



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285988

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500558-80.2021.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante/apelado VINICIUS CANDIDA DINIZ, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram a matéria preliminar, negaram provimento ao recurso da Defesa e deram provimento ao recurso Ministerial, para fixar aumentar a pena-base, sem reflexo na pena final de 05 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, e fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena, mantendo, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 25 de março de 2025.

ELY AMIOKA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22.105

Apelação nº 1500558-80.2021.8.26.0544

Comarca: Franco da Rocha – Vara Criminal

Apelantes/Apelados: 1) Ministério Público do Estado de São Paulo

2) Vinicius Candida Diniz

(recurso em liberdade – menoridade relativa)

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo art. 33, caput, c.c, o art. 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, em regime inicial semiaberto.

Recurso Ministerial que busca a majoração da pena-base de modo proporcional ao caso em questão, diante das circunstâncias negativas (maus antecedentes e a natureza lesiva dos entorpecentes), bem como a fixação de regime inicial fechado.

Recurso defensivo do réu que busca, em preliminar, a nulidade das provas, pelo procedimento investigativo ter sido realizado por Guardas Municipais, com a consequente aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. No mérito, requer a absolvição, por fragilidade probatória. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento da causa de aumento de pena, a redução da pena pela aplicação do redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a fixação de regime prisional mais brando, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Preliminar – afastada – alegação de ilegalidade na atuação dos Guardas Municipais. Inocorrência – Crime de tráfico de drogas que, por ser delito permanente, tem a sua consumação protraída no tempo, permitindo a prisão em flagrante a qualquer momento. Neste caso, o estado de flagrância se mostrou aparente, de modo que lícita foi a atuação dos Guardas Municipais, os quais, inclusive, devem zelar pela segurança social. Ademais, qualquer pessoa do povo pode realizar prisões em flagrante (art. 301, do CPP). Entendimento recente do C. STF, no julgamento do RE 1.532.700/PR, de 23.01.2025.

Autoria e materialidade comprovadas – prisão em flagrante – réu que negou as acusações – negativa que não prospera – Guardas Municipais responsáveis pela prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, relataram que, em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas, avistaram o acusado que, ao perceber a presença da viatura, dispensou uma sacola. Lograram abordar o réu e apreenderam a sacola por ele dispensada. No interior da referida sacola, localizaram os entorpecentes apreendidos. O acusado estava na companhia de um adolescente. Asseveraram que o réu fora abordado anteriormente, sempre em ocorrências relacionadas ao

tráfico de drogas – Tráfico de entorpecentes evidenciado pelo conjunto probatório – Condenação que se impõe, restando inviável a desclassificação do delito.

Causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas bem reconhecida – Comprovado envolvimento de adolescente na prática do delito.

Dosimetria – Pena-base ora fixada acima do mínimo legal, nos termos do art. 42, da Lei de Drogas, e em razão dos maus antecedentes, nos termos do recurso Ministerial – condenação por fato anterior, com o trânsito em julgado no curso do processo – Precedentes. Na segunda fase, presença da circunstância atenuante da menoridade relativa, com a consequente redução da pena. Na derradeira etapa, elevação da pena em razão da majorante prevista no art. 40, VI da Lei de Drogas. Não cabimento do redutor de pena, por falta de amparo legal.

Regime inicial fechado fixado nos termos do recurso Ministerial, por ser o mais adequado.

Não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ausência do preenchimento dos requisitos legais.

Preliminar rejeitada.

Recurso da Defesa improvido.

Recurso Ministerial provido, para aumentar a pena-base, sem reflexo na pena final, e fixar o regime inicial fechado.

Mandado de prisão a ser expedido, oportunamente.

Ao relatório da r. sentença¹ de fls. 240/243, prolatada pela MM^a. Juíza de Direito, Dra. Maria Claudia Moutinho Ribeiro, ora adotado, acrescento que ***Vinicius Candida Diniz*** foi condenado à pena de *05 anos e 10 meses de reclusão*, em regime inicial **semiaberto**, mais o pagamento de *583 dias-multa*, no *mínimo legal*, incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

Permitido ao réu o direito de recorrer em liberdade.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação.

Busca, em síntese, a majoração da pena-base de modo proporcional ao caso em

¹ Fls. 248: Sentença publicada aos 15/12/2023.

questão, diante das circunstâncias negativas (maus antecedentes e a natureza lesiva dos entorpecentes), bem como a fixação de regime inicial fechado (fls. 261/269).

Inconformada, apelou a Defesa do acusado. Busca, em preliminar, a nulidade das provas, pelo procedimento investigativo ter sido realizado por Guardas Municipais, com a consequente aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. No mérito, requer a absolvição, por fragilidade probatória. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento da causa de aumento de pena, a redução da pena pela aplicação do redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a fixação de regime prisional mais brando, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 285/310).

Processados os recursos, com contrarrazões (fls. 323/326 – Ministério Público; e fls. 277/284 – réu), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **provimento do recurso Ministerial, e desprovimento do apelo da Defesa** (fls. 339/345).

É o relatório.

Da Preliminar

Da alegada nulidade pelo procedimento investigativo ter sido realizado por Guardas Municipais, com a consequente aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada

A ilustre Defesa sustenta a ilegalidade da apreensão, sob o argumento de que os Guardas Municipais agiram fora de suas atribuições

constitucionais.

Sem razão.

Por primeiro, registra-se recente julgado do C. STF², no RE 1.532.700/PR, acerca do tema, consignando **a legalidade da prisão realizada pela Guarda Civil Municipal.**

Ademais, o crime de tráfico de drogas é um delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo, **permitindo a prisão do agente a qualquer momento.**

Estando em estado de flagrância, o art. 301 do Código de Processo Penal é firme ao prever que **qualquer um do povo** poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. O Guarda Municipal está incluído neste rol.

Neste caso, o estado de flagrância se mostrou aparente, uma vez que o réu se encontrava em atitude suspeita em local conhecido pela traficância.

Ademais, cabe aos Guardas Municipais zelarem pela segurança social, ainda que tal atribuição não esteja inserida dentre as previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal. Neste sentido, é a jurisprudência do C. STJ:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP . ORDEM DENEGADA. 1. **A prisão em flagrante**

² Em 23.01.2025.

efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144 , § 8º , da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquinar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença condenatória. 4. Ordem denegada.” (STJ; Habeas Corpus 129932 SP; Ministro Arnaldo Esteves Lima; Julgamento 15/12/2009; 5ª Turma; DJe 01/02/2010).”

É firme a jurisprudência no sentido de que a Guarda Municipal, a teor do disposto no §8º, do art. 144, da Constituição Federal, tem como tarefa precípua a proteção do patrimônio do município, limitação que não exclui nem retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontra em flagrante delito. A legalidade da abordagem e diligências realizadas pelos guardas municipais é assegurada pela Lei nº 13.022/14, que atribuiu aos guardas municipais o patrulhamento preventivo, bem como o dever de encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração.

Desse modo, não havendo que se falar na atuação ilegal dos Guardas Municipais, a preliminar arguida fica rejeitada, **e passo a apreciar o mérito recursal.**

Do Mérito

Narra a denúncia:

“Consta do inquérito policial que, no dia 27 de

fevereiro de 2021, por volta das 20h52, na Rua Amsterdam, nº 80, Parque Munhoz, Vila Rodrigues, nesta cidade e comarca de Franco da Rocha, **VINICIUS CANDIDA DINIZ**, qualificado a fls. 14, trazia consigo, na companhia de adolescente e com a finalidade de entrega a consumo de terceiras pessoas, 54,62g de tetrahydrocannabinol, droga popularmente conhecida como maconha, acondicionada em 37 porções, e 30,95g de cocaína, acondicionada em 53 papелotes, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 08/09, laudo de constatação preliminar de fls. 21/26 e laudo definitivo de fls. 73/75.

Segundo se apurou, VINICIUS decidiu praticar o tráfico ilícito, tanto que trazia consigo, no interior de uma sacola, as drogas acima descritas, objetivando a entrega ao consumo alheio.

Nessas circunstâncias, guardas civis, em patrulhamento pelo local dos fatos após receberem delação da prática de tráfico ilícito de drogas, divisaram VINICIUS em companhia do adolescente Erick. Diante da aproximação da viatura, o denunciado dispensou a sacola plástica que carregava.

Realizada a abordagem, a sacola dispensada por VINICIUS foi recuperada e dentro dela foram encontradas 37 porções de maconha e 53 de cocaína.

Considerando a diversidade de drogas apreendidas e a forma como estavam embaladas, isto é, em pequenas porções prontas para serem comercializadas, aliadas às circunstâncias da prisão, afigura-se quadro seguro a apontar que os entorpecentes seriam destinados ao consumo alheio.

A conduta do denunciado envolvia o adolescente E.O.J..

Diante do exposto, denuncio VINICIUS CANDIDA DINIZ como incurso no art. 33, “caput”, c.c. art. 40, inc. VI, todos da Lei nº 11.343/06 (...). (fls. 83/84).

Por r. decisão proferida aos 12/03/2021, o MM. Juízo *a quo* rejeitou a denúncia, expedindo-se alvará de soltura em favor do réu (fls. 85/88).

Contra a r. decisão, o D. Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito (fls. 101/111) e, em julgamento realizado por esta C. Câmara Criminal aos 13/08/2021, foi dado provimento ao recurso para **receber a denúncia**, determinando o prosseguimento da ação penal (fls. 146/150).

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 01/02), Boletim de Ocorrência (fls. 10/12), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 08/09), Auto de Constatação Preliminar (fls. 22/26), Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 73/75), em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

A autoria também é certa.

Após prisão em flagrante, ao ser interrogado na fase inquisitiva, o réu **negou a traficância**. Disse que não traficava entorpecentes pelo local, e apenas se deslocava para uma festa no Pq. Pretória, quando foi abordado por Guardas Municipais. Os cães encontraram um saco com entorpecentes na mata, mas que não lhe pertenciam (fls. 06).

Na fase inquisitiva, o adolescente *E.O.J.*, ouvido na presença de seu representante, contou que conhece o acusado, mas não tinha ciência de que ele trazia drogas. Não portava entorpecentes (fls. 05).

Por r. decisão proferida aos 28/02/2021, a prisão em

flagrante foi convertida em preventiva (fls. 54/56).

Interrogado em Juízo, o réu **negou as acusações**. Declarou que estava no local dos fatos, juntamente com um indivíduo que conhecia, somente para comprar entorpecentes. Estava com as drogas no bolso quando foi abordado. Não portava uma sacola plástica. Acredita que os guardas o incriminaram falsamente em razão de abordagens anteriores (mídia digital).

Nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, cabia ao réu provar o quanto alegado, o que não ocorreu.

Ouvido em Juízo, o Guarda Municipal *Wagner Aparecido de Santana* relatou que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido pelo comércio de entorpecentes, e avistaram o réu na posse de uma sacola, na companhia de um menor de idade. Ao perceber a presença dos Guardas, o réu se evadiu e dispensou a sacola, enquanto o adolescente ficou parado. No interior da sacola dispensada pelo réu foram encontrados os entorpecentes. Já havia abordado o réu em ocorrências anteriores, sempre relacionados ao tráfico de drogas. Afirmou que receberam informação via rádio comunicando-os sobre a ocorrência de tráfico de entorpecentes no local dos fatos (mídia digital).

No mesmo sentido foi a versão apresentada pelo Guarda Municipal *Alexsandro Carlos Costa*, confirmando que o réu dispensou uma sacola no chão ao avistar a presença dos guardas. No interior desta sacola foram apreendidos os entorpecentes. Havia um menor de idade na companhia do acusado. O réu já era conhecido de outras abordagens, sempre relacionados ao tráfico de entorpecentes (mídia digital).

Em que pese os esforços da Defesa, o conjunto probatório deixou fora de dúvidas de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas,

conforme a narrativa acusatória, o que afasta a possibilidade de absolvição.

O réu **negou a traficância de drogas**.

Contudo, a negativa apresentada restou isolada.

Os Guardas Municipais responsáveis pela prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, informaram que, em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas, avistaram o acusado que, ao perceber a presença da viatura, dispensou uma sacola. Lograram abordar o réu e apreenderam a sacola por ele dispensada. No interior da referida sacola, localizaram os entorpecentes apreendidos. O acusado estava na companhia de um adolescente. Asseveraram que o réu fora abordado anteriormente, sempre em ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas.

Inquestionável a validade do depoimento prestado por Guardas Municipais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais e Guardas Municipais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não tem qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

“os depoimentos de policiais, devidamente confirmados

em juízo, constituem-se prova idônea à condenação" (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

"VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal [...]" (STF, 1.ª Turma, HC n.º 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96: in DJU 18.10.96).

Não é crível que os Guardas Municipais incriminariam o réu de forma gratuita. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

Diante da prova colhida, não resta dúvida de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas. Tal delito se consuma pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga já consumou a infração.

Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, **não seria necessária prova da mercancia**, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalto o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

Ressalta-se que as drogas encontradas foram analisadas e o resultado foi **positivo para maconha e cocaína** (fls.73/75).

A prisão em flagrante em local conhecido pelo tráfico de drogas, a forma de acondicionamento das drogas, os relatos dos Guardas Municipais, enfim, as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam evidente a prática do tráfico de drogas.

No mais, a alegação de se tratar de mero usuário não possui o condão de afastar a traficância, sendo comum a figura do usuário que vende tóxicos para sustentar seu vício.

Assim, de rigor a manutenção da condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Bem reconhecida, ainda, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, eis que as circunstâncias demonstraram o envolvimento do **adolescente** no delito.

Acerca dessa causa de aumento, leciona Renato Marcão:

“Envolver criança ou adolescente tem o sentido de

atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. É hipótese em que o agente atua em concurso eventual com criança ou adolescente, aliás, prática recorrente no ambiente do tráfico, notadamente em razão da menor capacidade de discernimento e resistência moral daqueles, a proporcionar maiores facilidades na cooptação, e da condição de inimizabilidade a que os mesmos personagens-alvo estão submetidos.

O agente pode visar atingir criança ou adolescente, destinando a droga para consumo ou para que eles pratiquem o comércio espúrio em próprio nome, por conta e risco (fora dos limites do concurso de agentes) (...).” (Renato Marcão, Tóxico, Lei nº11.343, de 23 de agosto de 2006 anotada e interpretada, editora Saraiva, 7ª edição, p.278/279)

Observa-se que o tipo penal determina o aumento da pena pela simples conduta de praticar o delito com uma criança ou adolescente, qualquer que seja.

No caso em tela, os Guardas Municipais foram uníssimos ao relatarem a participação do **adolescente** na prática do delito em questão.

Mantém-se, desse modo, a majorante em questão.

Mantida a condenação tal como proferida na r. sentença, passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, bem como aos do art. 42, da Lei de Drogas, a r. sentença fixou a pena-base no mínimo legal.

Inconformado, o D. Representante do *Parquet* recorreu,

pleiteando a exasperação da pena-base, em razão dos registros de maus antecedentes e da quantidade e natureza dos entorpecentes. Com razão.

De início, verifica-se que o réu, de fato, ostenta condenação por fato anterior, transitada em julgado no curso deste processo, que caracteriza **maus antecedentes**³.

Ressalta-se, com respaldo em jurisprudência do C. STJ, que é possível considerar como maus antecedentes as condenações pela prática de crimes anteriores, **cujo trânsito em julgado tenha se operado no curso do processo.**

Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE CONFIGURADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES COM BASE EM CONDENAÇÃO JÁ ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO E MULTIRREINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS

³ Fls. 220/221: Processo nº 1533648-77.2019.8.26.0050; art. 155, *caput*, do Código Penal; sentença condenatória; trânsito em julgado para o réu aos 15/04/2024;

ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O trancamento da ação penal por falta de justa causa somente é possível quando se constata, prima facie, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. III - É típica a conduta de alterar placa de veículo automotor, mediante a colocação de fita adesiva, conforme ocorreu na espécie dos autos, na qual não se pode dizer que a falsificação foi grosseira. Precedentes.

IV - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado no curso do feito que apura a prática delitiva, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, para exasperação da pena-base. Precedentes.

V - Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

VI - Tratando-se de sentenciado com duas condenações transitadas em julgado, mostra-se possível promover a compensação parcial entre a confissão e a multirreincidência.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 392.220/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 31/10/2017)

Ademais, no caso em tela, foram apreendidas 54,62g de

tetrahidrocannabinol, droga popularmente conhecida como **maconha**, acondicionada em 37 porções, e **30,95g de cocaína**, acondicionada em 53 papelotes.

As substâncias entorpecentes, de dois tipos, encontradas resultariam numa considerável quantidade de drogas a serem comercializadas, capaz de atender inúmeros usuários, o que merece ser observado como circunstância absolutamente desfavorável ao acusado.

Já se decidiu: “No crime de tráfico de drogas, a **quantidade e a variedade (destaca-se a natureza lesiva da cocaína)** do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da lei 6.368/76 (atual Lei n. 11.343/06), que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes” (STJ, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). No mesmo sentido: STJ, HC 84.269-MS, 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u.

Dessa forma, os maus antecedentes e a quantidade e os tipos de drogas apreendidas justificam a exasperação da pena-base, nos termos do recurso Ministerial, o que acolho para fixá-la 1/5 acima do mínimo legal, perfazendo **06 anos de reclusão, e 600 dias-multa.**

Na fase intermediária, presente a circunstância atenuante da menoridade relativa⁴, a pena deve ser reduzida de 1/6, perfazendo **05 anos de reclusão, e 500 dias-multa.**

Na derradeira etapa, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, a pena foi majorada em 1/6,

⁴ Fls. 14: 19 anos;

o que fica mantido, para fixá-la definitivamente em **05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.**

Ausentes os requisitos legais, a r. sentença bem afastou a concessão da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

De fato, é incabível a concessão do redutor de pena neste caso, diante de todas as circunstâncias do caso concreto, indicativas da dedicação às atividades ilícitas. O réu ostenta **maus antecedentes e as circunstâncias do crime indicam a dedicação do réu às atividades criminosas**, sendo certo que os Guardas Municipais asseveraram que o réu fora abordado em ocorrências anteriores, todas relacionadas ao tráfico de drogas. Ademais, não houve comprovação de efetivo exercício de atividades lícitas, obstando, por todas essas razões, a incidência do referido redutor de pena.

Por fim, a r. sentença fixou o regime inicial **semiaberto** ao acusado.

Quanto ao regime prisional, **de rigor a fixação do inicial fechado**, nos termos do recurso Ministerial.

É indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

Confirmam-se recentes entendimentos jurisprudenciais:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. (...) 4. **Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime inicial intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, autoriza a fixação do regime mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial fechado. Precedentes. (...) 6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 905.390/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024) (g.n.)**

“Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Pena-base no mínimo legal. Pena inferior a 8 anos. Quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas. Gravidade concreta do delito. **Regime fechado – art. 42 da Lei n. 11.343/06 e art. 33, § 3º, do Código Penal.** Constrangimento ilegal não evidenciado. Habeas corpus não conhecido. 1. (...) 2. Quanto ao regime fechado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a

obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. In casu, a pena imposta foi inferior a 8 anos e a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi aplicada no patamar mínimo (1/6) em razão da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, qual seja, 59 invólucros plásticos contendo "maconha", com peso líquido de 104,52g, 55 invólucros plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 84,91g e 159 invólucros plásticos contendo cocaína na forma de "crack", com peso líquido de 104,52g. Dessa forma, não evidenciada ilegalidade na fixação do regime fechado, pois, embora a primariedade da paciente e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "b", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, **a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal.** Habeas corpus não conhecido” (STJ – 5ª Turma – HC 313085/SP – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Dj. 21.6.2016 e DJE 28.6.2016). (grifi).

“Conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados: HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 16.08.2012, HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e, por último, HC 283296/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28.05.2014” (TJSP - Apelação Criminal nº 1501038-82.2023.8.26.0481, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Euvaldo Chaib, j. 30.09.2024).

Da mesma forma, conforme decidido no v. acórdão nos autos n. 0037387-81.2012⁵, “a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, **bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006**, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei. Nesse sentido: STJ – HC 272.152/SP – rel. Min. Marilza Maynard – 6ª Turma – J. 10.12.2013. 013. No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza e expressivo número de estupefacientes apreendidos, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS – 6ª T. – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.10.2013; HC 222994/SP – 6ª T. – rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE – j. 24.10.2013; HC 278530/SP – 5ª T. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22.10.2013. Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Código Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico”.

Com efeito, cuida-se de crime hediondo, o que, por si só, impõe a fixação de regime inicial fechado (Lei n. 8.072/90). Ademais, as circunstâncias do caso concreto, conforme já mencionado acima, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue

⁵ TJSP – Relator Amaro Thomé, j. 12.05.2015.

a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Note-se que a própria Lei de Drogas determina que o seu artigo 42 prepondere sobre o artigo 59 do Código Penal, para fins de fixação de regime prisional inicial. E neste caso concreto, a quantidade de drogas, todas as circunstâncias do caso concreto, tudo indica a necessidade de fixação de regime prisional menos brando.

No caso em tela, além dos registros de **maus antecedentes e das circunstâncias denotarem a dedicação do réu às atividades criminosas**, o crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causando problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Incabível, portanto, a fixação de regime mais brando.

Do mesmo modo, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por falta de amparo legal.

O *quantum* da pena imposta (art. 44-I, do CP), as circunstâncias já mencionadas e o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 demonstram a inviabilidade da medida (art. 44-III, do CP).

Ademais, é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que, além da quantidade de pena fixada, se trata de crime equiparado a hediondo.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

“Crime hediondo - Entorpecente - Tráfico - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98, direcionada aos pequenos delitos, oportunizando ao condenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, com a Lei 8.072/90, que visa tratar com maior severidade os apenados por delitos odiosos.” (TJRS) RT 771/688.

“Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617.

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício ou, ainda, do *sursis*, nos termos do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, por meu voto, **rejeito a matéria preliminar, nego provimento** ao recurso da Defesa e dou **provimento ao recurso Ministerial**, para fixar aumentar a pena-base, sem reflexo na pena final de 05 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, e fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena, mantendo, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão.

Ely Amioka

Relatora