



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**11ª Câmara de Direito Criminal**

**Registro: 2025.0000289124**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502234-82.2024.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado KAUÊ SOUSA DOS SANTOS, é apelado/apelante 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 aos recursos para afastar a causa de aumento de pena do artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06 e fixar o regime inicial fechado, estabelecendo a pena final em cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, no mais, a respeitável sentença é mantida 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), ALEXANDRE ALMEIDA E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

**TETSUZO NAMBA**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**

**VOTO Nº 16178**

**Apelação Criminal nº 1502234-82.2024.8.26.0536**

**Comarca: 2ª Vara Criminal de Santos**

**Juiz(a) de Direito: doutor(a) Livia Maria de Oliveira Costa**

**Apelante/Apelado: Kauê Sousa dos Santos**

**Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E MINISTERIAL.**

**I. CASO EM EXAME**

1. Kauê foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa por tráfico de drogas, após ser flagrado com duas porções de crack. A defesa apelou alegando nulidade da busca pessoal, pleiteando a redução da pena e o direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público recorreu pedindo pena-base acima do mínimo e regime inicial fechado.

**II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO**

2. A questão em discussão consiste em verificar se (i) houve legalidade da busca pessoal realizada pela polícia; (ii) é caso de exasperar a pena-base; (iii) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06; e (iv) o regime inicial de cumprimento da pena.

**III. RAZÕES DE DECIDIR**

3. A busca pessoal foi considerada legal, pois havia fundada suspeita devido à fuga do réu em local conhecido pelo tráfico.

4. A pena-base não deve ser exasperada com base na personalidade e conduta social.

5. A causa de diminuição de pena não foi aplicada, pois o réu demonstrou dedicação ao tráfico, tendo sido preso anteriormente pelo mesmo delito.

**IV. DISPOSITIVO E TESE**

6. Parcial provimento dos recursos para afastar a causa de aumento de pena do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06 e fixar o regime inicial fechado.

**TESE DE JULGAMENTO: 1. A busca pessoal é válida quando há**

fundada suspeita. 2. A dedicação ao tráfico impede a aplicação da causa de diminuição de pena.

**LEGISLAÇÃO CITADA:**

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput, c/c art. 40, III; Código de Processo Penal, art. 244.

**JURISPRUDÊNCIA CITADA:**

STJ, AREsp nº 2.459.539/RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato, T6, j. 6.8.2024;

STJ, AgRg no HC nº 867.599/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.12.2023.

**I – Relatório em acréscimo ao de fls. 279/280**

O apelante/apelado, **Kauê** (18 anos, fls. 19), foi condenado à pena de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, em *regime inicial semiaberto*, e ao pagamento quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no **artigo 33, "caput", c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia **10.6.2024, às 10h45min**, na Rua Vergueiro Steidel, nº 375, bairro Aparecida, Santos/SP, nas imediações do SESC e do shopping Praiamar, trazia consigo 2 porções de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta que o sentenciado guardou as drogas no bolso e levou-as até a Rua Vergueiro Steidel, próximo ao nº 375. No momento em que uma viatura da Polícia Militar se aproximou, ele correu em direção ao Shopping Praiamar e dispensou objetos ao chão, sendo detido na Praça Miguel Couto. Em revista pessoal, os policiais localizaram duas porções de crack em seu poder. Os objetos dispensados ao longo da fuga não foram encontrados. Ao ser indagado, confessou a traficância e foi preso em flagrante delito.

Nas razões de apelação oferecidas pela douta Defesa, sustentou-se **a) nulidade da busca pessoal; b) reconhecimento da causa de diminuição de**

pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06; e **c)** direito de recorrer em liberdade (fls. 328/334).

Nas razões de recurso oferecidas pelo Ministério Público, sustentou-se **a)** pena-base acima do mínimo pela personalidade e conduta social; e **b)** regime inicial fechado (fls. 339/343).

Contrarrazões da Acusação (fls. 344/347) e da Defesa (fls. 373/375), com requerimentos de manutenção da respeitável sentença naquilo que as partes deixaram de impugnar

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento do apelo ministerial e não provimento do recurso defensivo (fls. 395/401).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 278).

## II – Fundamentação

Prejudicado o despacho de fls. 393, face à juntada do parecer e possibilidade de proferir-se, regulamente, sobre a lide.

### **Não houve nulidade na abordagem e busca pessoal.**

De acordo com o artigo 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal justifica-se quando existente **fundada suspeita** de que a pessoa esteja na **posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito**.

Na espécie, a abordagem policial e busca pessoal desenvolveram-se de forma legal, notadamente porque o local dos fatos é local conhecido pelo narcotráfico. Inclusive, os policiais militares que efetuaram a prisão já realizaram algumas operações na localidade, especialmente porque os moradores do conjunto habitacional frequentemente reclamam a respeito do comércio ilícito. Além disso, o que chamou atenção da equipe policial foi a fuga dos indivíduos diante da aproximação da viatura e a presença de um objeto com o sentenciado, que foi dispensado durante a fuga. Em revista pessoal, o agente da lei encontrou duas porções de crack com Kauê. Ele confessou o delito aos policiais militares, bem como no distrito policial. Nesse contexto, havia justa causa para a abordagem policial e busca pessoal.

Nesse sentido:

“EMENTA AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABORDAGEM POLICIAL. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CARACTERIZADA. DISPENSA DE SACOLA CONTENDO ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO AFASTADA. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o artigo 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). 2. No caso, o Tribunal de origem consignou que, "Segundo os policiais, ao ser abordado, o réu teria empreendido fuga e ingressado em uma casa, não sem antes dispensar um invólucro contendo um tijolo de maconha, pesando 809g". 3. Na linha dos precedentes desta Corte, o fato de estar o indivíduo em local conhecido como ponto de tráfico, dispensar objetos e empreender fuga ao avistar guarnição policial, constitui fundada suspeita da posse de corpo de delito, apta a autorizar

a busca pessoal. 4. Agravo conhecido e recurso especial provido para afastar a absolvição do agravado e restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - *AREsp n. 2.459.539/RS* – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – J. 6.8.2024 - DJe 8.8.2024).

“1. Como é de conhecimento, para a realização de busca pessoal, nos termos do artigo 244, do Código de Processo Penal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. **Na hipótese, nos moldes da conclusão da Corte local, atesta-se a legalidade da abordagem feita contra o ora paciente pelos policiais militares, que se deu diante da atitude suspeita do acusado que, ao visualizar a aproximação dos policiais, em local conhecido pelo comércio ilícito de entorpecentes, apressou-se em ocultar algo dentro de bolso da bermuda que trajava. Esse fato, sugestivo de que algo ilegal pudesse estar em curso, chamou a atenção dos policiais, os quais, assim, decidiram abordar o paciente. Com a abordagem, o paciente foi revistado e os policiais encontraram no bolso da bermuda dele seis pedras da substância estupefaciente conhecida como crack, em situação desconforme à lei. Nessa situação, é possível extrair, a partir da documentação carreada aos autos, elementos fáticos que justificam a decisão de realizar a abordagem e a busca corporal.** 3. Ademais, verificada justa causa para a realização da abordagem policial, tomando-se como base o quadro fático delineado pelas instâncias antecedentes, alcançar conclusão em sentido diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via do habeas corpus (HC 230232 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 02-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n, DIVULG 06-10-2023, PUBLIC 09-10-2023). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ - *AgRg no HC n. 867.599/PE* – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 18.12.2023 - DJe

20.12.2023). Grifou-se.

Não se pode deixar de lado a experiência do funcionário público que executa determinada diligência. Por isso mesmo ele especializa-se e realiza cursos de aprimoramento. Sua sensibilidade sobre o que aconteceu não pode ser desprezada. **(pelas "regras de experiência", previstas no artigo 335 do Código de Processo Civil, revogado 1973, repetido no artigo 375 do Novo Código de Processo Civil, de 2015, ("regras de experiência comum", normas ditadas pela cultura geral do homem comum (...)) são aplicadas na falta de regras específicas sobre prova legal (...) ou presunções legais"** (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 353). "Embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social" (Gonçalves, RP 37/85)" (NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed., rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 614), aplicável **pelo artigo 3º do Código de Processo Penal**, na falta de normas jurídicas particulares, pode-se aplicar essas regras).

Bem se vê, portanto, que a diligência policial foi feita em conformidade com os ditames legais. Havia, pois, fundadas suspeitas da realização do tráfico, tanto que a ação policial culminou na apreensão de porções de crack.

### **Julga-se o mérito.**

Os apelos comportam parcial provimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Livia Maria De Oliveira

Costa.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, boletim de ocorrência de fls. 5/7, auto de constatação de fls. 13/14, auto de exibição e apreensão de fls. 15, exame químico-toxicológico de fls. 116/18 e prova produzida em Juízo, crack foi apreendido.

A *autoria* é certa e atribuível ao sentenciado.

No distrito, **confessou a acusação**. Estava na Rua Vergueiro Steidel, próximo ao nº 375, **onde costuma efetuar venda de drogas** quando, por volta das 10h40min, visualizou uma viatura da polícia militar. Por esse motivo, imediatamente fugiu do local. Enquanto era perseguido, dispensou algumas porções de droga. Logo após, foi capturado na Praça Miguel Couto, onde ainda trazia consigo 02 (duas) porções de crack. **Explica que havia acabado de chegar no local e ainda não havia vendido nenhuma droga**. Que cada porção é vendida por R\$ 25,00, não informando a procedência da droga e de quem a adquiriu. No tocante ao ferimento em seu joelho, alegou que ao fugir da polícia militar acabou por tropeçar e ralar o joelho no chão (fls. 4).

A confissão (ela é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade, no ensinamento de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 249) não é adjetivada de válida ou não pelo local em que proferida, mas sim em confrontação com as demais provas e pelo teor de seu conteúdo (observa esse aspecto JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 446-447, para ele, ainda, a confissão extrajudicial é classificada como prova indireta, isto é, um indício, pela falta de ampla defesa e contraditório).

A confissão na fase investigativa, se não desmentida por outros elementos de prova, apesar das opiniões em contrário, torna-se prova, suficiente para sustentar a convicção judicial, afinal, o ato foi colhido por Autoridade Policial, na presença de outros servidores públicos, tem presunção de legitimidade, embora, de início, não se tenham as partes atuando. No caso dos autos, especificando, pode ser aceita, porque em consonância com os elementos probatórios.

Embora pessoalmente intimado da audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 207), a douta Defesa requereu a redesignação da solenidade, argumentando que o réu fora intimado na unidade prisional e poderia não saber a data da audiência (fls. 224/225). O Ministério Público pontuou que não é obrigação do Juízo certificar-se de que o acusado não se esquecerá da data da audiência (fls. 228/229). Diante disso, o Juízo indeferiu o pleito de redesignação do ato (fls. 260/261) e, posteriormente, restabeleceu as medidas cautelares impostas na audiência de custódia (fls. 267, 270/271 e 306). Considerando que a audiência seria realizada de forma virtual, expediu-se novo mandado de intimação (fls. 276). O senhor Oficial de Justiça compareceu no endereço de Kauê por diversas vezes, chegando a marcar um dia e horário para intimá-lo no local, mesmo assim, não o encontrou. A genitora do sentenciado informou que ele não dispunha de meios eletrônicos, mas o Oficial de Justiça informou que ele poderia comparecer pessoalmente no fórum. A tia do apelante encontrava-se no local e forneceu seu e-mail e telefone para que o sobrinho participasse remotamente da audiência (fls. 277).

**Apesar de todos os esforços empreendidos, o sentenciado não participou da audiência, seja de formal presencial ou remota, deixando, assim, de apresentar sua versão dos fatos, razão pela qual a revelia foi acertadamente decretada (fls. 278).**

**Rudney**, policial militar, depôs que o conjunto habitacional BNH é situado no endereço dos fatos. Não há endereço específico para a praça onde o tráfico ilícito é realizado. **Realizavam patrulhamento e avistaram vários indivíduos em atitude suspeita. Ao efetuarem a entrada na praça, eles correram. O apelante encontrava-se com algo na mão.** Seu parceiro foi atrás. Há várias barreiras no local, precisou dar a volta com a viatura. Enquanto isso, seu parceiro informava a respeito do deslocamento do recorrente. Kauê deslocou-se sentido Alexandre Martins, depois foi para as proximidades do bairro Jaú. Com apoio de outras viaturas, detiveram o indivíduo. Efetuou a abordagem. **Em revista pessoal, encontrou 2 ou 3 pedras de crack no bolso de Kauê. Seu parceiro chegou e informou que o apelante havia dispensado mais drogas pelo caminho.** Retornaram ao local, mas não encontraram as substância. É de praxe que a droga dispensada seja recolhida por outros indivíduos envolvidos. Ao ser indagado, Kauê confirmou que estava traficando e era do Guarujá. Conduziram o apelante ao distrito policial. **Seu parceiro não perdeu Kauê de vista.** Tem certeza de que é a mesma pessoa que visualizou com algo nas mãos. O local é conhecido pela traficância. Efetuam algumas operações no local. Inclusive, o Ministério Público já solicitou operações, visto que moradores reclamam que a traficância estava exagerada. Não se recorda da embalagem da droga. Geralmente são “buchas”. Ele não cooperou na abordagem. Durante a fuga, Kauê feriu-se. Prestou assistência. **Um mês antes dos fatos, o recorrente foi preso por tráfico de drogas. Após ser detido, o apelante confessou a traficância.**

**Nicolas**, policial militar, depôs que **estavam em patrulhamento em local conhecido pelo tráfico de drogas. Visualizaram alguns indivíduos na praça. Iniciaram a aproximação. Ao notarem a chegada da viatura, eles começaram a correr.** Desembarcou da viatura e passou a correr. **Seu parceiro fez o cerco policial. Nesse momento, visualizou Kauê dispensando pequenos**

**objetos. Pareciam drogas, mas não pode afirmar. Perseguiu o apelante por diversas ruas. Conseguiram detê-lo em local próximo ao colégio. Seu parceiro fez a abordagem e encontrou pedras de crack na posse de Kauê. Ao ser indagado, admitiu que estava na traficância há pouco tempo. Ainda não o conheciam. Durante a fuga, ele se machucou. Levaram-no ao UPA. Todos os indivíduos correram. Kauê foi a pessoa que conseguiu alcançar. Três ou mais pessoas fugiram. O que ensejou a abordagem foi a fuga. Não se recorda da aparência das drogas.**

**Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Não há razões para rechaçar seus depoimentos. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrente. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar 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.

**As provas são robustas e incriminam o recorrente.**

A responsabilidade criminal pela prática do tráfico ficou bem comprovada. Conforme já mencionado, os policiais sequer conheciam o apelante, não haveria motivos para acusarem-no indevidamente, também nada nesse sentido ficou comprovado.

A equipe policial esclareceu que o local é amplamente conhecido pelo narcotráfico, com diversas denúncias de moradores que ali habitam. Ao avistar a viatura, o apelante rapidamente tentou desvencilhar-se da iminente abordagem e dispensou algo ao solo. Houve perseguição por algumas quadras, mas o policial militar Nicolas não o perdeu de vista. Em revista pessoal, havia duas porções de crack com ele.

Ademais, no distrito policial, o sentenciado confirmou que costumava comercializar substâncias entorpecentes naquele local e alegou ter dispensado algumas porções de droga durante a perseguição.

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tipifica diversas condutas e, como tipo penal misto alternativo, não exige que o agente seja flagrado comercializando substâncias entorpecentes. A realização de uma ou mais dessas ações é suficiente para caracterizar o delito. No caso, ele trazia duas substâncias destinadas ao comércio.

Cumprir notar que, para a caracterização do delito de tráfico, **não se exige a comprovação dos atos de comércio**, basta a prática de qualquer uma

das condutas descritas no tipo penal para a sua configuração. No caso, a conduta do apelante amolda-se ao verbo nuclear **"trazer consigo"** entorpecentes sem autorização e fora das hipóteses legalmente e regularmente admitidas.

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a "traditio" para consumação do delito (RJTJSP - 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).

Embora a quantidade seja pequena (massa líquida 0,9 gramas, fls. 117), ele confessou ter dispensado mais entorpecentes durante a fuga. Outrossim, **sabe-se que é estratégia entre os traficantes, trazer consigo ou guardar poucas porções**, com a pretensão de descaracterizar o delito de tráfico ilícito diante de eventual abordagem policial.

Convém ressaltar, ainda, que apesar da pouca idade (18 anos, fls. 19) e primariedade técnica, já havia sido preso pela mesma conduta cerca de um mês antes dos fatos aqui apurados (18.5.2024, autos nº 1501966-28.2024.8.26.0536, fls. 9/12 e 78). Mesmo após ser concedida a liberdade provisória (fls. 31/35), o sentenciado voltou a perpetrar o tráfico de drogas no mesmo local, em 26.6.2024 (fls. 228, autos nº 1502443-51.2024.8.26.0536).

**Por tais motivos, não é caso de desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006.** Sobre a questão já se manifestou esta C. Corte: "A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade" (TJSP HC 42.229-3 Rel. Onei

Raphael RJTJSP 101/498) (*Apelação Criminal nº 0005242-67.2018.8.26.0564* - 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Marco Antônio Cogan - J. 8.8.2019, publicação eletrônica no site, p. 15).

**Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.**

**A dosimetria não exige reparo.**

Na **primeira fase**, a pena-base deve ser mantida no mínimo legal, pois as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis. Respeitando entendimento em sentido contrário, os processos em que o sentenciado figura como réu não são hábeis a justificar o acréscimo da pena-base com base na personalidade ou conduta social. Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a seguinte tese no **Tema Repetitivo 1077**: “*Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente*”. Assim, a pena perfaz cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Na **segunda fase**, nada obstante o reconhecimento da menoridade relativa (fls. 19) e confissão espontânea em solo policial, a pena deve permanecer no mesmo patamar, pois “*as atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo (cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 STJ) (...)*” (RSTJ 161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São

Paulo: cf. RT 795/623, 755/615, 735/588, apenas para ilustrar.

Na **terceira fase**, a causa de diminuição de pena prevista no **artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006** não se aplica. A redução é cabível desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso, o benefício não é recomendável por haver indicativos de dedicação ao tráfico. Antes dos fatos apurados, o sentenciado já havia se envolvido em tráfico de drogas (18.5.2024, autos nº 1501966-28.2024.8.26.0536, fls. 9/12 e 78) e, mesmo após ser colocado em liberdade, reiterou a prática delitiva no mesmo local (26.6.2024, autos nº 1502443-51.2024.8.26.0536, fls. 228).

Saliente-se que o benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio único na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime.

No Excelso Supremo Tribunal Federal, sobre a dedicação a atividades criminosas, já se decidiu: "EMENTA AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADO COM FUNDAMENTO NA *DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA*. NECESSÁRIO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certo grau de discricionariedade, o que não afasta o controle de legalidade e constitucionalidade dos critérios e da motivação utilizados. 2. **A conduta social, os maus antecedentes, a reincidência, o concurso de agentes, a quantidade de drogas apreendidas, as circunstâncias da apreensão e a existência de ações penais em curso são exemplos de elementos aptos a indicar a dedicação do agente a atividade criminosa, fundamento idôneo**

**para o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.** 3. A aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada em razão do “envolvimento reiterado nesta prática delitiva”. 4. É inadmissível, na via estreita do habeas corpus, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – descaracterização da *dedicação* do agravante *a atividade criminosa* – do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias. 5. Agravo interno desprovido." (*HC 209928 AgR/RS* – Rio Grande do Sul – 2ª T. – Rel. Min. Nunes Marques – J. 21.3.2022 – Publ. 19.4.2022). Grifou-se.

Por fim, a majorante prevista no **artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06** deve ser afastada. A douta Magistrada pontuou que o local dos fatos dista **600 metros** do SESC (fls. 289), no entanto, esta distância não se amolda ao conceito de imedição previsto no dispositivo em questão.

Total da pena: cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

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

**O regime inicial é o fechado.**

A fim de fixar o 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 conseqüências 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).

Embora o apelante não registre condenações criminais prévias aos fatos, envolveu-se em dois delitos de mesma natureza, conforme já assinalado, revelando intimidade e contumácia no comércio proscrito.

Denota, pois, periculosidade, ousadia, personalidade desvirtuada e conduta social imprópria, não respeita os princípios ético-jurídicos da sociedade, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

Pode o juiz determinar o cumprimento 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).

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada, previne-se infrações penais e reintegra-se na sociedade o recorrente.

**A redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, permite a escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas. Porém, deixa-se no regime eleito, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Acrescente-se que se houver execução, provisória ou definitiva, esse juízo será feito necessariamente.**

Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

**Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos ou concessão de "sursis".** A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I; e artigo 77, "caput", ambos do Código Penal). Além disso, o apelante envolveu-se recentemente em delito de mesma natureza, assim, a concessão da benesse não será suficiente para inibir a conduta.

O art. 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

### III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento dos recursos para afastar a causa de aumento de pena do artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06 e fixar o ***regime inicial fechado***, estabelecendo a pena final em cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, no mais, a respeitável sentença é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

**Recurso preso** (fls. 291/292). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento. Ele é contumaz no tráfico de drogas, foi posto em liberdade retornou às atividades delitivas, a revelar audácia acima do comum. Além disso, mesmo após diversas tentativas, não foi localizado para intimação, a revelar que não deseja colaborar com a justiça. Nesse cenário, a medida extrema está justificada e deve ser mantida para manutenção da ordem pública e aplicação da lei penal.

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.