



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289120

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501486-84.2024.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante ROBSON KLEBER DE FRANÇA CAMARGO, 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: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito deram parcial provimento ao recurso para fixar a pena-base no mínimo legal, redimensionando a pena para seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. 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, 26 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16176

Apelação Criminal nº 1501486-84.2024.8.26.0363

Comarca: Mogi Mirim

Juiz de Direito: doutora Adriana Barrea

Apelante: Robson Kleber de França Camargo

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Robson foi condenado a sete anos, onze meses e oito dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 793 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigos 33 e 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. A condenação ocorreu devido à prática de tráfico nas proximidades de locais especialmente protegidos, em Mogi Mirim/SP.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em avaliar a legalidade da abordagem realizada por guardas municipais, a suficiência probatória para a condenação, e a possibilidade de desclassificação da conduta e aplicação de benefícios legais.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A abordagem pelos guardas municipais foi considerada legítima, com base no flagrante delito e na jurisprudência que permite tal atuação.

4. A materialidade e autoria delitiva foram comprovadas por depoimentos e provas documentais, não havendo elementos para desclassificação da conduta ou aplicação de tráfico privilegiado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para ajustar a pena-base ao mínimo legal, resultando em seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e 680 dias-multa. Tese de julgamento: 1. A atuação de guardas municipais em flagrante delito é legítima. 2. A causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei de Drogas, aplica-se pela proximidade do crime com locais protegidos.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, arts. 33 e 40, III.

Código de Processo Penal, arts. 301, 303, 387, § 1º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 528.214/PR, T6, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.9.2019.

STJ, RHC 94.061/SP, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.4.2018.

STJ, AgRg no AREsp 771.369/SP, T6, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28.11.2017.

STJ, AgRg no HC 888708/SP, T6, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, j. 5.3.2024.

STJ, AgRg no AREsp 2420144/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 30.11.2023.

STJ, AgRg no HC 815346/SP, T6, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 28.8.2023.

STJ, AgRg no REsp 1789089/RS, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 6.2.2020.

STJ, AgRg no Resp 1845613/SC, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 4.2.2020.

STJ, HC 480887/SP, T5, Rel. Min. Félix Fischer, j. 7.2.2019.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 154/155

O apelante, **Robson**, foi condenado à pena de sete (7) anos, onze (11) meses e oito (8) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de setecentos e noventa e três (793) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, como incurso no **artigo 33, "caput", e artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006** e absolvido da imputação prevista no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 387, inciso VII, do Código de Processo Penal, sem possibilidade de recorrer em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, no dia **11.9.2024**, nas

proximidade de locais especialmente protegidos (laudo pericial de fls. 89/93), na cidade e comarca de Mogi Mirim, **Robson** associou-se a terceiro ainda não identificado para, agindo em concurso de pessoas caracterizado pela divisão de tarefas a atuação conjunta, visando ao fim comum, praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. No dia **11.9.2024**, por volta das **00h20**, na Rua Benedito Penaforte Gonçalves, próximo ao nº 1, Garcez, nas proximidade de locais especialmente protegidos (laudo pericial de fls. 89/93), na cidade e comarca de Mogi Mirim, **Robson** agindo em concurso de pessoas com terceiro ainda não identificado, vendia, expunha à venda, oferecia, tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, droga, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Segundo ficou apurado, o denunciado praticava o odioso tráfico de drogas nas imediações de locais especialmente protegidos. Ocorre que guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina pelos arredores quando foram informados por terceiros que dois indivíduos estariam comercializando drogas no local. Cientes de tal informação, os agentes dirigiram-se para o ponto indicado, já conhecido por ser local de venda de drogas, e avistaram dois homens, tal como noticiado. Ao perceberem a presença da viatura da Guarda Municipal, ambos empreenderam fuga, um em direção à mata e outro, em sentido oposto. Apenas o recorrente foi capturado. Em vistoria pelo local onde o **Robson** e seu comparsa estavam, os guardas encontraram, em na camisa de frio deixada por ele quando da fuga, 2 (dois) tubetes de substância semelhante a cocaína. Ao lado de referida peça de roupa, foi encontrada uma pochete coberta por vegetação e, no seu interior, mais 41 (quarenta e um) tubetes de substância semelhante a cocaína; 16 (dezesseis) porções de crack; e, a quantia de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) em dinheiro. Além disso, os agentes apreenderam um bloco contendo anotações do tráfico (denúncia a fls. 59/61 e aditamento a fls. 96/97).

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa, requereu-se preliminarmente **a)** ilicitude da prova, pois a abordagem e buscas foram

realizadas por guardas civis municipais, que não possuem competência para realizar investigações criminais, além disso, não havia fundada suspeita para a realização das buscas; **b)** absolvição por insuficiência probatória; **c)** desclassificação da conduta para porte de droga para consumo próprio; **d)** afastamento da causa de aumento do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06; **e)** reconhecimento do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06); **f)** substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **g)** concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 178/196).

Contrarrazões a fls. 201/204, para manutenção da respeitável sentença.

Houve trânsito em julgado para a Acusação, em 27.1.2025 (fls. 207).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 220/229).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 165/166.

II – Fundamentação

O recurso em liberdade não é possível.

A douta Magistrada justificou, ainda que de forma sucinta, a manutenção da custódia cautelar do apelante, consignando que *"Em razão da quantidade da pena cominada, o regime inicial do cumprimento da pena deverá ser o FECHADO. Ressalte-se que os delitos de tráfico de entorpecentes são daqueles que contribuem para a desagregação da família e da sociedade, sendo*

responsáveis pela degeneração física e moral do indivíduo, funcionando como delito propagador e incentivador de outros diversos, a justificar fixação de regime de cumprimento de pena mais severo. Vedado ao réu o direito de recorrer em liberdade, porquanto presentes os requisitos para a custódia preventiva, agora reforçados com a decisão condenatória. RECOMENDE-SE ONDE ESTIVER PRESO" (fls. 163).

Com efeito, o artigo art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, estabelece que *"o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta"*.

E o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser desnecessária fundamentação exaustiva para a manutenção da prisão preventiva do condenado, admitindo o mero reconhecimento da permanência dos motivos que justificaram sua decretação inicial, desde que presentes os respectivos pressupostos (art. 312, "caput", do Código de Processo Penal), como ocorreu na hipótese vertente.

"3. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, nos casos em que o Acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente ao entendimento de que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Desse modo, a manutenção da custódia preventiva pela sentença condenatória atende ao comando do art. 312 do Código de Processo Penal." (HC 528.214/PR - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. 19.9.2019 - DJe 1.10.2019).

Na verdade, seria ilógico e contra a sistemática processual penal conceder ao apelante, que já se encontrava preso, a liberdade provisória, sobretudo em decreto condenatório que reconhece sua responsabilidade criminal e quando inexistente qualquer alteração da situação jurídico-fática que ensejou a medida extrema na fase inaugural.

"A necessidade da segregação fica corroborada na hipótese dos autos, em que sobreveio a sentença, tendo o recorrente respondido a toda a ação penal preso, uma vez que a existência de édito condenatório enfraquece sua presunção de não culpabilidade, de modo que se mostra adequada a manutenção da prisão". (STJ - Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 89529/DF - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 23.11.2017).

No mais, sustenta-se a nulidade de todas as provas derivadas da abordagem realizada pelos guardas municipais, sob o argumento de que esses agentes têm atuação restrita à proteção dos bens, serviços e instalações do Município, não possuindo competência para realizar abordagens ou buscas pessoais, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição Federal.

Todavia, não procede o argumento defensivo, porque o recorrente encontrava-se em situação de flagrância, até porque durante patrulhamento de rotina, os guardas municipais receberam denúncias dando conta da traficância realizada pelo apelante e outro indivíduo, não identificado, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas. Os guardas dirigiram-se ao local indicado e visualizaram os dois indivíduos, sendo que, ao notar a aproximação dos agentes públicos, eles empreenderam fuga, sem sentidos opostos, apenas o apelante foi capturado. Realizada buscas pelo local onde eles estavam inicialmente, foram encontradas drogas fracionadas e prontas para a venda, além de certa quantia em espécie e anotações relativas ao tráfico de drogas. Nesse contexto, não

apenas os guardas municipais poderiam, legitimamente, agir como fizeram, como, também, qualquer um do povo, por força dos arts. 301 e 303 do Código de Processo Penal. Embora a função primeira da Guarda Municipal seja a proteção de bens, serviços e instalações do Município, em se tratando de flagrante delito, devem seus agentes atuar em favor da segurança social.

Aliás, esse é o entendimento jurisprudencial pacífico no Superior Tribunal de Justiça:

"1. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes. [...] 5. Recurso ordinário improvido." (**RHC 94.061/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 19.4.2018 – Dje em 30.4.2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. ART. 301 DO CPP. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 301 do CPP, qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, razão pela qual não há falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, conseqüentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido." (**AgRg no AREsp 771.369/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - J. em 28.11.2017 – Dje em 4.12.2017).

Seria "sui generis" avistar um guarda civil municipal constatar a realização de um crime e ele não agir, chamando terceiros, porque não poderia

cumprir a diligência, que deveria ficar a cargo da polícia militar e/ou da polícia civil. Seria um contrassenso impensável.

No mais, recentemente, no julgamento da ADPF 995, aos 25.8.2023, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que os integrantes das guardas podem realizar o policiamento de vias e prisões em flagrante:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da arguição, convolou o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ADPF e, no mérito, julgou procedente a presente ADPF, para, nos termos do artigo 144, § 8º, da CF, conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e ao artigo 9º da 13.675/18 declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que não conheciam da arguição, e os Ministros André Mendonça, Cármen Lúcia e Nunes Marques, que não conheciam da arguição e, vencidos, divergiam do Relator para, no mérito, julgar procedentes, em parte, os pedidos, nos termos de seus votos. Plenário, Sessão Virtual de 18.8.2023 a 25.8.2023".

Aliás, para legitimar ainda mais a ação dos guardas municipais, foi promulgada e está em vigor o **Decreto n º 11.841, de 21.12.2023**, que regulamenta a **Lei nº 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 imediata 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".

Não se pode desconsiderar que o crime é permanente. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a

permanência (art. 303 do Código de Processo Penal). Aqui, antevê-se, a aplicação do art. 5º, inciso I, do Decreto nº 11.841/2023.

A guarda de maconha é delito permanente, conforme o Supremo Tribunal Federal. Em face disso, é possível a prisão em flagrante enquanto não cessar a permanência (RHC 53.659, DAMÁSIO, *Decisões anotados do STF em matéria criminal*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 250). No mesmo sentido RT 527/383, 509/383 e 752/576. Ainda: JTJ 236/321. O tirocínio pode ser aplicado para outros entorpecentes: cocaína, "crack", skunk, ecstasy, haxixe etc., pois todos eles provocam o mesmo efeito em alguém, prejudicam-lhe a saúde, sendo ilegais.

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, conforme visto, 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).

Acrescenta-se ainda que, de acordo com o artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal, basta que haja “*fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior*” e artigo 244, do mesmo Código “*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 papeis que constituam corpo de delito, ou quando a medida foi determinada no curso de busca domiciliar*”.

Na espécie, a busca pessoal se deu de forma legal, tendo em vista a existência de fundada suspeita de que o recorrente portava algo ilícito, notadamente diante das denúncias prévias e do contexto em que foi surpreendido.

O Excelso Superior Tribunal de Justiça tem admitido a fuga de quem deve coibir o crime como um dos componentes da fundada suspeita para investigação, isto é, abordagem, revista e adentrar o domicílio (**AgRg no HC 888708/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Teodoro Silva Santos – J. 5.3.2024 – DJe 15.3.2024; **AgRg no AREsp 2420144/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 30.11.2023 – DJe 5.12.2023 e **AgRg no HC 815346/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – J. 28.8.2023 – DJe 30.8.2023).

Logo, não tendo havido contradições entre os guardas municipais, bem como porque a razão foi específica e legítima, são válidas as provas produzidas a partir da abordagem e a apreensão das drogas, estando plenamente justificada a diligência da Guarda Civil Metropolitana.

Assim, a preliminar deve ser rejeitada.

No mérito, o apelo merece parcial provimento, respeitando o entendimento da dedicada e ilustre Magistrada, doutora Adriana Barrea.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, 6/12 boletim de ocorrência de fls. 2/5, auto de exibição e apreensão de fls. 15/16, laudo de constatação preliminar de fls. 13/14, laudo de exame químico toxicológico de fls. 81/83 e 84/86, laudo do local dos fatos de fls. 89/93, laudo caderno com anotações de fls. 115/123, relatório final de fls. 54/55, bem como pela prova produzida em Juízo, cocaína e "crack" foram

apreendidos.

A autoria é atribuível ao acusado.

Na fase investigativa, fls. 10, o apelante ficou em silêncio, respaldado em norma de ordem constitucional.

Em seu interrogatório judicial, alegou ser usuário de drogas. Disse que antes de ser preso tinha uma renda mensal aproximada de R\$ 500,00, catando reciclagem. Possui condenação anterior por tráfico. **Negou a mercancia ilícita das drogas. Declarou ser usuário de drogas estava no local para comprar entorpecente.** Não conhecia os policiais encarregados da diligência. O policial André abordou o terceiro não identificado primeiro, ele foi abordado pelo outro policial. **Após, as drogas foram apresentadas por um dos policiais encarregados da diligência.**

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A versão negativa não convence, mostra-se inverossímil e não

está em sintonia com as demais provas.

A testemunha André, guarda civil municipal, depôs que realizavam patrulhamento pelo bairro, quando foram solicitados por um morador, que informou que em local próximo haviam dois homens, na saída de uma vegetação, e estariam realizando venda de drogas. Foram com a viatura até o local indicado, quando **puderam avistar dois indivíduos na localidade. Ao perceberem a viatura da guarda os dois evadiram-se do local, em sentidos diversos, sendo que conseguiram alcançar o recorrente e o outro fugiu pela mata. Ao retornarem no local, em uma camisa dispensada pelo recorrente no momento da fuga, fora localizado 2 tubetes de cocaína e ainda bloco de anotações relativas ao tráfico. Próximo a blusa, encontraram uma pochete coberta por vegetação e dentro dessa foram localizados outros 41 tubetes de cocaína, 16 porções de crack e a quantia de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) em dinheiro.** Não se recorda de outras pessoas no local de encontro dos objetos ilícitos. **Na mata, há várias cabanas com pessoas no local de traficância. O apelante não era conhecido dos meios policiais, viram-no algumas vezes no local.** Não se recorda da versão ofertada pelo apelante no momento de sua detenção. **A camiseta foi deixada no local pelo apelante e não pelo outro indivíduo.**

O guarda municipal surpreendeu o recorrente em conhecido ponto de venda de drogas. Havia denúncias prévias dando conta da traficância realizada por ele e outro indivíduo, que fugiu da abordagem. O apelante dispensou uma camiseta no momento da fuga, na qual havia entorpecentes. Sendo apreendidas diversas substancias entorpecentes, que estavam escondidas no local onde o recorrente foi visualizado.

Não há motivo para afastar seu depoimento, pois não se vê desejo de mentir ou incriminar um inocente, tampouco, animosidade entre ele e o

apelante, apenas o desejo de contribuir para o esclarecimento dos fatos.

Ele também é funcionário público, cumpridor 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 a de policiais militares e policiais civis e, depois, quando depusessem mais tarde, duvidar de suas palavras.

Mais que isso, é agente de segurança pública, age em nome do Estado e, conseqüentemente, suas ações, num sentido lato, têm legitimidade, até prova em sentido contrário, o que incorreu na espécie.

"A denúncia anônima, por si só, não causa nulidade das investigações e, conseqüentemente, da prova produzida. Ela pode dar ensejo a mandados de busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e diligências de constatação, por exemplo, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 72854/SP T5 Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi J. 19.9.2017 DJe 27.9.2017; RHC 53294/RS T5 Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi J. 12.9.2017 DJe 20.9.2017; HC 396298/SP T5 Quinta Turma Rel. Min. Félix Fischer J. 20.6.2017 DJe 30.6.2017; HC 312620/RJ T6 Sexta Turma Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz J. 10.5.2016 DJe 19.5.2016; HC 258819/SP T6 Sexta Turma Rel. Min. Nefi Cordeiro J. 19.4.2016 DJe 29.4.2016 e HC 276132/PR T5 Quinta Turma Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo Desembargador convocado do TJ/PE J. 18.8.2015 DJe 1.9.2015), apenas para ilustrar, pois existem diversos outros V. Acórdãos sobre a matéria, com o mesmo pensamento."

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva da testemunha Carlos, guarda municipal, o que foi homologado pela douta Magistrada (fls. 165).

Diante desse cenário, não há dúvida quanto à caracterização do tráfico.

O apelante apresentou versão negativa. Todavia, a prova oral, aliada às circunstâncias da prisão em flagrante, não deixam dúvidas **quanto à real dinâmica dos fatos e a destinação mercantil do material ilícito apreendido**. Ele foi flagrado pelos guardas civis em ponto conhecido pelo tráfico de drogas, empreendeu fuga e dispensou uma blusa, na qual foram encontradas duas porções de cocaína. Durante as buscas, foi encontrada, ao lado de referida peça de roupa, uma pochete coberta por vegetação e, no seu interior, mais 41 porções a cocaína; 16 porções de crack, embaladas individualmente prontas para a venda, bem como a quantia de R\$ 22,00 em dinheiro e um bloco contendo anotações referente a contabilidade do tráfico (fls. 15/16 e laudo pericial a fls. 123). Além disso, o apelante alegou que estava no local para comprar drogas para consumo próprio, porém, não trouxe qualquer comprovação do exercício de atividade lícita (fls 12 - "desempregado").

Ressalta-se, ainda, que não se comprovou quais motivos o guarda municipal teria para alterar a dinâmica dos fatos, reunindo considerável quantidade de entorpecentes, somente para imputar, falsamente, ao apelante, crime de tal gravidade, sendo que sequer se conheciam antes dos fatos.

O fato é típico. Foi demonstrado que ele tinha em depósito entorpecentes para o comércio. Sabe-se que para a caracterização do tráfico, não se faz necessário seja o agente surpreendido no próprio ato da venda do entorpecente. 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 na hipótese vertente, pois o apelante foi flagrado trazendo consigo entorpecentes para fins de tráfico (cf.

Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050 – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. 29.1.2020).

Ademais, o recorrente poderia até mesmo ser usuário de drogas, todavia, isso não se deu de maneira exclusiva, sendo imprescindível para caracterizar o art. 28 da Lei nº 11.343/2006. A mera alegação de ser usuário não afasta, por si só, a condição de traficante.

Sobre o tema já decidiu esta Colenda Câmara: *"Além do mais, o fato de serem usuários de entorpecentes não exclui o de estarem também envolvidos com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício."* (**Apelação Criminal nº 3000574-96.2013.8.26.0363** - Relator Desembargador Paiva Coutinho – J. em 12.2.2020).

Assim, as provas são robustas para a condenação.

A dosimetria comporta ajuste.

Na **primeira fase**, a pena-base pode permanecer no piso, porque nada obstante a apreensão de cocaína e “crack”, a quantidade não extrapolou a normalidade (43 porções de cocaína e 16 porções de crack), comparando-se a casos similares, e o resultado e consequências não ultrapassam o que se espera deles, razão pela qual não justificam a elevação da básica. Tem-se: cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa

Na **segunda fase**, presente a agravante da reincidência (processo nº 1500953-33.2020, fls. 24), houve acréscimo de 1/6, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa

Na terceira fase, em razão **da reincidência** não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto, reiteração criminal e as circunstâncias da prisão revelam que não era principiante ou traficante ocasional (*AgRg no HC 547176/SP* - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. 17.12.2019 - DJe 4.2.2020; *AgRG no HC 526085/SP* - 5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 3.12.2019 - DJe 16.12.2019; *HC 4780001/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 5.2.2019 - DJe 14.2.2019 e *AgRg no HC 530668/ES* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 19.11.2019 - DJe 3.12.2019 - nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Ademais, a prova dos autos não deixou dúvida quanto à sua dedicação à atividade criminosa. Havia denúncia prévia, o recorrente foi flagrado na praticando a mercancia ilícita em local de grande circulação de usuários de drogas e traficantes. Pela quantidade não desprezível de droga apreendida é evidente que não era principiante, fazia do comércio vil seu meio

de vida, estando ligado a algo organizado, traficantes de maior porte.

O benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime. O que não é o caso dos autos.

No Preclaro Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

"Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas." - **AgRg no REsp 1390118/PR** - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: **AgRg no AREsp 973919/MG** - Rel. Min. Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; **HC 389132/SP** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; **HC 306536/PE** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 389871/SP** - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 386049/SP** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; **HC 363726/RS** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; **AgRg no REsp 1635522/ES** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; **HC 175577/SP** - Rel. Min. Og Fernandes - T6 - Sexta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 17.10.2011; **HC 212990/SP** - Relatora Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 14.10.2011.

"Na espécie, não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, não apenas em virtude da quantidade de entorpecente apreendido - 66,5 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 52) -, mas também pelo fato de ele haver sido apreendido em conhecido ponto de venda de drogas, além de haver denúncia anônima informando que o paciente comercializava entorpecentes e, principalmente, por ele mesmo haver confessado que havia aceitado a proposta de "um rapaz" para vender drogas e que praticava a traficância para angariar fundos para auxiliar sua mãe doente (ambas à e-STJ, fl. 53), tudo isso a indicar que ele não se tratava de traficante eventual." (*AgRg no HC 601669/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 25.8.2020 – DJe em 31.8.2020). No mesmo sentido: *AgRg no HC 601085/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 18.8.2020 – DJe em 24.8.2020; *AgRg no AgRg no AREsp 1676929/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. em 18.8.2020 – DJe em 25.8.2020 e *AgRg no HC 5807699/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Félix Fischer – J. em 18.8.2020 – DJe em 25.8.2020 – sublinhou-se.

Por fim, incide a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, pois ficou demonstrado pelo laudo pericial do local, que atestou que a mercancia ilícita foi praticada nas imediações de igrejas, escolas e locais públicos - ficando a 55 m de distancia do local mais próximo e a 224 m do mais distante - (fls. 90/91), sendo locais de grande concentração pública e de maior facilidade de aliciamento de pessoas, inclusive, de crianças e adolescentes. Assim, aumentou-se a pena em 1/6, fração razoável à espécie, tendo-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

Ressalte-se que, por se tratar de causa de aumento de natureza

objetiva, não há necessidade de prova no sentido de que o agente visasse vender ou entregar drogas a frequentadores desse local público, nem que, no horário da abordagem, houvesse aglomeração de pessoas.

Nesse sentido: “1. O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, é suficiente que o tráfico de drogas tenha sido praticado nas imediações dos locais especialmente protegidos pela norma, sendo desnecessário que a mercancia tenha como alvo os frequentadores destes estabelecimentos” (*AgRg no REsp 1789089/RS* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 6.2.2020 - DJe em 12.2.2020). No mesmo sentido: *AgRg no Resp 1845613/SC* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 4.2.2020 - DJe em 12.2.2020 e *HC 480887/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Félix Fischer - J. em 7.2.2019 - DJe em 19.2.2019.

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o 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.

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 necessite 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).

O **apelante é reincidente**. Reitera na prática de delitos, possuindo tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois têm consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

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.

Não se pode perder de vista que existia significativa natureza dos entorpecentes (cocaína e crack), com alto potencial deletério, poderia prejudicar vários "consumidores", se efetivamente vendidos, o que mostra a sua **periculosidade, personalidade e conduta social desvirtuada**, 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.

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).

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 frisar 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.

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.

Incabível a substituição da carcerária por restritivas de direitos, pois a sanção é superior a quatro (4) anos, além de o apelante ser reincidente, existindo, por conseguinte, proibição legal (art. 44, “caput”, inc. I e II, do

Código Penal).

“É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 7. Habeas corpus não conhecido.” (STJ - HC nº 382.243/SP - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 16.2.2017 – DJe em 23.2.2017).

III - Conclusão

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar e, no mérito vota-se pelo parcial provimento do recurso para fixar a pena-base no mínimo legal, redimensionando a pena para seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 163). A prisão foi mantida.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.