Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Primeira Câmara Criminal

Apelação nº 0807078-18.2023.8.19.0061

Juízo de origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Teresópolis
Apelante: Ministério Publico
Apelante: Bruno da Costa Vergette dos Santos
Advogado: Defensoria Pública
Apelado: Ministério Publico
Relatora: Des. Maria Sandra Kayat Direito

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES DE NULIDADE DA BUSCA PESSOAL E DE VIOLAÇÃO AO DIREITO AO SILÊNCIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Ação penal ajuizada para apurar a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, em razão da apreensão de 22 invólucros de cocaína, com peso líquido total de 17g, acondicionados para venda, com inscrições alusivas a facção criminosa, após abordagem policial em local apontado como ponto de tráfico.

2. A sentença julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o réu por tráfico de drogas à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, e absolver quanto ao crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

3. A defesa interpôs recurso e suscitou nulidade da busca pessoal por ausência de fundada suspeita e nulidade por violação ao direito ao silêncio. No mérito, requereu a absolvição, a desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e o reconhecimento da atenuante da confissão.

4. O Ministério Público recorreu para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 ou reduzir sua fração, bem como para afastar a substituição da pena e fixar regime fechado.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO:15630 Assinado em: 11/11/2026 12:26:26
Local: GAB. DES(A). MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

5. Há quatro questões em discussão: (i) saber se a busca pessoal foi ilícita por ausência de fundada suspeita; (ii) saber se houve nulidade por violação ao direito ao silêncio; (iii) saber se o conjunto probatório autoriza a absolvição ou a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006; e (iv) saber se devem ser afastados o tráfico privilegiado, o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. A busca pessoal foi lícita. Os policiais receberam informação sobre tráfico de drogas na localidade. Ao chegarem ao local, o réu gritou para avisar sobre a presença dos policiais e tentou se evadir. Esses elementos concretos configuraram fundada suspeita, nos termos dos arts. 240, § 2º, e 244 do CPP.

7. Não houve nulidade por violação ao direito ao silêncio. A condenação não se baseou em confissão informal, mas na apreensão da droga e nos depoimentos judiciais dos policiais, colhidos sob contraditório. Eventual irregularidade na fase investigativa não invalida a sentença quando fundada em prova judicializada.

8. A autoria e a materialidade ficaram demonstradas pela prova oral e documental. Os depoimentos dos policiais foram coerentes e harmônicos entre si. A quantidade da droga, o modo de acondicionamento, a precificação, as inscrições vinculadas à facção criminosa e o comportamento do réu afastam a tese de porte para consumo pessoal e tornam inviáveis a absolvição e a desclassificação.

9. Não se aplica a teoria da perda de uma chance probatória pela ausência de gravação da ocorrência, porque a defesa não demonstrou prejuízo concreto. A falta de registro audiovisual, por si só, não invalida a prova produzida sob contraditório nem afasta a presunção de legitimidade dos atos regularmente documentados.

10. A atenuante da confissão não reduz a pena quando esta já está no mínimo legal, em razão da Súmula 231 do STJ.

11. Mantém-se Manutenção da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois não houve prova de dedicação a atividades criminosas ou de integração em organização criminosa. Seguindo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, o fato do réu ser conhecido dos policiais e de existir ações penais em curso não podem fundamentar o afastamento da aplicação da causa de diminuição de pena prevista nº § 4º, do art. 33, da Lei11343/06.
12. Também se mantêm o regime aberto e a substituição da pena, em razão do quantum da reprimenda e das circunstâncias do caso.
IV. DISPOSITIVO
13. Recursos defensivo e ministerial desprovidos

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação, onde figuram como apelantes o Ministério Público e Bruno da Costa Vergette dos Santos e como apelados os mesmos.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada em 10 de novembro de 2026, **por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, em negar provimento aos recursos defensivo e do Ministério Público** nos termos do voto da Desembargadora-Relatora.

VOTO

O apelante Bruno da Costa Vergette dos Santos foi denunciado como incursos nas sanções dos artigos 33 da Lei 11.343/06. Narra a denúncia que (doc. 70202872):

> *"No dia 17 de julho de 2023, por volta de 10h40min, na Estrada da Quinta Lebrão, no bairro Quinta Lebrão, nesta Comarca, o DENUNCIADO, consciente e voluntariamente, sem autorização e em*

desacordo com determinação legal e regulamentar, trazia consigo, para fins de tráfico, "carga" de entorpecentes composta por 22 (vinte e dois) sacolés de plástico transparente, dos quais 16 (dezesseis) estavam atados em uma extremidade com grampo e apresentavam rótulo em papel branco com as inscrições "CV CPX DA QL - TROPA DO HOMEM PO - R$ (10,00) e a imagem do herói "Homem de Ferro", enquanto os outros 06 (seis) invólucros se encontravam também atados em uma extremidade com grampo e possuíam rótulo em papel branco com os inscritos "CV CPX DA QL - TROPA DO HOMEM PÓ - R$ (30,00)" e a imagem do herói "Homem de Ferro", havendo no interior de todas as mencionadas embalagens o peso líquido total de 17,0g (dezessete gramas) de substância pulverulenta de cor branca reconhecida como Cloridrato de cocaína (cf. Laudo pericial de índice 67608075).

Segundo consta do procedimento investigatório, na data dos fatos, policiais militares receberam informações acerca da prática de tráfico de drogas na Estrada Quinta Lebrão. E tão logo chegaram ao citado local, já conhecido pela intensa venda de entorpecentes por integrantes do "Comando Vermelho", os agentes da lei avistaram o ora denunciado, tendo esse, assim que notou a aproximação da viatura, tentado fugir e também gritado a palavra "piou" para avisar a outros traficantes sobre a presença da polícia.

Contudo, em sua tentativa de evasão, Bruno acabou surpreendido pela presença de uma segunda viatura, de maneira que o mesmo acabou abordado e nele foi realizada revista pessoal, quando então restaram encontrados, dentro da cueca do denunciado, 22 (vinte e dois) "papelotes" contendo cocaína prontos para imediata disseminação, pois devidamente precificados (valores distintos) e com inscrições alusivas à facção criminosa que notoriamente domina aquela localidade e ali só permite que trafiquem indivíduos a ela vinculados. Na ocasião, Bruno admitiu a prática de tráfico de drogas e confirmou que o grito "Piou" (dado por ele ao ver os militares) consiste em gíria usada para avisar a outros traficantes que devem se esconder.

Ouvido em sede policial, Bruno reafirmou à autoridade policial que estava na posse das embalagens com cocaína apreendidas. Vale destacar, nesse passo, que dias antes, mais precisamente em 04.07.2023, Bruno foi preso em flagrante no momento em que vendia drogas para usuário na mesma comunidade, oportunidade na qual, durante a abordagem policial, o ora denunciado passou a receber mensagens de outros traficantes em seu telefone celular justamente com solicitações de informações acerca da movimentação da polícia na região, o que aponta a atuação habitual de Bruno na disseminação de entorpecentes no bairro de Quinta Lebrão.

Logo, objetiva e subjetivamente típica, ilícita e reprovável a conduta do denunciado, estando o mesmo incurso nas sanções constantes do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006."

Levado a julgamento, a MM. Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Teresópolis, Dra. Marcela Assad Caram Januthe Tavares, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o apelante Ricardo de Oliveira Pessoa à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, no regime aberto, e 166 dias multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço a comunidade e limitação de fim de semana. O réu foi absolvido em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei 11343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (docs. 110783737 e 122919194).

Inconformados com a sentença, o Ministério Público e a Defensoria Pública recorreram.

Nas razões de doc. 121640583, a Defensoria Pública alegou, preliminarmente, nulidades, consistente na ausência de fundada suspeita para a busca pessoal e na violação ao direito ao silencio. No mérito, pugna pela absolvição, com base no art. 386, incisos II, V e VII, do Código de Processo Penal, ante a perda de uma chance probatória e pelo princípio do *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, requereu a

desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11343/06 e pela aplicação da atenuante da confissão.

Nas razões de doc. 124663352, o Ministério Público pugnou pelo afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11343/06, ou, subsidiariamente, na hipótese de ser mantido o reconhecimento do tráfico privilegiado, seja aplicada em grau mínimo, isto é, 1/6 (um sexto). Ainda, deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como deve ser fixado o regime fechado para o cumprimento da pena.

Nas contrarrazões de doc. 214670399, a Defensoria Pública requereu o desprovimento do recurso ministerial.

Nas contrarrazões de doc. 218474609, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso defensivo.

No parecer de doc. 08, a Procuradoria de Justiça pelo desprovimento dos recursos da defesa e ministerial.

É o relatório.

Preliminarmente, preliminar, a Defensoria Pública alega a nulidade da busca pessoal realizada.

Seguindo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, a busca pessoal não necessita de prévia autorização judicial quando houver fundada suspeitas da existência de possível delito.

> *"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE "ATITUDE SUSPEITA". INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO. 1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e*

circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. 2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. 3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP. 4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita de posse de corpo de delito" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de

arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. 5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. 6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal - vulgarmente conhecida como "dura", "geral", "revista", "enquadro" ou "baculejo" -, além da intuição baseada no tirocínio policial: a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes; b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis; c) evitar a repetição - ainda que nem sempre consciente - de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural. 7. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da

residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos -- diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade. 8. "Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobrerrepresentação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra". Mais do que isso, "os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção" (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156). 9. A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros "tribunais de rua" - cotidianamente constrangem os famigerados "elementos suspeitos" com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela. 10. Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de

segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas", finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso - em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP - reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos". 11. Mesmo que se considere que todos os flagrantes decorrem de busca pessoal - o que por certo não é verdade -, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%; isto é, de cada 100 pessoas revistadas pelas polícias brasileiras, apenas uma é autuada por alguma ilegalidade. É oportuno lembrar, nesse sentido, que, em Nova Iorque, o percentual de "eficiência" das stop and frisks era de 12%, isto é, 12 vezes a porcentagem de acerto da polícia brasileira, e, mesmo assim, foi considerado baixo e inconstitucional em 2013, no julgamento da class action Floyd, et al. v. City of New York, et al. pela juíza federal Shira Scheindlin. 12. Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da "porta de entrada" no sistema, o padrão

discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a pretexto de combater a criminalidade, encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público - a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e o papel de custos iuris -, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança. 13. Nessa direção, o Manual do Conselho Nacional de Justiça para Tomada de Decisão na Audiência de Custódia orienta a que: "Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, consequentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal". 14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. 15. Na espécie, a guarnição policial "deparou

> *com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita" e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta "atitude suspeita", algo insuficiente para tal medida invasiva, confo rme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo.* (RHC 158580/BA Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2021/0403609-0 – Superior Tribunal de Justiça – Sexta Turma – Ministro Rogério Schietti Cruz – Julgamento: 19/04/2022)

Os agentes públicos agiram de acordo com a lei, pois, nos termos do artigo 240, §2º, do CPP, proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas alíneas “b” a “f” e “h”, do citado dispositivo legal.

Já o artigo 244 da lei processual estabelece que a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

No presente caso, policiais militares receberam informações da ocorrência de tráfico de drogas na Quinta Lebrão. Chegando à localidade, ao apelante gritou avisando sobre entrada de uma das viaturas policiais. Ao tentar evadir, Bruno foi abordado por uma segunda viatura policial. Feita revista, foram encontrados dentro da cueca do apelante 22 papelotes de cocaína.

Considerando as circunstâncias do fato, constata-se que os agentes tinham fundadas suspeitas de que o apelante tinha em sua posse objeto ilícito.

Assim, no cumprimento do dever legal, os policiais abordaram o apelante, logrando apreender o entorpecente.

Percebe-se que, diversamente do alegado pela defesa, os agentes da lei não escolheram os apelantes aleatoriamente, nem mesmo tomaram, para tanto, elementos irrelevantes, mas sim, atuando em conformidade com o art. 244 do Código Processo Penal, se valeram de elementos concretos que lhes indicaram provável envolvimento deles na prática no tráfico de drogas da região.

Não há que se cogitar hipótese de nulidade processual no presente caso, tendo em vista a prescindibilidade do mandado de busca e apreensão para a revista pessoal, quando o agente estiver cometendo delito de natureza permanente, bem como para apreender drogas, bens, armas e instrumentos do crime, sob pena de inviabilizar a efetividade das operações policiais realizadas para proteção da segurança coletiva, obrigação constitucional do Estado, ainda que em detrimento da privacidade individual, cuja preservação e proteção também tem matriz constitucional, porém, não em caráter absoluto.

Nesse sentido, segue o julgado do E. STJ e desta Colenda Câmara Criminal:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FLAGRANTE DE CRIMES DE POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES, E TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE "TER EM DEPÓSITO". JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "Tratando-se o delito de tráfico de entorpecentes, nas modalidades"ter em depósito" ou "guardar", de crime permanente, mostra-se prescindível o mandado judicial em caso de flagrante delito (precedentes)" (HC 378.323/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 25/4/2017). 2. Verifica-se que foi constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, a autorizar a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio do agente por ausência de mandado judicial. 3.*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no HC: 626817 SC 2020/0300177-1, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 16/11/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2021)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO NAS PENAS DO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. Afastada a preliminar de ilicitude da prova, devidamente enfrentada na sentença. Os policiais tinham fundadas suspeitas de que o réu tinha em sua posse objetos relativos ao tráfico de drogas, uma vez que, fugiu da guarnição carregando uma sacola ao perceber sua aproximação. O local era conhecido como boca de fumo e dominado pela facção criminosa. Circunstâncias do caso, nos termos do art. 240, §2º do Código de Processo Penal, tornam lícita a busca pessoal e, a apreensão de significativa quantidade e variedade de drogas 50g (cinquenta gramas) de maconha distribuídas em 06 (seis) tabletes; 25g (vinte e cinco gramas) de cocaína distribuídos em 23 (vinte e três) pinos; 2,0g (dois gramas) de MDMA (ecstasy) distribuídos em 09 (nove) unidades e 2450g (dois mil quatrocentos e cinquenta gramas) de substância inconclusiva. A versão dos policiais, apesar do tempo decorrido, comprova a dinâmica do evento de acordo com suas posições no deslocamento da tropa, que se dividiu para entrar na comunidade, inexistindo qualquer contradição. À defesa foi garantido o contraditório e a oportunidade de apresentar provas, mas esta limitou-se a negativa de autoria e ao descredenciamento, sem provas, das palavras dos militares. Manutenção da condenação e dosimetria. Desprovimento do recurso." (APELAÇÃO Nº 0083213- 61.2021.8.19.0001 - Relatora: Des(a). KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT - Julgamento: 16/11/2021 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL).

Neste cenário, não se constata qualquer ilegalidade na busca pessoal realizada, tendo em vista havia fundada suspeita da prática de crime por parte do apelante.

Ainda de forma preliminar, a Defensoria Pública alega a ilicitude da prova, por violação ao direito ao silêncio.

Não obstante o zelo da Defesa, a meu sentir, com todas as vênias, não merece prosperar o pedido de nulidade do feito. Como podemos ver, a sentença de primeiro grau julgou procedente a pretensão punitiva estatal não com base na confissão informal, mas sim, no contexto fático e na apreensão de drogas.

Neste sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (37,48 G DE COCAÍNA E 6,6 G DE MACONHA). PLEITO DE REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA. ART. 65, III, D, DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CABÍVEL EM CURSO NA ORIGEM. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DESVIRTUAMENTO DO USO DO WRIT. TESES SUBSIDIÁRIAS. CONFISSÃO INFORMAL NÃO UTILIZADA PARA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JULGADOR. SÚMULA 545/STJ. CONFISSÃO JUDICIAL DE PROPRIEDADE DAS DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. SÚMULA 630/STJ. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 917724/MS AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2024/0195070-8 – Superior Tribunal Justiça – Sexta Turma – Ministro Sebastião Reis – Julgamento: 02/09/2024)

Ademais, eventual irregularidade formal na fase de investigação não tem o condão de invalidar a sentença, já que baseada em provas colhidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

Assim, rejeitam-se as preliminares arguidas.

No mérito, a defesa pugna pela absolvição do apelante.

A pretensão de reforma da decisão vergastada não merece prosperar, tendo em vista que a defesa não logrou êxito em afastar a certeza das acusações sofridas pelo recorrente.

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante e auto de apreensão de adolescente por prática de ato infracional (doc. 194028488), pelo registro de ocorrência (doc. 194028489); pelo auto de apreensão (doc. 194028490); pela guia de apreensão de adolescente infrator em (docs. 194030505, 194030506 e 194030507); pelo laudo de exame prévio de entorpecente em (doc. 194030513); pelo laudo de Exame de Entorpecente (doc. 198838204), pelo Laudo de Exame em Arma de Fogo (doc. 198838204); pelo Laudo de Exame em Munições (doc. 198838205); pelo Laudo de Exame de Descrição de Material (doc. 213423368).

Em juízo, o policial militar Felipe Toledo Neves narrou que *"participou da ocorrência. Que foram recebidas informações de tráfico de drogas na Quinta Lebrão. Que foram dois Patamos em razão da extensão do local. Que um entrou pela frente e, nesse momento, um elemento gritou avisando da entrada da viatura, porém ele não percebeu a aproximação da segunda viatura; com isso, foi feita a abordagem, onde foi possível encontrar a droga e com isso a confirmação por parte do acusado de que estaria traficando. Que foi encaminhado à delegacia. Que foram ao local em razão da informação de tráfico de drogas. Que o elemento abordado não foi encontrado no local da denúncia, mas dentro da comunidade. Que esse grito é para avisar aos traficantes que tem policiais no local, facilitando a fuga deles. Que em posse dele foram encontrados 22 "sacolés" já prontos para venda, com valor, inscrição da facção Comando Vermelho e desenho que mostrava que a droga pertencia ao "Gorilão". Que não conhecia o acusado, porém, após a abordagem, ele mesmo confirmou que teria sido preso, na semana anterior, naquele mesmo local e pelo mesmo fato. Que integrava o Patamo 2. Que não visualizou, naquele momento, nenhum ato de comercialização. Que realizou a abordagem junto com o colega. Que já utilizavam câmera corporal. Que não se recorda do valor apreendido. Que tudo*

que foi apreendido foi apresentado em delegacia. Que o local onde ele foi abordado, apesar de também ser local de tráfico, não era o informado na denúncia, até por isso a primeira viatura passou direto. Que a abordagem só aconteceu porque ele estava gritando." (depoimento audiovisual – transcrição sentença).

O policial militar Leandro Pontes de Paula declarou que "*participou da ocorrência; Que estavam entrando na Quinta Lebrão para verificar denuncia de tráfico; Que, após a entrada da primeira viatura, o acusado gritou "Piou" que é a gíria usada para avisar aos traficantes da entrada da polícia no local, porém o mesmo não percebeu que havia outra viatura entrando, o que permitiu a sua abordagem; Que foram encontradas as drogas dentro da roupa e o acusado confirmou que estava traficando e gritou para avisar da entrada da polícia na Comunidade; Que foi encaminhado à delegacia. Que foram ao local por denúncia específica de tráfico na comunidade; Que ouviu o acusado gritando para avisar aos demais traficantes; Que dentro da roupa foi encontrada uma quantidade de drogas já pronta para venda, inscrição do Comando Vermelho e Homem de Ferro, que indica a Comunidade; Que não conhecia o acusado, apenas soube que ele havia sido preso na semana anterior pelo mesmo crime. Que fazia parte da 2ª viatura que entrou no local; Que efetuou a abordagem; Que na hora não foi possível visualizar nenhum ato de comercialização; Que a revista foi realizada na hora da abordagem; Que não se recorda se foi encontrado algum outro material; Que o local da abordagem não era o mesmo da denúncia."* (depoimento audiovisual – transcrição sentença).

Os depoimentos prestados pelos policiais em juízo, foram realizados conforme se observa dos autos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, assim, é prova idônea para embasar o decreto condenatório, eis que não invalidada por fato concreto.

A tentativa de desacreditar os depoimentos dos policiais não procede, eis que os mesmos devem ser avaliados no contexto probatório em que inseridos, mas sem prevenção ou preconceito em razão de seus ofícios. Até porque conhecem as consequências do calar ou falsear a

verdade. Ademais, seus depoimentos são seguros e se harmonizam com as demais provas carreadas aos autos.

Neste sentido

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO É MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESTABILIDADE DA PROVA. PRECEDENTES. COTEJO COM AS DEMAIS PROVAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS ROBUSTAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No presente caso, verifica-se que o Tribunal de origem, considerou "a dinâmica dos fatos, o depoimento dos policiais em sede administrativa e posteriormente em juízo, junto às demais provas acostadas nos autos" como "suficientes para demonstrar a autoria e materialidade necessárias para fundamentar a sentença penal condenatória" (e-STJ fl. 553), sendo inviável, assim, entender de modo diverso, dada a necessidade de reexame de elementos fático-probatórios, providência vedada em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ. 2. Ainda que inexistisse tal óbice, a pretensão defensiva não prosperaria, porquanto, conforme asseverado pela Corte local, a prática do delito pelo recorrente foi devidamente comprovada por elementos de prova colhidos na fase investigativa, e corroborados pela prova testemunhal, durante a instrução processual. 3. Ademais, é entendimento desta Corte que a condenação baseada no cotejo dos depoimentos de policiais com as demais provas materiais é válida e somente deve ser desconstituída quando a defesa apontar vícios capazes de*

invalidar a prova testemunhal. Precedentes. 4. Por fim, com relação a alegação de inexistência de prova da traficância, com pedido subsidiário de desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas, também não assiste razão à defesa. Primeiro, porque as instâncias anteriores concluíram que o conjunto probatório evidenciou a ocorrência do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como que a droga era destinada à venda, dadas as circunstâncias, e desconstituir tal conclusão demandaria uma reanálise das provas do processo, inviável em sede de recurso especial. Segundo, porque foram apreendidos 35,40g de cocaína, quantidade bastante relevante, que estavam acondicionados em "sacolés". Terceiro, porque para a configuração do tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 basta que o agente pratique qualquer dos verbos ali descritos, não precisando ficar comprovada necessariamente a mercancia da substância. Ou seja, ainda que não estivesse demonstrado o destino comercial da droga, a tipificação pelo art. 33 poderia, por exemplo, ocorrer pelo fato de "trazer consigo" ou "ter em depósito". Precedentes. 5. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 2703590/RJ – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2024/0278402-2– Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma – Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – Julgamento: 17/12/2024).

"PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS IDÔNEOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. I. CASO EM EXAME 1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, em que o agravante foi condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 dias-

multa. O agravante pleiteia a desclassificação da conduta para o delito de porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas). II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste em determinar se é possível a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de porte de drogas para consumo pessoal, conforme previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, e se há possibilidade de reexame dos fatos e provas para essa finalidade. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. O Tribunal de origem baseou a condenação do agravante em elementos probatórios idôneos, incluindo depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante e a apreensão de drogas, dinheiro e um radiocomunicador, os quais indicam claramente a prática do crime de tráfico. A versão do réu de que as drogas eram para consumo próprio foi considerada inconsistente frente às provas reunidas. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelece que os depoimentos de policiais são válidos como meio de prova, desde que coerentes e colhidos sob o crivo do contraditório. Ademais, para a desclassificação do crime de tráfico para consumo pessoal, é necessário avaliar as circunstâncias da apreensão, a quantidade e a natureza da droga, bem como o local dos fatos, conforme art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006. 5. A análise do caso exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância recursal, conforme Súmula n. 7 do STJ. A decisão do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, aplicando-se a Súmula n. 83 do STJ. IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (AREsp 2586224/SP Agravo em Recurso Especial 2024/0079592-5 – Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma – Ministra Daniela Teixeira – Julgamento: 03/12/2024).

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Renato Marcão, em seu "Curso de Processo Penal, 3ª Edição Revista e Ampliada, Editora Saraiva, 2017, página 553, diz o seguinte acerca do tema:

> *"Não havendo comprovação do ânimo de incriminar o acusado, é perfeitamente válido o acréscimo oriundo da prova resultante de depoimentos prestados por agentes policiais. Há presunção juris tantum de que agem escorreitamente no exercício de suas funções."*

Ressalte-se que os policiais não se enquadram como testemunhos de ouvir-dizer, pois participaram da operação policial que resultou na prisão em flagrante do apelante. Assim, são testemunhas oculares dos fatos.

Por seu turno, o apelante Bruno da Costa Vergette dos Santos afirmou que *"os fatos narrados não são verdadeiros; Que mora em Vargem Grande; Que estava voltando do serviço e parou na Quinta Lebrão "por volta de 8 e pouca da manhã" para comprar drogas; Que foi abordado e acusado de ter gritado, que alega não ter sido ele quem gritou; Que a droga encontrada era pra uso pessoal dele e de um amigo; Que o caminhão de verdura o deixou no local."* (depoimento audiovisual – transcrição sentença).

Contudo, a versão sustentada pelo apelante não encontra não encontra qualquer respaldo no conjunto probatório.

Cabe ressaltar que o fato de eventualmente os réus também serem usuários de drogas, não permite que eles tenham um álibi permanente que possa levá-los a um juízo para configuração do crime previsto no art. 28 da Lei 11343/06.

O fato de ser o réu usuário, não o impede de ser também traficante.

Nesta perspectiva:

"CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.- ABSOLVIÇÃO.FRAGILIDADE PROBATÓRIA.- DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO.- APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA Lei nº 11.343/2006.- Ao contrário do que alega a defesa, os depoimentos dos policiais militares ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, conduzem à certeza de que o material entorpecente apreendido com o réu, seria utilizado no nefando comércio ilícito de drogas, o que impossibilita o acolhimento da tese defensiva de insuficiência de prova.- Os depoimentos de militares devem ser cridos quando coerentes e harmônicos e não contrariados por outras provas produzidas.- Irrelevante para a configuração do delito de tráfico que o agente não tenha sido surpreendido comercializando a droga, pois a conduta que lhe é imputada é de ter em depósito ou guardar drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não sendo exigido, na hipótese, o dolo específico, vale dizer, a consumação do ilícito de tráfico de drogas não exige qualquer resultado, como a venda ou a efetiva entrega da coisa, bastando a simples posse da droga.- ***A circunstância de ser o apelante usuário de substância entorpecente, por si só, não afasta a imputação de tráfico, pois não é incomum o envolvimento deste com o tráfico para manutenção do próprio vício.- Não merecendo, portanto, prosperar o pleito defensivo de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso de substância entorpecente.-*** *O pleito de aplicação da fração máxima de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº. 11.343/06, não merece acolhimento, pois a redução da pena em 1/5 (um quinto) encontra-se plenamente justificada pela quantidade de droga apreendida em poder do apelante, ou seja, 6,1g (seis gramas e um decigrama), de cocaína, pela atuação do réu em sua atividade criminosa, em que trazia entorpecente de um município para outro.- De se frisar que, a natureza da*

substância entorpecente apreendida (cocaína), de alto poder viciante, também não recomenda a redução máxima.- Improvimento do recurso defensivo. (Apelação 0036147-11.2011.8.19.0042 – Oitava Câmara Criminal – Des. Valmir Ribeiro – Julgamento: 24/10/2012) (Grifo nosso)

APELAÇÃO. Artigo 33, §1º, III, da Lei 11.343/06. Condenação. Recurso do Ministério Público. Agravamento do regime prisional, com adoção do fechado. Exclusão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Recurso defensivo. Absolvição. Desclassificação para o crime de uso próprio. Agente preso em flagrante quando mantinha em depósito, em sua residência, 7,10 gramas de cannabis sativa l., acondicionados em 3 embrulhos plásticos, conhecidos como trouxinhas, e 0,18 gramas de cloridrato de cocaína, na forma de crack. Não há amparo à pretendida absolvição ou desclassificação do crime de tráfico ilícito de drogas para o de uso, diante a segura prova produzida, especialmente as declarações do ora segundo apelante, que admitiu a posse da maconha, alegando seria para seu consumo, bem como a venda de droga a um adolescente, o que não se justificava, mesmo diante a insistência deste, e sua não intenção de auferir lucro, circunstâncias, no entanto, que não descaracterizam a traficância. Merece relevo o fato de que, suas declarações se revelaram contraditórias, já que não soube explicar como um adolescente, que sequer conhecia, foi até sua casa pretendendo comprar parte da droga que mantinha em depósito, ***devendo-se ressaltar, ainda, que a condição de usuário de drogas, admitindo-se que fosse verdadeira, não afastaria a possibilidade de comercializá-la****. A seu turno, considerando a pequena quantidade de drogas apreendidas, e o fato de tratar-se de réu tecnicamente primário, porquanto ostenta uma única condenação datada de 23/12/1969, sem informação quanto ao trânsito em julgado, não havendo*

> *circunstâncias desfavoráveis, mantêm-se a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Por outro lado, sendo o tráfico ilícito de drogas considerado crime equiparado a hediondo, impõe-se o regime prisional fechado, independentemente das penas fixadas, a teor do disposto no inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição da República, e do §1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90. Primeiro recurso parcialmente provido. Segundo apelo desprovido. (Apelação 0001036-64.2008.8.19.0011 – Segunda Câmara Criminal – Des. Kátia Jangutta – Julgamento: 09/10/2012) (Grifo nosso)*

O fato do apelante ter gritado para avisar os traficantes sobre a presença dos policiais, comprova que Bruno não estava no local dos fatos na condição de usuário de drogas, mas sim traficando o entorpecente apreendido.

Noutro giro, os policiais foram firmes e coerentes em afirmar que receberam informações sobre a ocorrência de tráfico de drogas na Quinta Lebrão, sendo que, quando chegaram ao local, o apelante gritou avisando sobre a chegada dos policiais. Contudo, o apelante não percebeu a aproximação de outra viatura policial. Efetuada a abordagem, foi encontrado na roupa do apelante 22 papelotes de cocaína.

Neste cenário, as circunstâncias da prisão, a apreensão de 17 gramas de cocaína, acondicionado em 22 sacolés, sendo que 16 embalagens continha a inscrição "CV CPX DA QL - TROPA DO HOMEM PO - R$ (10,00) e a imagem do "Homem de Ferro", enquanto as outras 06 embalagens contendo a inscrição “CV CPX DA QL - TROPA DO HOMEM PO - R$ (30,00) e a imagem do herói "Homem de Ferro", em local conhecido como ponto de venda de drogas, dominado pela facção criminosa Comando Vermelho, somado aos depoimentos firmes e coerentes dos policiais, não deixam qualquer tipo de dúvidas de que Bruno da Costa Vergette dos Santos trazia consigo, para fins de tráfico, o entorpecente apreendido.

Ressalte-se que não procede a alegação defensiva da Teoria da Perda da Chance Probatória, pela ausência da gravação da ocorrência.

Sustenta que, existindo meios de provas que poderiam trazer certeza sobre o que realmente aconteceu e estes não foram juntados aos autos, perde-se a oportunidade de provar os fatos alegados na denúncia.

Não obstante a alegação, ficou evidenciado que a defesa não se desincumbiu de comprovar o que alegou em sede recursal, ônus que lhe cabia.

Tampouco há se falar em perda da chance probatória pelo membro do Ministério Público, o qual, por sua vez logrou êxito em demonstrar a prática do crime de tráfico de drogas tal como descrito na denúncia, razão pela qual resulta mantida a condenação do apelante.

Note-se que o uso de câmeras corporais tem como principal objetivo garantir a transparência das operações policiais. A falta do registro de imagens, no entanto, não compromete a validade da prova produzida nos autos, sobretudo diante da ausência de elementos que retirem a presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais que prenderam o réu em flagrante delito.

Ademais, foram observados todos os preceitos legais e constitucionais na produção da prova, sendo observada a cadeia de custódia quanto à apreensão das drogas e do rádio comunicador, tudo conforme autos de apreensão e laudos anexados aos autos.

Por fim, registre-se que não se pode arguir a referida teoria sem apreciar as circunstâncias do caso concreto, pois estamos diante de figura importada do Direito Estrangeiro que deve levar em conta a realidade brasileira, bem como o nosso ordenamento jurídico, devendo o assunto ser interpretado segundo a CRFB/88 e as opções políticas acerca do tema.

Constata-se, dessa forma, que o conjunto probatório foi produzido com absoluto respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal. O artigo 155 do Código de Processo Penal preconiza o sistema do livre convencimento motivado, o que significa dizer que o julgador pode formar o seu convencimento por meio de qualquer prova existente nos autos, desde que legítima, adequada e lícita para comprovar a verdade dos fatos, em decisão substancialmente fundamentada, como ocorreu no presente caso.

Destarte, incabível o pleito de absolvição ou de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11343/06, uma vez que as provas carreadas são suficientes para embasar decreto condenatório nos moldes da sentença.

Subsidiariamente, a defesa técnica requer o reconhecimento da atenuante confissão.

Quando a confissão, mesmo que informal, for utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, autoriza a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “d” do Código Penal.

Neste Sentido:

Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça.

“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE A TÍTULO DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. SÚMULA 545/STJ. MANIFESTAÇÃO VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. DUPLA

REINCIDÊNCIA DO RÉU. COMPENSAÇÃO PARCIAL NA SEGUNDA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Hipótese na qual o acórdão fixou a pena-base acima do mínimo legal a título de circunstâncias do crime, sem que tenha sido declinado elemento concreto da conduta a demonstrar a sua maior gravidade e, por consectário, a necessidade de resposta penal mais severa, baseando-se, exclusivamente, no emprego de simulacro de arma de fogo na senda criminosa. Por certo, conforme o reconhecido na manifestação ministerial, a simulação de arma de fogo foi valorada para a tipificação da conduta como crime de roubo, caracterizando a elementar da grave ameaça, não podendo ser, pois, novamente utilizada para exasperar a pena-base, tendo o acórdão ora impugnado incorrido em indevido bis in idem. Precedente. 3. ***Nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. 4. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". 5. O concurso entre circunstância agravante e***

atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. 6. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. 7. Considerando serem duas as condenações transitadas em julgado valoradas pelo acórdão e reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, um dos títulos condenatórios deve ser compensado com a aludida atenuante, remanescendo um deles a justificar a exasperação da pena, sendo cabível, pois, o incremento na fração de 1/6. *8. Reduzida a pena-base ao mínimo legal, ou seja, a 4 anos, fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) sobre o intervalo da pena in abstrato do crime de roubo (6 anos), porquanto superior à pena-base fixada, deve a pena ser exasperada em 12 (doze) meses, o que corresponde a 5 (cinco) anos de reclusão, ficando mantida a pena pecuniária imposta, por ser ela benéfica ao réu. 9. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 5*

> *(cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, permanecendo inalterado, no mais, o teor do acórdão ora hostilizado.* (HC 374363/SP Habeas Corpus 2016/0267272-3 – Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma – Ministro Ribeiro Dantas – Julgamento: 01/03/2018)

Contudo, deixo de reduzir a reprimenda, considerando que a pena já encontra no mínimo legal, não podendo ficar abaixo desse patamar nessa fase da dosimetria, consoante o entendimento consolidado na súmula 231 do STJ:

> *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."*

Prosseguindo, na terceira fase da dosimetria, o Ministério Público pugnou pelo afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11343/06.

Não merece melhor sorte, pois entendo que se encontram, presentes os requisitos necessários para a aplicação da referida causa de diminuição da pena, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e que o agente não integre organização criminosa.

Seguindo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, o fato do réu ser conhecido dos policiais e de existir ações penais em curso não podem fundamentar o afastamento da aplicação da causa de diminuição de pena prevista nº § 4º, do art. 33, da Lei11343/06:

> *"Na espécie, verifico a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de concessão da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e na afirmação de que a paciente era conhecido no meio policial. Ora, se nos termos da Jurisprudência desta Corte, nem mesmo ações penais em curso podem embasar o afastamento da benesse referenciada, quiçá a afirmação genérica de que ele seria*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

conhecido dos policiais." (Habeas Corpus nº 889063-SP – Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma – Ministro Antônio Saldanha Palheiro – Julgamento: 09/02/2024)

Quanto a fração aplicada, correta a redução da reprimenda em 2/3, considerando a quantidade de entorpecente apreendido.

Prosseguindo, considerando o quantum de pena aplicado, correta a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, quanto ao prequestionamento formulado pela defesa, não se vislumbra ofensa a dispositivos de leis ou à norma constitucional.

Por tais razões, **voto pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos defensivo e do Ministério Público,** na forma da fundamentação retro.

DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO
Relatora