNSTANCIADA. PRETENSÃO DE REVISÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA E MANTIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO WRIT. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE.1. (...).3. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a configuração do crime de associação





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

para o tráfico afasta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado.4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 990.819/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/5/2025, DJEN de 30/5/2025) – grifei;

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PRETENSÃO QUE DEMANDA A ANÁLISE DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME PRISIONAL INICIAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. (...).6. Quanto ao reconhecimento da existência de tráfico privilegiado, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois denota o animus associativo estável e permanente entre os agentes, evidenciando, assim, a dedicação do agente à atividade criminosa. 7. (...). 9. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 948.546/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/5/2025, DJEN de 9/5/2025) - grifei.

E no que diz respeito às versões defensivas de fragilidade probatória, as mesmas não merecem acolhimento, eis que desprovidas de qualquer veracidade ou coerência com o acervo probatório coligido nos autos.

Comprovadas a autoria e a materialidade, a condenação deve ser mantida, restando superada a pretensão de desclassificação para o art. 28 da Lei nº. 11.343/06.

Isso porque a condição de usuário não exclui, por si só, a



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

responsabilidade pelo tráfico, sendo comum que o comércio de drogas sustente o próprio vício, sendo certo que as circunstâncias da apreensão, a quantidade, variedade, bem como a forma de acondicionamento, afastam a tese de consumo pessoal.

Passa-se, então, à DOSIMETRIA DAS PENAS, onde serão analisadas as demais teses subsidiárias das Defesas.

No tocante ao apelante Diego:

Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006

1ª fase: A Defesa de Diego pleiteou a fixação da pena-base no mínimo legal, argumentando que “Aumentar a pena-base em razão da referida quantidade/variedade consistiria em verdadeiro bis in idem (art. 8º, 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), uma vez que a traficância pressupõe quantidade/variedade razoável de drogas, sendo certo que a disposição do art. 42 da Lei nº 11.343/06 autoriza a exasperação quando se está diante de quantidade excessiva de material entorpecente, o que não é o caso dos autos”.

Não assiste razão à Defesa, considerando que o Juízo *a quo*, na primeira fase, aumentou a pena diante do mau antecedente do apelante, verificado através da anotação nº. 1 da FAC acostada no id. 186687984 - PJe (processo nº. 0001451-51.2014.8.19.0071, cuja condenação transitou em julgado em 18/11/2015), sob a seguinte fundamentação:

“A sua culpabilidade é a normal para o injusto praticado. O réu é reincidente e de péssimos antecedentes (FAC index 186687984). Não disponho de elementos seguros que me permitam afirmar negativamente sua conduta social, bem como sua personalidade. As circunstâncias, motivos e consequências do crime não concorrem para o recrudescimento da sanção. Não há falar em comportamento da vítima, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Por tais motivos, fixo a pena-base privativa de liberdade um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão.”.

Assim, mantenho a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.



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

2ª fase: O Juízo *a quo* reconheceu a agravante de reincidência, considerando a anotação nº 2 da FAC do apelante (processo nº. 0004776-10.2017.8.19.0045, cuja condenação transitou em julgado em 25/05/2019), reconhecendo, ainda, **mesmo indevidamente**, a confissão espontânea (note-se que o apelante, em seu interrogatório, negou que as drogas apreendidas se destinavam ao tráfico, argumentando que é usuário de drogas e que os entorpecentes eram para consumo próprio), operando a compensação entre as aludidas circunstâncias judiciais, fixando a pena intermediária em 6 (seis) anos de reclusão, que mantenho em virtude da ausência de impugnação do *Parquet*.

“Há a agravante da reincidência, pelo que agravo a pena em 01 (um) ano, perfazendo o total de 07 (sete) anos de reclusão. Há a atenuante da confissão a ser relevada pelo que atenuo a pena em 01 (um) ano, perfazendo o total de 06 (seis) anos de reclusão. Não há outras agravantes ou atenuantes a serem levadas em conta.”

3ª fase: Diante do não reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a pena foi mantida em **6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

A dosimetria da pena em relação ao crime do art. 35, caput, da Lei nº 11.343/2006 deve ser mantida em sua íntegra, eis que baseada nos mesmos fundamentos acima apontados, restando estabelecida em **4 (quatro) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.**

Em decorrência do **cúmulo material**, a pena final restou assentada, definitivamente, em **10 (dez) anos de reclusão e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Do regime inicial:

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apelante Diego em virtude de seu mau antecedente, mantenho, com esboço no art. 33, §3.º, do Código Penal, o **regime**



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

fechado como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade concretizada nesta sentença, não se podendo perder de vista, ainda, que o apelante é reincidente e que este também seria o regime penitenciário inicial por força do disposto no art. 33, §2º, “a”, do Código Penal.

No que concerne à apelante Andreia:

A Defesa da apelante Andreia não impugnou a dosimetria das penas, requerendo apenas, de forma subsidiária, a aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, o que já foi anteriormente rebatido e negado no corpo do voto.

Diante do não reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº. 11.343/2006, mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, eis que o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada foge dos requisitos objetivos previstos no art. 44, I, do Código Penal, bem como a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Assim, em decorrência do **cúmulo material**, mantenho as penas em **8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

No tocante ao requerimento de **gratuidade de justiça**, cumpre ressaltar que o Juízo da execução, por ser o competente para sua cobrança, é o competente para apreciar eventual requerimento de gratuidade de justiça, o que fica evidente pelo verbete n.º 74 da súmula de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“A condenação nas custas, mesmo para o réu considerado juridicamente pobre, deriva da sucumbência, e, portanto, competente para a sua cobrança, ou não, é o juízo da execução”).



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

ISTO POSTO, voto no sentido de **CONHECER** e
NEGAR PROVIMENTO aos recursos.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador FLÁVIO ITABAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU
Relator

