



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000276971

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503057-47.2024.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante WELLINGTON DA SILVA DIAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso para reduzir a pena-base e compensar a reincidência com a atenuante da confissão, ficando a pena em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), ALEXANDRE ALMEIDA E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 24 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16157

Apelação Criminal nº 1503057-47.2024.8.26.0248

Comarca: 2ª Vara Criminal de Indaiatuba

Juíza de Direito: doutora Daniela Faria Romano

Apelante: Wellington da Silva Dias

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Wellington foi condenado a oito anos de reclusão em regime fechado e 800 dias-multa por tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Em 7.10.2024, em Indaiatuba, SP, foi flagrado com 26 porções de cocaína e 14 de maconha. Guardas civis o abordaram após tentativa de fuga. Ele confessou o tráfico.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste na possibilidade de atenuação da pena devido à confissão espontânea do apelante e na compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e autoria do delito são incontroversas e foram comprovadas por diversos documentos e depoimentos, inclusive pela confissão.

4. A pena-base pode ser reduzida, pois a condenação anterior por porte de drogas não é apta a configurar maus antecedentes. A compensação entre a reincidência e a confissão espontânea é possível, pois apenas uma condenação foi utilizada para caracterizar a agravante.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido para reduzir a pena-base e realizar a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, fixando a pena em cinco anos e dez meses de reclusão e 583 dias-multa.

Tese de julgamento: 1. A compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea é possível quando apenas uma condenação caracteriza a agravante. 2. A condenação anterior por porte de drogas

não é apta a configurar maus antecedentes ou reincidência.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33

Código Penal, art. 33, § 2º, alínea "b"

Código de Processo Penal, art. 301, 302, 303

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 471.229/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 19.2.2019; STF, RE 1281774 AgR-ED/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 10.5.2022; STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.9.2023

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 104/105

O apelante, Wellington, foi condenado à pena de oito (8) anos reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de oitocentos (800) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, em **7.10.2024**, por volta de **10h39**, na Rua José Carlos Wolf, nº 1130, Jardim Tancredo Neves, em Indaiatuba, SP, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 26 porções de cocaína (14,6 gramas) e 14 porções de "maconha" (14,3 gramas). Guardas civis realizavam patrulhamento pelo local, conhecido ponto de tráfico de drogas, quando avistaram o apelante carregando uma sacola branca. Ao perceber a aproximação dos guardas, ele tentou fugir, escondendo a sacola. Abordado, em seu poder foi localizada uma porção de cocaína e outra de "maconha". Localizada a sacola, os agentes constataram que no seu interior havia outras 25 porções de cocaína e 13 de "maconha". Em sede policial, o apelante, foragido da Justiça, confessou a prática do tráfico.

Nas razões de apelação oferecidas pela nobre Defesa, requereu-se a atenuação da pena em razão da confissão espontânea (fls. 114/116).

Contrarrazões a fls. 123/125, para manutenção da r. sentença.

Houve trânsito em julgado para o Ministério Público, em 9.1.2025 (fls. 109).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 133/135).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual no SAJ, estando disponível a fls. 106.

II – Fundamentação

O recurso pode ser acolhido, respeitando o entendimento da culta Magistrada, doutora Daniela Faria Romano.

A *materialidade delitiva* e a *autoria*, além de incontroversas, foram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante de fls. 2/5, boletim de ocorrência de fls. 7/10, auto de exibição e apreensão de fls. 11, auto de constatação preliminar de fls. 31/34, fotografia de fls. 28, laudo de exame químico toxicológico de fls. 64/66, bem como pela prova produzida em Juízo, "maconha" e cocaína foram apreendidas.

No distrito, o apelante confessou a realização do tráfico. Estava morando na rua e passando por dificuldades. É da venda de drogas que obtém seu sustento (fls. 5).

De igual forma, em seu interrogatório judicial, **admitiu a prática da atividade proscrita**. Cumpria pena por outro tráfico e estava foragido do sistema prisional, após ter sido beneficiado com a saída temporária. Não estava

trabalhando. Estava comercializando drogas para sustentar o seu vício.

E a confissão clara e direta que o apelante externou nas duas fases está em sintonia com o restante da prova oral colhida em contraditório.

Edinaldo, guarda civil municipal, narrou que, durante patrulhamento preventivo no local dos fatos, conhecido como ponto de venda e consumo de entorpecentes. **Ao notar a presença dos guardas, o apelante dispensou uma sacola plástica que trazia consigo. Realizada a abordagem, localizaram em sua posse uma porção de "maconha" e uma porção de cocaína. Recuperaram a embalagem que ele havia dispensado e constataram que ela continha as demais porções de cocaína e "maconha", embaladas da mesma forma que as porções que o apelante tinha em sua posse.** Indagado, o apelante admitiu a realização do comércio proscrito. Verificaram que ele constava como foragido da justiça.

Heder, guarda civil municipal, depôs no mesmo sentido, confirmando a dinâmica dos fatos tal como narrada na inicial acusatória.

Como se viu, os guardas civis municipais, em depoimentos coesos e uníssonos, incriminam o recorrente, inexistindo razão para rechaçar suas narrativas, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Eles são funcionários públicos, cumpridores de seus deveres, dentre eles, o de coibir o avanço da prática delitiva. Seria um contrassenso constituir um corpo de servidores para tal tarefa, similar àquela de policiais militares e policiais civis e, depois, quando depusessem mais tarde, duvidar de suas palavras.

Mais que isso, os guardas civis municipais são agentes de segurança pública, agem em nome do Estado e, conseqüentemente, suas ações, num sentido

lato, têm legitimidade, até prova em sentido contrário, o que inocorreu na espécie.

E não há ilegalidade na prisão efetuada pelos guardas municipais, pois, embora não tenham atribuição de polícia ostensiva, podem intervir no crime em flagrante. O guarda civil municipal pode realizar a atividade e assim o faz para auxiliar as polícias militar e civil, tal o incremento da criminalidade. Até mesmo alguém do povo pode realizar a prisão em flagrante.

Já se decidiu: "4. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)" (**HC 525772/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 17.10.2019 – DJe 24.10.2019).

O guarda civil municipal pode realizar a atividade e assim o faz para auxiliar as polícias militar e civil, tal o incremento da criminalidade. Até mesmo alguém do povo pode realizar a prisão em flagrante (o tráfico é um crime permanente, logo, sempre há a flagrância, art. 303 do Código de Processo Penal).

"2. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)" (**HC 518097/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 1.10.2019 – DJe 7.10.2019).

No mesmo sentido: **RHC 94061/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 19.4.2018 – DJe 30.4.2018; **AgRg no AREsp 771369/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - J. 28.11.2017 – DJe 4.12.2017 e **HC 344085/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 30.6.2016 - DJe 1.8.2016, para exemplificar.

Recentemente, houve decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, ou seja, que não haveria possibilidade da ação desses servidores numa prisão em flagrante. Reforçou-se o que estabelece a Constituição Federal de 1988, ou seja, que afirma que os guardas municipais metropolitanos devem se limitar à proteção de bens, serviços e prédios públicos. Segundo o Min. Relator da ação seria caótico autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo (**REsp 1977119/SP** - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Rogério Schietti - J. 16.8.2022 - DJe 23.8.2022).

No entanto, no **RE 1281774 AgR-ED/SP - São Paulo**, Emb. Dec. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário, o Min. do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, deu provimento ao inconformismo para reconhecer a "legalidade da prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais", pois as Guardas Municipais são previstas na Constituição Federal (art. 144), no Capítulo III, Título V (Da segurança pública) e, portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, em especial de bens, serviços e instalações dos Municípios, elas desenvolvem atividade de segurança pública, essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF), como se depreende do elenco de suas atribuições constante da Lei nº 13.022/2014 (Julg. 10.5.2022 - Publ. 11.5.2022), ou seja, predominantemente os guardas metropolitanos cuidam dos bens, serviços e instalações dos Municípios, não exclusivamente, teriam

atribuição, pois, **para outras atividades para assegurar a ordem pública e a paz social, impedindo o avanço da criminalidade, que afetaria a segurança de todos.**

Por fim, no dia **25.9.2023**, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADPF 995**, decidiu que a Guarda Municipal exerce função de segurança pública, ainda que não elencada expressamente no art. 144 da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro Relator Sua Excelência Alexandre de Moraes: *"As guardas municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio"*. **Com isso, ficou pacificado que os guardas municipais podem exercer atividades de policiamento nas vias públicas e efetuar prisões em flagrante.**

Aliás, para legitimar ainda mais a ação dos guardas municipais, foi promulgada e está em vigor o Decreto n° 11.841, de 21.12.2023, que regulamenta a Lei n° 13.022, de 8.8.2014, que dispõe sobre a cooperação das guardas municipais com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Leia-se:

"Art. 3º As ações das guardas municipais a que se refere o art. 2º serão realizadas de forma integrada com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal e terão como princípios: I - a garantia do respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição; II - a contribuição para a paz social, a prevenção e a pacificação de conflitos; e III - a garantia do atendimento de ocorrências emergenciais. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se ocorrência emergencial aquela cujas características exijam a atuação célere e

imediate dos órgãos de segurança pública e configurem grave dano ou risco de dano à vida e à segurança das pessoas e do patrimônio. § 2º As guardas municipais, no atendimento das ocorrências emergenciais, realizarão os procedimentos preliminares iniciais, acionarão os órgãos de segurança pública cuja atuação seja necessária e prestarão apoio para a continuidade do atendimento.

(...)

Art. 5º Na hipótese de ocorrências que configurem ilícito penal, as guardas municipais poderão: I - realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, na forma prevista nos art. 301 e art. 302 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; II - apresentar o preso e a correspondente notificação circunstanciada da ocorrência à polícia judiciária competente para a apuração do delito; e III - contribuir para a preservação do local do crime, quando possível e sempre que necessário".

E não há retroação de lei menos benéfica, porque a Lei nº 13.202/2014, já estava em vigor desde 8.8.2014, publicação no DOU do referido diploma legal, sendo apenas explicitada, o que já vinha sendo aceito por parcela da jurisprudência, a respeito da incumbência dos guardas municipais (Art. 2º. Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal).

Não se verifica que os integrantes da Guarda Civil Municipal tenham desviado de suas atribuições. Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Diante desse cenário, não há dúvida quanto à responsabilidade criminal do apelante pela realização do delito de tráfico ilícito de

entorpecentes, tanto que não houve insurgência quanto ao mérito.

As porções ilícitas que ele trazia consigo estavam embaladas individualmente, prontas para a entrega ao consumo de terceiros e a quantidade não era desprezível (26 porções de cocaína e 14 porções de "maconha").

Os insuspeitos depoimentos dos guardas civis municipais e as circunstâncias da prisão – realizada após atitude suspeita do apelante ante a presença da viatura, em local conhecido pela reiterada ocorrência do comércio proscrito – não deixam dúvida quanto à dinâmica dos fatos e a destinação mercantil do material ilícito apreendido, aliás por ele admitida desde o início.

Cumprе notar que, para a caracterização do delito de tráfico, **não se exige a comprovação dos atos de comércio**. É que o artigo 33 da Lei de Drogas possui múltiplo conteúdo, de maneira que basta a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo penal para a sua configuração, como ocorreu no caso presente (RJ TJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* - 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

A dosimetria, no entanto, exige ajuste.

Na **primeira fase**, observa-se que o apelante ostenta maus antecedentes (tráfico, processo nº 001414-80.2018.8.26.0526 – fls. 36/37), sendo suficiente a elevação da pena-base em 1/6, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Isso porque a condenação por porte de drogas não caracteriza os maus antecedentes ou a reincidência (processo nº 0004735-89.2019.8.26.0526 – fls. 37).
"1. O prévio apenamento do agente pela conduta de porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas) não constitui causa geradora de reincidência.

Precedentes. 2. Uma vez que a acusada registra, em sua folha de antecedentes penais, apenas uma condenação anterior relativa à prática da conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas, deve ser afastada a agravante da reincidência.” (**AgRg no REsp 1832209/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – J. 30.6.2020 – Dje 4.8.2020); “1. Conforme o entendimento firmado pela Sexta Turma no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, argumento que também se aplica para os maus antecedentes.” (**AgRg no HC 552355/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 10.3.2020 – Dje 16.2020) e “2. Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que "em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018). Outrossim, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.” (**REsp 1795962/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 10.3.2020 – Dje 26.3.2020). Recentemente, o Supremo Tribunal Federal também acolheu esse entendimento, no **ROHC nº 178512/SP** - 2ª T. - Rel. Min. Edson Fachin - J. 22.3.2022. Na sessão, o Ministro Relator reafirmou entendimento de que é desproporcional considerar a condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e afastar o redutor por tráfico privilegiado (quando o réu é primário,

de bons antecedentes e não integra organização criminosa). Ele lembrou, ainda, que a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 está sendo questionada no RE 635659, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 506). Os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski acompanharam-no. Dissentiram os Mins. Nunes Marques e André Mendonça, por afirmarem que o porte de droga para uso pessoal mantém a natureza de crime, apesar de a lei não prever pena privativa da liberdade.

Na **segunda fase**, a pena remanesce no patamar anterior, podendo a **reincidência** (específica, processo nº 1502433-76.2020.8.26.0526, fls. 38) ser **compensada integralmente** com a atenuante da **confissão espontânea**, pois apenas uma condenação está sendo utilizada para a caracterização da agravante.

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

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o art. 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência, *in verbis*: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a

agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (*Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP*, paradigmas do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na terceira fase, pelos maus antecedentes e a reincidência - em crimes de mesma natureza, inclusive - não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, porque evidenciam o envolvimento do apelante com a criminalidade, emergindo incontestemente que não era principiante na atividade proscribida, fazia do comércio ilícito seu meio de vida. Nesse sentido: (...) *reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes (STJ - Habeas Corpus nº 427.620/SP - T5 – Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 – DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) “A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes” (STJ - AgRg no HC 468.578/MG - T5 – Quinta Turma - Relª. Minª. Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).*

A presença de maus antecedentes também impede a aplicação do redutor (*AgRg no HC 547176/SP – T6 – Sexta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 17.12.2019 – DJe em 4.2.2020; AgRG no HC 526085/SP –*

T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. em 3.12.2019 – DJe em 16.12.2019; *HC 4780001/SP* – T5 - Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. em 5.2.2019 – DJe em 14.2.2019 e *AgRg no HC 530668/ES* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 19.11.2019 – DJe em 3.12.2019 – nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

Assim, as penas totalizaram cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira do apelante.

O regime, sequer impugnado, está correto, inicial fechado.

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

Não há violação de dispositivo legal, art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini.

10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

O apelante possui duas condenações definitivas anteriores por tráfico, isto é, tem maus antecedentes e é reincidente específico. As condenações anteriores não foram suficientes para a sua ressocialização, tornou a praticar delito equiparado a hediondo, combatido em escala mundial, pelas consequências danosas que causa à sociedade.

Supremo Tribunal Federal: (...) *o art. 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto) (RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017).*

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

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso.** Sabia das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta.

Ainda, a **gravidade concreta da execução do crime**, pois realizado por quem já foi condenado por tráfico de drogas, deixa-se patente, pois, sua **periculosidade**, sendo prejudicial à sociedade.

A quantidade de drogas, mais uma vez lembrada, não era desprezível, poderia prejudicar vários "consumidores", se efetivamente vendida, o que mostra a sua **periculosidade, personalidade e conduta social desvirtuadas**, com vistas a não respeitar princípios ético-jurídicos importantes, "viver honestamente" e "não

causar lesão a outrem". Dessa maneira, tem ausência ou déficit de bons valores. Sabe-se que é estratégia comum entre os traficantes, trazer consigo poucas porções, com a pretensão de descaracterizar o delito de tráfico ilícito diante de eventual abordagem policial.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247).

Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e

subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**art. 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus* nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (***Habeas Corpus* nº 91360/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime

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

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

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

Exsurge pertinente ressaltar que não existiu ofensa ao enunciado das Súmulas 440, do Superior Tribunal de Justiça, e 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois a fixação do regime inicial decorre das condições pessoais do agente e das circunstâncias do fato concreto e não de mera opinião do Magistrado.

Portanto, o regime de segregação plena para o início da execução foi justificado e era o mais adequado.

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada; previne-se que não a cometa mais e outras infrações penais e, por fim, reintegra-se na sociedade, com arrependimento e assimilação a terapêutica penal. Enfim, individualiza-se a sanção penal e implementa-se seus fins.

Não se pode substituir a pena privativa por restritivas de direitos, pois, a par do montante da pena, dos maus antecedentes e da reincidência

específica, as medidas não se mostram suficientes nem adequadas à reprovação e prevenção do tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo. Trata-se de crime de extrema gravidade que causa intranquilidade e insegurança à população, principalmente às famílias, pelas danosas consequências que traz. Torna seres humanos, usuários e viciados, muitas vezes, aviltados em sua dignidade, desesperados com sua condição e perturbados com o consumo, além de fomentar o cometimento de vários outros crimes. Ainda mais, repise-se, quando se sabe que não se trata de episódio único na vida do apelante.

Por fim, com a nova redação do **art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal**, na **detração**, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém.

III – Conclusão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reduzir a pena-base e compensar a reincidência com a atenuante da confissão, ficando a pena em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença.

Recurso preso, fls. 106. Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mantê-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, o crime é equiparado a hediondo, viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional, sobretudo diante da reiteração criminosa.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.