



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000312979

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502547-77.2024.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que são apelantes WORBERT ANVALBERT SOUSA VIANA e MARCOS BERTOLINO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para redimensionar a pena de Marcos, obtendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, 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) E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16246

Apelação Criminal nº 1502547-77.2024.8.26.0266

Comarca: Itanhaém

Juiz de Direito: doutor Paulo Alexandre Rodrigues Coutinho

Apelante: Worbert Anvalbert Sousa Viana e Marcos Bertolino da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Worbert foi condenado a sete anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de setecentos dias-multa, e Marcos a sete anos, três meses e quinze dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de setecentos e vinte e oito dias-multa, ambos por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. No dia 16.7.2024, em Itanhaém/SP, foram flagrados vendendo drogas em um ponto conhecido de tráfico, com divisão de tarefas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a alegação de insuficiência probatória e pedido de absolvição pela defesa, (ii) desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal, (iii) aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e (iv) alteração do regime para semiaberto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo depoimentos de policiais civis que observaram a dinâmica do tráfico.

4. A versão defensiva dos apelantes foi considerada inconsistente com as provas apresentadas, que indicam sua participação consciente no tráfico.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para redimensionar a pena de Marcos para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

Tese de julgamento: 1. A reincidência e os maus antecedentes justificam a manutenção do regime fechado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput"; art. 33, § 4º.

Código Penal, art. 44, "caput", inc. I e II; art. 59; art. 61, I; art. 33, § 2º, "b".

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, RHC 72854/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19.9.2017.

STJ, RHC 53294/RS, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12.9.2017.

STJ, HC 396298/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20.6.2017.

STJ, HC 312620/RJ, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 10.5.2016.

STJ, HC 258819/SP, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19.4.2016.

STJ, HC 276132/PR, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 18.8.2015.

STJ, AgRg no AREsp 1067238/BA, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.4.2017.

STJ, AgRg no Resp 1367491/PR, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.4.2013.

STJ, HC 37522/SP, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 3.3.2009.

STJ, HC 133464/SP, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi, j. 17.11.2009.

STJ, HC 44376/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.11.2005.

STJ, HC 20620/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 4.6.2002.

STJ, HC 854826/SP, T5, Quinta Turma, Rel^a. Min^a. Daniela Teixeira,

j. 5.11.2024.

STJ, AgRg no HC 589320/SP, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 8.9.2020.

STJ, AgRg no HC 526852/RS, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18.2.2020.

STJ, AgRg no AREsp 1449050/DF, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.4.2019.

STJ, HC 490375/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.4.2019.

STJ, HC 505435/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 4.6.2019.

STJ, HC 479453/MS, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14.5.2019.

STJ, AgRg no AREsp 2301358/PR, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27.4.2023.

STJ, AgRg no HC 787997/SP, T6, Sexta Turma, Rel.^a. Min.^a. Laurita Vaz, j. 27.3.2023.

STJ, AgRg no HC 547176/SP, T6, Sexta Turma, Rel.^a. Min.^a. Laurita Vaz, j. 17.12.2019.

STJ, AgRG no HC 526085/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 3.12.2019.

STJ, HC 4780001/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 5.2.2019.

STJ, AgRg no HC 530668/ES, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.11.2019.

STJ, AgRg no REsp 1390118/PR, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 23.5.2017.

STJ, AgRg no AREsp 973919/MG, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 23.5.2017.

STJ, HC 389132/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16.5.2017.

STJ, HC 306536/PE, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.5.2017.

STJ, HC 389871/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 16.5.2017.

STJ, HC 386049/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.5.2017.

STJ, HC 363726/RS, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 9.5.2017.

STJ, AgRg no REsp 1635522/ES, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.4.2017.

STJ, HC 175577/SP, T6, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 4.10.2011.

STJ, HC 212990/SP, T5, Quinta Turma, Rel.^a. Min.^a. Laurita Vaz, j. 4.10.2011.

STJ, AgRg no HC 601669/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.8.2020.

STJ, AgRg no HC 601085/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.8.2020.

STJ, AgRg no AREsp 1676929/SP, T5, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.8.2020

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 235/236

Worbert, foi condenado à pena de sete (7) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de setecentos (700) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, e **Marcos** foi condenado à pena de sete (7) anos, três (3) meses e quinze (15) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de seiscentos e vinte e oito (728) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, ambos como incurso no **artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrerem em liberdade, com recomendação de permanecerem no cárcere. porque, no dia **16.7.2024**, por volta das **13h30**, na Rua Álvaro Cura, bairro Sabaúna, Itanhaém/SP, **Worbert** e **Marcos**, agindo previamente ajustados e com identidade de propósitos entre si, traziam consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 23 porções de

Cannabis sativa L, 3 pedras de crack, 4 microtubos contendo K2 e 169 porções de cocaína, drogas que causam dependência física e psíquica, fazendo-o sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Os apelantes acordaram previamente a venda conjunta de entorpecentes, fazendo-o mediante divisão de tarefas, posicionando-se em um conhecido ponto exclusivo de tráfico de drogas, conhecido como “biqueira do beco”. Assim, enquanto **Worbert** permanecia em local de visualização estratégica, dando cobertura e observando a aproximação de usuários e, eventualmente, de agentes policiais, **Marcos** trazia fisicamente consigo os entorpecentes acima descritos, dentro de sacola plástica. Ocorre que, sabendo da prática reiterada de tráfico de drogas no local, policiais civis, fazendo uso de uma viatura descaracterizada, observaram os recorrentes vendendo drogas valendo-se da divisão de tarefas acima descrita, oportunidade em que, após terem a certeza quanta à dinâmica da venda de drogas, prenderam-nos em flagrante, seguindo-se, então, a apreensão dos entorpecentes e do valor de R\$ 15,00.

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa de ambos, requereu-se **a)** absolvição por insuficiência probatória; **b)** desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal; **c)** aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; e **d)** alteração do regime para semiaberto (fls. 279/295).

Contrarrazões a fls. 301/303, para manutenção da respeitável sentença.

Não houve recurso da Acusação.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 316/318).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 250.

II – Fundamentação

O apelo merece parcial provimento, respeitando o entendimento do dedicado e ilustre Magistrado, doutor Paulo Alexandre Rodrigues Coutinho.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 3/8, boletim de ocorrência de fls. 9/12, auto de exibição e apreensão de fls. 15/16, laudo de constatação preliminar de fls. 17/18, laudo de exame químico toxicológico de fls. 195/198, bem como pela prova produzida em Juízo, "maconha" cocaína, "crack" e "K2" foram apreendidos.

A *autoria* é atribuível aos acusados.

Na fase investigativa, os apelantes ficaram em silêncio, respaldados em norma de ordem constitucional (fls. 7/8).

Em seu interrogatório judicial, **Worbert negou os fatos**. Disse que foi abordado pelos policiais enquanto estavam retornando para o seu local de trabalho. Sequer poderia correr, pois tem um pino em sua perna. Já foi condenado por três roubos e lesões corporais. Conhecia Marcos unicamente de vista e não o viu no dia dos fatos.

Marcos, disse que **aceitou ficar meio período realizando campana no local, mas não estava traficando. Quando avistou os policiais, avisou o "bolsa", que saiu correndo.** Os policiais não pegaram o "bolsa". Desconhece as drogas K2 e Skunk, não vendem essas drogas no local. As drogas foram forjadas pelos policiais. **Aceitou fazer a campana naquele dia,**

mas não era frequente. Worbert não estava com ele.

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 de Worbert não convence, mostra-se inverossímil e não está em sintonia com as demais provas. Marcos apresentou versão escusatória, mas admitiu que estava realizando campana para a traficância.

A testemunha, policial civil, Anderson depôs que, juntamente com o policial Wendel, em razão de **informações prévias indicando que no local funcionava um conhecido ponto de venda de entorpecentes, denominado "Biqueira do Beco"**. Realizavam patrulhamento pela região, com o uso de viaturas descaracterizada, quando avistaram dois indivíduos que aparentavam ser os responsáveis pela atividade ilícita. **Realizaram breve campana e conseguiram ver a movimentação e venda de drogas. Um deles, identificado posteriormente como Marcos, estava na posse de uma sacola contendo drogas, enquanto o outro, identificado como Worbert,**

desempenhava a função de vigia ("campana"), monitorando os arredores para alertar sobre a aproximação de possíveis intervenções policiais, ele pegava os valores em dinheiro e, após, trazia as drogas para alguns usuários. Realizaram o cerco e conseguiram abordá-los, sendo localizados em suas posses maconha, pedras de crack, skunk, K2 e cerca de 170 porções de cocaína, além da quantia de R\$ 15,00 em espécie. Eles foram conduzidos à Unidade Policial, onde a Autoridade Policial tomou ciência dos fatos e ratificou a voz de prisão em flagrante.

O policial civil Wendel, no mesmo sentido, narrou que havia informações prévias indicando que no local funcionava um conhecido ponto de venda de entorpecentes. Na ocasião, com o uso de viaturas descaracterizadas dirigiram-se ao local, após breve campana, avistaram dois indivíduos que aparentavam ser os responsáveis pela atividade ilícita. Um deles, pegava o valor em dinheiro dos usuários, levava ao outro indivíduo, que lhe entregava a droga e o primeiro entregava a substância aos usuários. Conseguiram abordá-los. Marcos, estava na posse de uma sacola contendo drogas, havia maconha, crack, skunk, K2 e cocaína, enquanto Worbert estava na posse do valor em espécie. Eles admitiram, informalmente, a traficância. Worbert era responsável por realizar a campana também. Os acusados foram conduzidos à Delegacia

Não há motivos para rechaçar os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, os recorrentes não demonstraram que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste mostras que queiram mentir. Eles desejam, sim, mostrar o resultado de seu trabalho para inibir 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 Civil 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.

"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.".

Diante desse cenário, não há dúvida quanto à caracterização do

tráfico de drogas.

Apesar da negativa de Worbert e a versão escusatória de Marcos, com nítida tentativa de enfraquecer a credibilidade da narrativa dos policiais militares, sugerindo, pois, que as drogas foram forjadas pelos agentes públicos, alegando que, somente naquele dia, realizou campana, não vendeu entorpecentes. Não se comprovou quais motivos os policiais civis teriam para reunir grande quantidade de drogas, alterando a dinâmica dos fatos, somente para imputar, falsamente aos apelantes, crime de tal gravidade.

Quem sustenta álibi deve prová-lo, o que incorreu (*AgRg no AREsp 1067238/BA* - T5 - Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 25.4.2017 - Dje 3.5.2017). Não desrespeita a regra da distribuição do ônus da prova a sentença que afasta tese defensiva de negativa de autoria por não ter a defesa comprovado álibi levantado (*AgRg no Resp 1367491/PR* - T5 Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 23.4.2013 - Dje 2.5.2013). Em sentido análogo HC 37522/SP - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Og Fernandes - J. 3.3.2009 - Dje 23.3.2009. O álibi apresentado e não provado não pode ser acolhido para absolvição (*HC 133464/SP* - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) - J. 17.11.2009 - Dje 7.12.2009). De acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado (*HC 44376/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - J. 17.11.2005 - DJ 5.12.2005). Não se afigura como ilegal sentença condenatória que desconsidera álibi apresentado pela defesa e não comprovado (*HC 20620/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - J. 4.6.2002 - DJ 1.7.2002, p. 365).

Em resumo, a confissão parcial de Marcos, as denúncias prévias dando conta da traficância realizada no local, os insuspeito depoimento dos

policiais civis, o fato de estarem em ponto conhecido pelo tráfico de drogas e terem sido visualizados realizando a mercancia ilícita, a apreensão de considerável variedade e quantidade de entorpecentes (23 porções de "maconha", 3 pedras de "crack", 4 microtubos contendo Skunk, 12 eppendorf contendo K2 e 169 porções de cocaína a – fls. 17/18), embalados individualmente, prontos para a distribuição a terceiros, além da apreensão de R\$ 15,00 em dinheiro, em notas fracionadas, provam o tráfico feito pelos recorrentes (fls. 15/16).

O fato é típico. Foi demonstrado que eles traziam consigo 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).

Quanto a Worbert, é importante destacar que não cabe a desclassificação da conduta para a rubrica do artigo 37 da Lei nº 11.343/06, pois, mesmo atuando como "olheiro" naquela ocasião, ele contribuía de forma estável e determinante para a prática do tráfico ilícito no local, cabendo-lhe a atribuição de avisar o comparsa Marcos, que estava na posse da sacola contendo entorpecentes, sobre a aproximação da Polícia e conduzia os usuários até o vendedor.

A função de "olheiro" ou "olheira" não é para um momento só e, sim, exige certa estabilidade e permanência com os traficantes, caracterizando-se a conduta do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Aliás, essa função é

importante para a efetivação do comércio ilegal, pois quem a realiza avisa sobre aproximação policial, primordialmente, permitindo a fuga de quem comercializa diretamente, bem como a dispensa do produto do crime e das drogas, a fim de despistar a ação policial.

Nesse sentido:

"3. A função de "olheiro", que consiste em atuar diretamente na atividade de tráfico, repassando informações sobre a aproximação policial para proteger o comércio ilícito, caracteriza coautoria no crime de tráfico de drogas, sendo inaplicável a desclassificação para o art. 37 da Lei de Drogas, que exige atuação mais distante e desvinculada do núcleo central da narcotraficância." (*HC 854826/SP* – T5 – Quinta Turma – Relª. Minª. Daniela Teixeira – J. 5.11.2024 – DJe 11.11.2024).

"1. Não se admite a capitulação jurídica nos termos do artigo 37 da Lei de Drogas, à conduta de "olheiro", praticada mediante contribuição estável e permanente aos destinatários das informações que possibilitarão a prática do tráfico de drogas, já que a referida figura típica pressupõe o vínculo esporádico e eventual." (AgRg no HC 589320/SP T6 Sexta Turma Relator Ministro Nefi Cordeiro J. 8.9.2020 DJe 14.9.2020). "1. Apesar de a defesa afirmar que não houve menção, por parte do julgador, à estabilidade e à permanência, verifica-se que o acórdão hostilizado trouxe concreta fundamentação a respeito da associação entre os acusados, atentando para o fato de que o ora agravante estaria na condição de "olheiro", bem como a maneira como atuavam em parceria." (STJ - *AgRg no HC 526852/RS* - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - J. 18.2.2020 - DJe 28.2.2020).

Ademais, os recorrentes poderiam até mesmo serem usuários 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.

Apenas a pena de Marcos comporta ajuste.

Na **primeira fase,** os recorrentes são possuidores de maus antecedentes, em relação a Worbert três condenações foram utilizadas nessa etapa da dosimetria do pena (processos: 0031341-74.2012.8.26.0050, fls. 74; 0093435-24.2013.8.26.0050, fls. 75; 0074349-87.2001.8.26.0050, fls.75), assim, sua pena-base foi fixada 1/5 acima do mínimo legal, obtendo-se seis (6) anos de reclusão e seiscentos (600) dias-multa.

Quanto a Marcos uma condenação anterior foi utilizada como maus antecedentes (processo nº 0005385-97.2006.8.26.0266, fls. 61), sua pena foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, obtendo-se em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Pode-se ter discricionariedade na fixação da pena-base mais elevada, desde que fundamentada e proporcional à conduta lesiva, com dados concretos para tanto, não há critério matemático. No Excelso Superior Tribunal de Justiça: "3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no

sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. No presente caso, conforme se observa, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base de 3 meses para o crime do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, pelos maus antecedentes (1 condenação transitada em julgado), mostrando-se proporcional, até porque ficou menor que a majoração usual estabelecida em 1/6" (*AgRg no AREsp 1449050/DF* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 23.4.2019 – DJe 10.5.2019)."3. A pena-base foi proporcional e razoavelmente elevada em 1/4, eis que valoradas negativamente dois vetores do art. 59 do Código Penal, quais sejam, pelos fatos de o paciente ter cometido o delito quando se encontrava em livramento condicional e de possuir maus antecedentes" (*HC 490375/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. 11.4.2019 – DJe 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Destarte, é razoável e proporcional a fração de acréscimo de 1/6 para cada circunstância judicial (*HC 505435/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 4.6.2019 – DJe 17.6.2019). Nesse sentido: *HC 479453/MS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 14.5.2019 – DJe 23.5.2019.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (processo nº 0068433-52.2013.8.26.0050, fls. 74), a pena de Worbert foi majorada em mais 1/6, obtendo-se sete (7) anos de reclusão e pagamento de setecentos (700) dias-multa.

A pena de Marcos foi majorada em mais 1/4, por tratar-se de reincidência específica (processo nº 0001200-98.2015.8.26.0266, fls. 60), todavia, a reincidência específica só pode ser utilizada como único fundamento

para a escolha de fração mais gravosa em casos específicos e exige fundamentação detalhada. Nesse sentido o Tema Repetitivo 1172 "A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso".

Além disso, a agravante da reincidência pode ser compensada com a confissão parcial externada pelo recorrente, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, ficando a sanção inalterada.

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

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

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

Na terceira fase, em razão dos maus antecedentes e 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.

Os maus antecedentes também impedem o redutor: "2. Se no momento do julgamento da ação penal por tráfico de drogas já houver condenação transitada em julgado por fato pretérito, ou seja, cometido em momento anterior ao que ensejou a denúncia que está sendo examinada, resta configurada a existência de maus antecedentes, afastando-se a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006." (**AgRg no AREsp 2301358/PR** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 27.4.2023 – DJe 3.5.2023). Também: **AgRg no HC 787997/SP** – T6 – Sexta Turma – Relª. Minª. Laurita Vaz – J. 27.3.2023 – DJe 31.3.2023.

Ademais, a prova dos autos não deixou dúvida quanto às suas dedicações à atividade criminosa. Os recorrentes foram flagrados praticando a mercancia ilícita em local de grande circulação de usuários de drogas e traficantes. Pela considerável quantidade e variedade de drogas apreendidas é evidente que não eram principiantes, faziam do comércio vil seus meios de vida, estando ligados 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.

As penas são finais, pois mais nada as alteram. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pelas condições insatisfatórias econômicas.

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 inserida 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).

Eles ostenta maus antecedentes e são reincidentes. Reiteram na prática de delitos, possuindo tendências para esse comportamento. Demonstram, pois, conduta social inapropriada. Poderiam emendassem, pois têm consciência dos malefícios de se cometerem uma infração penal, porém, persistem 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**. Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, preferiram realizar o delito ao invés de se comportarem de maneira correta.

Não se pode perder de vista que existia significativa quantidade e natureza dos entorpecentes (cocaína, crack, skunk, K2 e maconha), com alto potencial deletério, poderia prejudicar vários "consumidores", se efetivamente vendidos, o que mostra as suas **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 carcerárias por restritivas de direitos, pois a sanção é superior a quatro (4) anos, além de os apelantes serem reincidentes, 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, vota-se pelo parcial provimento do recurso para redimensionar a pena de Marcos, obtendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso presos (fls. 246). Deverão permanecer no cárcere, porque seria ilógico mantê-los toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de suas responsabilizações, libertá-los, ademais, eles ostentam maus antecedentes e são reincidentes e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que os apelantes são perigosos e ousados, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.