



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000318071

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1513413-64.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALLISON XAVIER DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram ao recurso, preservada, na íntegra, a r. sentença recorrida V.U**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), ANTONIO B. MORELLO E NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 31 de março de 2025.

JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1513413-64.2024.8.26.0228

Apelante: Allison Xavier dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca de São Paulo – Foro Central Criminal da Barra Funda – 8ª

Vara Criminal

Juíza de 1ª Instância: Ana Carolina Munhoz de Almeida

Voto nº 7772

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Preliminar de ilicitude das provas, por ilegalidade da busca pessoal, rejeitada. Fundada suspeita evidenciada. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão do réu corroborada pelos depoimentos coesos dos agentes públicos responsáveis pelo flagrante. Quantidade e diversidade de entorpecentes, aliada às circunstâncias da prisão, denotam a destinação comercial. Condenação mantida. Dosimetria inalterada. Variedade e natureza dos entorpecentes justificam a valoração negativa, nos termos do artigo 42, da Lei n.º 11.343/06. Maus antecedentes configurados. Compensação entre a reincidência e a confissão espontânea. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Regime inicial fechado preservado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Rejeitada a preliminar e, no mérito, recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Allison Xavier dos Santos** contra a r. sentença de fls. 164/172, cujo relatório adoto,

que julgou procedente a ação penal para condená-lo à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, negado o apelo em liberdade.

Inconformada, a defesa apela arguindo, em preliminar, a nulidade da prova, sustentando que a abordagem foi realizada sem fundada suspeita. No mérito, busca a absolvição por insuficiência probatória, em razão da ilicitude das provas obtidas. Subsidiariamente requer a fixação da pena-base no mínimo legal, ou a redução do aumento da pena-base para 1/6 (um sexto) e o abrandamento do regime prisional (fls. 218/224).

O recurso foi processado e respondido em contrarrazões (fls. 232/238).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 247/256).

É o relatório.

A preliminar de nulidade do processo, por ilegalidade da prova, pela suposta ausência de fundada suspeita para a abordagem do acusado, não comporta acolhimento.

O § 2º, do artigo 240, do Código de Processo Penal, estabelece: “*Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior*”.

No caso em tela, conforme será mais amplamente analisado no mérito, os policiais militares responsáveis pelo flagrante realizavam patrulhamento, quando avistaram o acusado que estava em ponto conhecido pelo tráfico, com duas pequenas bolsas e contando dinheiro. Ele foi abordado e preso em flagrante, tendo sido encontrada grande variedade de drogas, prontas para comercialização, nas bolsas que estavam na sua posse.

A fundada suspeita decorre da verificação objetiva do comportamento do indivíduo, calcada na experiência profissional e na capacidade de tirocínio, a qual possibilita a identificação de condutas e situações concretas que justifiquem a abordagem, diante da probabilidade ou da iminência de prática criminosa ou antissocial. A abordagem realizada culminou na apreensão drogas com o réu.

Verifico, portanto, que não há que se falar em arbitrariedade na atuação dos policiais, que agiram em consonância com o disposto no artigo 244, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 244. A busca pessoal independe 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 papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Diante das circunstâncias do caso concreto, a busca pessoal foi realizada em razão de fundada suspeita, de forma regular e válida, respeitados os direitos do averiguado, de modo que não há que se falar em violação a direito individual do acusado, tanto que caracterizado o flagrante.

Nesse sentido:

“PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDAS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE AUTORIZADA. BUSCA PESSOAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADAS RAZÕES. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO

AGRAVADAS. (...) III - A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada 'busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior'. Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que 'a busca pessoal independe 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 papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar'. Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, verifica-se que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez que o ora agravante, que trafegava por via pública já conhecida pelos agentes como ponto utilizado para a realização do comércio espúrio com uma sacola em suas mãos, ao notar a presença de equipe policial que realizava patrulhamento de rotina, apresentou acentuado nervosismo, o que causou estranheza nos milicianos, que decidiram, somente então, realizar a abordagem. Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada. (...)” (STJ. AgRg no HC n. 684.062/SP, relator Jesuíno Rissato, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 3/11/2021).

Saliento que o réu se encontrava na posse das drogas apreendidas, razão pela qual o ilícito já havia se configurado, posto que o tráfico é crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, por deliberação exclusiva de seu agente ativo.

Logo, não vislumbro ilicitude ou irregularidade na abordagem do acusado e na apreensão das drogas, não havendo que se falar em ilicitude da prova.

Rejeitada a preliminar, no mérito, o recurso deve ser desprovido.

Narra a denúncia (fls. 73/75 – negrito original) que “... no dia 01 de junho de 2024, no por volta das 10h30, na Rua José de Castro Lima Filho, 235, São Lucas, nesta Capital, **ALLISON XAVIER DOS SANTOS**, qualificado a fls. 15, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, (i) **21** (vinte e um) invólucros plásticos fechados encerrando porção de fragmentos vegetais da substância **Tetrahydrocannabinol (THC)**, popularmente conhecida como “**maconha**”, contendo aproximadamente 144,8g (cento e quarenta e quatro gramas e oito decigramas), (ii) **1** (um) invólucro plástico encerrando porção de material particulado no formato de comprimido popularmente conhecida como “**ecstasy**”, contendo aproximadamente 0,6g (seis decigramas), cujo caráter estupefaciente será comprovado mediante juntada oportuna do exame químico-toxicológico, (iii) **15** (quinze) microtubos plásticos encerrando porção de material sólido particulado da substância **cocaína**, popularmente conhecida como “**crack**”, contendo aproximadamente 15g (quinze gramas), (iv) **77** (setenta e sete) invólucros plásticos fechados encerrando porção de fragmentos vegetais da substância **Tetrahydrocannabinol (THC)**, popularmente conhecida como “maconha”, contendo aproximadamente 133,4g (cento e trinta e três gramas e quatro decigramas), (v) **27** (vinte e sete) frascos plásticos fechados encerrando porção de fragmentos vegetais da substância **Tetrahydrocannabinol (THC)**, popularmente conhecida como “maconha”, contendo aproximadamente 5,7g (cinco gramas e sete decigramas), (vi) **28** (vinte e oito) invólucros plásticos fechados encerrando porção de fragmentos vegetais da substância **Tetrahydrocannabinol (THC)**, popularmente conhecida como “**skunk**”, contendo aproximadamente 40g (quarenta gramas) e (vii) **42** (quarenta e

dois) invólucros plásticos encerrando porção de material sólido particulado da substância **cocaína**, contendo aproximadamente 20,2g (vinte gramas e duas decigramas), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. B.O. nº HM3339-1 de fls. 31/36, auto de exibição e apreensão de fls. 09/10 e laudo de constatação de fls. 20/25).

Conforme apurado, na data dos fatos, o denunciado trazia consigo as drogas acima descritas, com o fim de entregá-las ao consumo de terceiros, na comunidade do “Mata Porco”, em local notoriamente conhecido por se tratar de ponto de comercialização de entorpecentes.

Policiais militares, em patrulhamento no local, avistaram o denunciado em atitude suspeita, uma vez que ele estava sentado na calçada da via pública e trazia consigo duas bolsas pequenas com alças transversais junto ao corpo, até que manifestou nervosismo e desconforto, tentando fugir ao avistar a presença dos policiais, sendo prontamente abordado.

Os policiais encontraram ao seu lado uma sacolinha plástica, dentro da qual havia porções fracionadas de cocaína, crack, maconha e ecstasy. Em revista pessoal, os policiais encontraram em sua posse a quantia de R\$ 1.016,00, em notas e moedas trocadas, um aparelho celular e uma folha contendo a contabilidade do tráfico.

Em revista efetuada no interior das referidas bolsas, os policiais encontraram ainda outras drogas da mesma qualidade, sendo possível quantificar no total 28 potinhos plásticos com um adesivo escrito skunk, 121 eppendorf's de crack, 21 tabletes de maconha, 42 invólucros plásticos contendo cocaína, 1 comprimido de ecstasy e 77 porções de maconha e outros 27 potinhos plásticos contendo maconha.

Indagado, ele confessou a comercialização de entorpecentes no local há pouco tempo. Diante dos fatos, os entorpecentes,

as bolsas, o dinheiro e celular foram apreendidos e o denunciado, preso em flagrante delito e conduzido à Delegacia de Polícia. Interrogado na presença de seu advogado, ele silenciou (fls. 05).

As circunstâncias em que se deram os fatos, bem como a quantidade e forma de acondicionamento das substâncias, as quais estavam em diversas porções individuais prontas para consumo, além da presença de elevada quantia dinheiro, cuja origem não foi comprovada por documentação idônea, evidenciam a destinação das substâncias a terceiros, de forma a configurar o crime de tráfico de drogas.”.

A materialidade do delito está consolidada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01 e 17), boletim de ocorrência (fls. 31/361), auto de exibição e apreensão dos entorpecentes, celular, folha de caderno pautada, com supostas anotações do tráfico, bolsinhas com prováveis resquícios de substância entorpecente e R\$ 1.016,00 (mil e dezesseis reais) (fls. 09/10), laudo de constatação provisória (fls. 20/25), exame químico-toxicológico, atestando as massas líquidas de 144,8g de maconha (item 1), 0,6g de MDA – Tenanfetamina (item 2), 15g de cocaína na forma de *crack* (item 3), 133,4g de maconha (item 4), 5,7g de maconha (item 5), 40g de maconha (item 6) e 20,2g de cocaína (item 7) (fls. 97/100), bem como pela prova oral coligida.

A autoria, igualmente, é inconteste.

Silente na fase policial (fls. 05), o acusado confessou a prática delitiva, em juízo. Disse que foi seu primeiro dia vendendo drogas no local. Ganharia R\$ 100,00 (cem reais), por dia, para realizar a venda das drogas. Estava sentado, mexendo no celular, quando os policiais chegaram e o abordaram (mídia de fls. 149).

Sublinho o valor da confissão como elemento de prova, em especial porque que se coaduna com o restante das provas amealhadas aos autos.

Ouvido na fase extrajudicial, o policial militar Renato

Gambini, disse que *“estava em patrulhamento com o CB PM FARIAS na VTR M-21211, nesta data, por volta das 10h30, pela Rua José de Castro Lima Filho, São Lucas, São Paulo-SP, logradouro localizado na Comunidade conhecida como “MATA PORCO”, onde há notícias de comercialização assídua de entorpecentes, quando, na altura do numeral 235, avistou um indivíduo sentado na calçada da via pública, com duas bolsas pequenas com alça transversal junto ao corpo, o qual demonstrou nervosismo e desconforto ao visualizar a viatura policial, tentando, inclusive, empreender fuga, razão pela qual decidiu realizar a sua abordagem. Durante procedimento, o sujeito foi identificado como sendo ALISSON XAVIER DOS SANTOS. Ao seu lado, localizou uma sacolinha plástica contendo diversas substâncias, dentre elas, porções de pó esbranquiçado, vegetais esverdeados, um comprimido, sendo suas características semelhantes a cocaína, crack, maconha e ecstasy, respectivamente. Diante daquele cenário, procedeu, então, à busca pessoal em ALISSON, logrando êxito em localizar, no interior das bolsas que carregava consigo, as mesmas substâncias entorpecentes. Ademais, encontrou em sua posse a quantia de R\$ 1.016,00 (mil e dezesseis reais) em notas trocadas, uma folha de caderno pautada com supostas anotações acerca da mercância de entorpecentes e um aparelho celular. Após contagem das drogas, contabilizou a quantia de: 28 potinhos plásticos com um adesivo escrito skunk, 121 eppendorf's de substância aparentando crack/cocaína, 21 tabletes com substância aparentando maconha, 42 invólucros plásticos com substância esbranquiçada aparentando cocaína; 1 comprimido em formato triangular aparentando ecstasy; 77 invólucros plásticos contendo substância esverdeada aparentando maconha, 27 potinhos plásticos contendo substância aparentando maconha. Que entrevistou-o ainda no palco dos fatos, tendo ALISSON revelado ser comerciante de entorpecentes e que os vendia há pouco tempo naquele local. Em face da situação, capturou e conduziu ALISSON XAVIER DOS SANTOS, apresentando-o nesta Unidade Policial para adoção dos Atos de Polícia Judiciária. Ressalta, por fim, que usou moderadamente dos meios necessários para algemá-lo, tendo em*

vista o receio de fuga.” (fls. 02/03).

Em juízo, o policial militar Renato afirmou que durante patrulhamento, avistou um indivíduo sentado, contando dinheiro, na via pública. Diante da suspeita, a equipe realizou a abordagem. O acusado estava próximo a uma lixeira e com ele, foram encontradas as sacolas contendo os entorpecentes e o dinheiro. O réu confessou que estava iniciando a atividade ilícita e portava uma quantidade maior de drogas, para evitar deslocamentos frequentes até o local onde os entorpecentes eram armazenados. Reiterou que a abordagem foi motivada pelo fato de o acusado estar manuseando dinheiro em um local já conhecido pelo tráfico de drogas (mídia de fls. 149).

Seu colega de farda, Gildo de Sousa Farias Junior, na fase extrajudicial, disse que *“estava em patrulhamento com o CB PM GAMBINI na viatura M-21211 da Polícia Militar, quando por volta das 10h30, pela Rua José de Castro Lima Filho, São Lucas, São Paulo-SP, logradouro localizado na Comunidade conhecida como “MATA PORCO”, onde há notícias de comercialização assídua de entorpecentes, quando, na altura do numeral 235, foi avistado um indivíduo sentado na calçada da via pública, com duas bolsas pequenas com alça transversal junto ao corpo, o qual demonstrou nervosismo e desconforto ao visualizar a viatura policial, tentando, inclusive, empreender fuga, razão pela qual foi decidida a realização da abordagem. Durante procedimento, ALISSON XAVIER DOS SANTOS. Ao seu lado, foi localizada uma sacolinha plástica contendo diversas substâncias, dentre elas, porções de pó esbranquiçado, vegetais esverdeados, um comprimido, sendo suas características semelhantes a cocaína, crack, maconha e ecstasy, respectivamente. Diante daquele cenário, foi decidida, então, à busca pessoal em ALISSON, logrando êxito em localizar, no interior das bolsas que carregava consigo, as mesmas substâncias entorpecentes. Ademais, foram encontrados a quantia de R\$ 1.016,00 (mil e dezesseis reais) em notas trocadas, uma folha de caderno pautada com supostas anotações acerca da mercância de entorpecentes e*

um aparelho celular. Que ao ser entrevistado ainda no palco dos fatos, ALISSON revelou ser comerciante de entorpecentes e que os vendia há pouco tempo naquele local. Em face da situação, foi ELE capturado e conduzindo ALISSON XAVIER DOS SANTOS a esta Delegacia.” (fls. 04).

Sob o crivo do contraditório, o policial Gildo afirmou que durante patrulhamento, avistou um indivíduo contando dinheiro, em um local conhecido pelo tráfico de drogas. Diante da suspeita, fez o retorno com a viatura e surpreendeu o acusado, que estava com duas bolsas contendo entorpecentes e o dinheiro apreendido. Quando percebeu a presença policial, o acusado não tentou fugir, pois já estava cercado. O réu afirmou, no momento da abordagem, que trabalhava no local, vendendo drogas (mídia de fls. 149).

Oportuno ressaltar que a palavra dos agentes públicos merece credibilidade, não podendo ser invalidada sem devida comprovação de sua inidoneidade, de sorte que seus depoimentos, aliados às demais provas produzidas nos autos, são aptos a embasarem o édito condenatório.

Esse é o entendimento de C. Superior Tribunal de Justiça:

“(…) no que atine à questão da validade dos depoimentos funcionais, esta eg. Corte também é pacífica no sentido de que eles merecem a credibilidade e a fé pública inerente ao depoimento de qualquer servidor estatal no exercício de suas funções, principalmente, quando ausentes indícios de que houvesse motivos pessoais para a incriminação injustificada dos investigados. (...)” (STJ, HC 705060/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato, Quinta Turma, data do julgamento 15/02/2022, DJe 21/02/2022).

Sobre o tema, transcrevo trecho de voto do Eminentíssimo Desembargador Francisco Bruno:

“(…) Não se pode presumir que agentes públicos, no desempenho de suas funções, tenham que adotar conduta

diversa da natural apenas com o intuito de justificar as suas ações. (...) A jurisprudência é firme no sentido de que, aliado a outras provas, o depoimento dos policiais é suficiente para comprovar a autoria e a materialidade do crime de tráfico (...)" (TJSP, 10ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Francisco Bruno, Apelação nº 1501756-28.2024.8.26.0228, data do julgamento 06/09/2024).

O conjunto probatório demonstrou que o acusado praticou o tráfico de drogas.

Os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante foram coesos, descrevendo a abordagem do réu, motivada pelo fato de ele estar contando dinheiro em via pública, em ponto de tráfico de drogas e portar duas pequenas bolsas. Relataram, ainda, a apreensão das drogas, nos exatos termos da denúncia.

Friso que não consta, dos autos, que os policiais militares tivessem algum motivo para injustamente acusarem o réu, e a Defesa não apontou qualquer fato que pudesse colocar em dúvida a credibilidade de seus depoimentos.

Destaco que o réu confessou a prática delitiva, dizendo que havia começado a traficar no local, na data dos fatos.

Conforme se verifica, não há nada, nos autos, que indique que os policiais pudessem ter forjado a acusação contra o réu, que não produziu prova alguma nesse sentido, ônus que lhe competia, conforme o artigo 156, do Código de Processo Penal.

Ressalto que não há necessidade de se flagrar a comercialização da droga para a configuração do crime de tráfico. O tipo penal previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, é misto alternativo, bastando que o agente incorra em qualquer das condutas descritas no tipo penal, para que o crime se configure.

A quantidade e diversidade de porções apreendidas, a

forma de acondicionamento e as circunstâncias da prisão não deixam margem a dúvidas, acerca de sua destinação mercantil.

Portanto, o conjunto probatório é consistente, estando comprovadas a materialidade e a autoria do delito, de forma que a condenação, tal qual lançada, era mesmo de rigor, tanto que defesa sequer almeja a absolvição.

Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no piso, levando-se em consideração *“a variedade e a natureza das drogas que eram traficadas, cocaína, maconha e tenanfetamina (MDA), de especial poder lesivo à saúde dos usuários, circunstância que torna o delito de maior reprovabilidade”* (fls. 171), bem como os maus antecedentes do acusado (processo 1506412-19.2020.8.26.0050, trânsito em julgado em 17/03/2021, fls. 88).

Anoto que a variedade e a natureza das drogas apreendidas, consistentes em *ecstasy*, maconha, *skunk*, cocaína e cocaína na forma de *crack*, totalizando 211 (duzentas e onze) porções, com peso líquido somado de 359,7g, é considerável, o que denota maior reprovação, nos termos do artigo 42, da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido (grifei):

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso

*próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza do entorpecente, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. **Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base em 1/3 mostra-se razoável, sendo 1/6 para quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos - 20 eppendorff's de cocaína (16,3g) e 18 eppendorff's de crack (4,4g) - e 1/6 para os maus antecedentes, e, sobretudo, considerando os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão. Habeas corpus não conhecido.**" (STJ, 5ª T., HC 413.889, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 12/09/2017, DJe 19/09/2017).*

A condenação utilizada para fins de maus antecedentes também caracteriza a hipótese de reincidência. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que, havendo mais de uma condenação apta a configurar a reincidência, uma delas possa ser utilizada para fins de reconhecimento dos maus antecedentes, como no caso dos autos.

Nesse sentido (grifei):

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA

*PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES DISTINTAS EM FASES DIFERENTES DA DOSIMETRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em recurso de apelação criminal, reduziu a pena-base ao mínimo legal sob o fundamento de que não seria admissível considerar uma condenação anterior tanto para configurar reincidência quanto para caracterizar maus antecedentes, em respeito ao princípio da vedação ao bis in idem. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é possível utilizar condenações distintas para fundamentar, separadamente, a reincidência e os maus antecedentes na dosimetria da pena; e (ii) estabelecer se o entendimento do Tribunal de origem está em desacordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao uso de condenações pretéritas nas diferentes fases da dosimetria sem configurar bis in idem. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de condenações distintas para fundamentar, separadamente, os maus antecedentes na primeira fase e a reincidência na segunda fase da dosimetria da pena, desde que se tratem de condenações diferentes, o que não caracteriza bis in idem. 4. A individualização da pena é uma atividade discricionária do julgador, que deve seguir parâmetros legais e observar os princípios de proporcionalidade e razoabilidade, sendo passível de revisão apenas em casos de manifesta ilegalidade ou abuso de poder. 5. **No caso dos autos, verificou-se que o recorrido possui dupla reincidência, e a jurisprudência do STJ permite que condenações anteriores sejam utilizadas na dosimetria para majorar a pena-base por maus antecedentes e, em fase distinta,***

agravar a pena pela reincidência. 6. *Decisões do STJ reiteram que a majoração da pena com base em maus antecedentes e reincidência, usando condenações distintas, não viola o princípio do bis in idem e é compatível com os critérios de individualização da pena, inclusive no contexto do tráfico de drogas e outras infrações penais graves. IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, 5ª T., REsp 2.062.898, rel. Min. Daniela Teixeira, j. 17/12/2024, DJEN 23/12/2024).*

Friso que reconhecidas duas circunstâncias judiciais negativas, adequado o emprego da fração de 1/3 (um terço), conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (grifei):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, C.C. ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DE DUAS VETORIAIS. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUMENTO EM 1/5 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO PUNITIVA ADEQUADO. PENA PROVISÓRIA. RECONHECIMENTO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES. FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/5 PROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DE ESCOLHA DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO. EXTENSÃO PERCORRIDA DO ITER CRIMINIS. GRAU DE PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. EXAURIMENTO DOS MEIOS DE EXECUÇÃO DISPONÍVEIS. REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/3 JUSTIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar este parâmetro prudencial, a

*exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. A lei não prevê as frações que serão aplicadas no caso incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 ou o seu aumento em montante superior a esse mesmo patamar, para cada circunstância, devem ser devida e concretamente fundamentados. **Estando-se, na hipótese, diante de duas circunstâncias judiciais negativadas, com a devida motivação, a jurisprudência desta Corte admitiria a exasperação da pena-base em até 1/3 sobre o mínimo legal, sem que o órgão julgador tivesse que oferecer qualquer justificativa adicional para o quantum aplicado, com remissão à particular gravidade do delito apenado.** Assim, no caso, em verdade, a pena imposta ao paciente foi mais branda. O mesmo ocorreu na segunda fase da dosimetria, na qual foram reconhecidas duas circunstâncias agravantes - recurso que dificultou a defesa da vítima e violência doméstica -, que, combinadas, legitimariam o incremento punitivo em até 1/3 sobre a pena-base, sem a necessidade de maior esforço argumentativo do órgão julgador. (...) Habeas corpus não conhecido. (STJ, 5ª T., HC 534.173, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/12/2019, DJe 19/12/2019).*

Na segunda fase, a agravante da reincidência (processo 1515190-89.2021.8.26.0228, trânsito em julgado em 07/10/2021, fls. 89) foi integralmente compensada com a atenuante da confissão, nos

termos do Tema 585, do STJ (grifei):

“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”.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição, a reprimenda permaneceu inalterada.

Não era mesmo o caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por expressa vedação legal, vez que o réu é reincidente.

Considerando que o réu é reincidente, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis e a quantidade de pena imposta é superior a quatro anos, o regime inicial fechado deve ser mantido, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (grifei):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME MAIS GRAVOSO. DETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Corte a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergem

elementos suficientemente idôneos de prova a enaltecer a tese de autoria delitiva imputada pelo Parquet ao acusado, a corroborar, assim, a conclusão aposta na motivação do decreto condenatório, pelo delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006. Dessa forma, rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça, para decidir pela absolvição, tendo em vista a ausência de comprovação acerca do vínculo associativo estável e permanente entre os envolvidos, como requer a acusação, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. 3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. 4. Considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo) a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (ut, AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1.617.439/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 28/9/2020). Precedentes. 5. No caso concreto, tendo em vista os maus antecedentes e a elevada quantidade do entorpecente apreendido - 21.836,97g de maconha, quase 22kg - não há qualquer ilegalidade elevação da pena-base em 1/3, o que se mostra

razoável e proporcional, até benéfico, ao caso concreto. 6. Em atenção ao artigo 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva em 4 anos e 8 meses de reclusão, o acusado possui maus antecedentes e é reincidente, além da elevada quantidade do entorpecente apreendido, inclusive utilizada para exasperar a reprimenda inicial, tudo a justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado. 7. No caso dos autos, mostra-se irrelevante a discussão acerca do tempo de prisão provisória, conforme dispõe o art. 387, § 2º, do CPP, para fins de escolha do regime inicial de cumprimento da pena. Isso porque, conforme se observa nos autos, ainda que descontado o período de prisão cautelar, não haveria alteração do regime inicial fixado na condenação, pois o agravamento do regime está baseado na existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), na reincidência do acusado e na quantidade da droga apreendida, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. 8. Agravo regimental não provido. (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 2.084.873, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14/06/2022, DJe 20/06/2022).

Pelos motivos acima mencionados, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (artigo 44, do Código Penal).

Confirmada a condenação, a custódia cautelar deve ser mantida, garantindo-se a ordem pública e assegurando-se a aplicação da lei penal, conforme preceitua o artigo 312, do Código de Processo Penal.

Ex positis, pelo meu voto, **rejeito** a preliminar e, no mérito, **nego** ao recurso, preservada, na íntegra, a r. sentença recorrida.

JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO

Relatora