



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000329993

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501225-67.2024.8.26.0542, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que são apelantes WANDERSON MACHADO e JOÃO VICTOR RODRIGUES LIMA DOMINGOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. 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 LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9522

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1501225-67.2024.8.26.0542

Apelante: Wanderson Machado e João Victor Rodrigues Lima Domingos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Santana de Parnaíba

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Preliminar afastada. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autorias comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Penas escoreitas. Circunstâncias do caso e concreto que impõe o recrudesimento da pena-base. Réus multirreincidentes específicos. Inaplicável o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Regime fechado mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wanderson Machado e João Victor Rodrigues Lima Domingos contra a r. sentença (fls. 266/296) que julgou procedente a ação penal para condená-los, como incursos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, cada qual, às penas de 8 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 875 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 319/352), arguiu, preliminarmente, a nulidade das provas encartadas aos autos posto que obtidas por meio de atuação ilegal da guarda municipal. Quanto ao mérito, pugnou pela absolvição dos réus por ausência de elementos sólidos de materialidade e autoria para lastrear a condenação criminal.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 373/376), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 395/402).

É o relatório.

Infere-se dos autos que WANDERSON MACHADO e JOÃO VICTOR RODRIGUES LIMA DOMINGOS foram processados como incursos nas

penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 10 de abril de 2024, por volta das 21h03, na Rua Moacyr da Silveira, n.º 1788, Parque Santana, na cidade e comarca de Santana de Parnaíba, agindo com unidade de desígnios, identidade de propósitos e comunhão de esforços, guardavam, para entrega a consumo de terceiros, 12 (doze) porções de maconha, com peso líquido total de 13,84 gramas; e, 149 (cento e quarenta e nove) porções de cocaína, com peso líquido de 32,52 gramas, (conforme auto de exibição e apreensão a fls. 19 e laudo de constatação as fls. 23/27), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo se apurou “(...) *WANDERSON e JOÃO VICTOR resolveram praticar o comércio ilícito de drogas nesta urbe. Para tanto, armazenavam as substâncias acima descritas, já devidamente embaladas para entrega no varejo.*

Ocorre que, no dia dos fatos, guardas municipais receberam denúncia anônima acerca de dois indivíduos que estavam realizando o tráfico de drogas no local, ocasião em que foram repassadas as características e vestimentas dos referidos indivíduos.

Assim, os servidores públicos dirigiram-se ao local indicado, onde se depararam com os DENUNCIADOS, os quais possuíam as mesmas características e vestimentas informadas na denúncia anônima, o que ensejou a abordagem.

WANDERSON, ao ser abordado, confessou, informalmente, que iniciou a venda de drogas no local às 19h, sendo que cada porção era vendida por R\$ 10,00, e que JOÃO VICTOR tinha a função de “tesoureiro”, pois recebia o dinheiro do comprador.

Após a indicação de WANDERSON, as substâncias ilícitas foram encontradas dentro da caçamba de entulho, nas proximidades dos DENUNCIADOS.

Tendo em vista a variedade e quantidade das substâncias encontradas, sua forma de acondicionamento em porções individuais, as circunstâncias da apreensão, concluiu-se que a droga apreendida se destinava efetivamente ao consumo de terceiros. (...)”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurgem os apelantes, por meio dos recursos que se passa a analisar.

Inicialmente, devem ser analisadas as preliminares arguidas pelas d. Defesas.

No presente caso, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas em decorrência da violação do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a abordagem e a revista pessoal realizadas pelos agentes de segurança decorreram de fundada suspeita da traficância exercida pelos réus, ressalta-se que a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência deram conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas, inexistindo nos autos qualquer prova de desmotivação, excesso ou ilegalidade.

A esse respeito, destaca-se que *“Havendo fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada. Precedente”* (HC 552.395/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 05/03/2020).

Desse modo, não se extrai ilegalidade na revista pessoal e nas provas obtidas pelos agentes. Nesse sentido é o posicionamento desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico privilegiado. Sentença condenatória. **Preliminar afastada. Legitimidade da atuação da GCM em casos de prisão em flagrante.** Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Dosimetria corretamente fixada. Redução pelo art. 33, §4º da LD em ½ (metade), ante a valoração da quantidade de droga apreendida. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1502401-53.2024.8.26.0228; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/06/2024; Data de Registro: 24/06/2024, gn)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de Drogas. Pleito Defensivo: absolvição por insuficiência probatória e ilegalidade da ação da guarda municipal. Preliminar analisada com o mérito. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Palavras dos agentes públicos corroboradas por demais elementos acostados aos autos. Quantidade de drogas apreendida. Tráfico evidenciado. **Negativa destituída de outros elementos probatórios. Inocorrência de nulidade da ação da GCM. Hipótese de flagrante – situação que não se caracteriza como exercício de polícia judiciária ou investigativa – legitimidade de qualquer do povo realizar a prisão em flagrante (CPP, art. 301). Atuação sem fim investigativo ou invasivo. Guardas Civis Municipais que integram o Sistema de Segurança Pública.** Condenação mantida. Dosimetria: pena-base no mínimo legal. Necessidade ante a ausência de circunstâncias judiciais que justifiquem o aumento. Terceira fase – Impossibilidade de reconhecimento da causa de diminuição do §4º, do art. 33, diante da elevada quantidade de entorpecentes e das demais circunstâncias que evidenciam dedicação a atividades delituosas. Ausência de comprovação de atividade regular lícita. Regime inicial fechado necessário para a prevenção e reprovação do crime. Recurso parcialmente provido, para o fim de reduzir a pena do réu para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal. (TJSP; Apelação Criminal 1500790-02.2023.8.26.0616; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/02/2024; Data de Registro: 20/02/2024, gn)

Não se olvide ser prescindível o mandado judicial para realização de revista pessoal, especialmente por tratar-se o tráfico de drogas de delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo, não se verificando erro

procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e artigos 157, 564, inciso IV e 244 todos do Código de Processo Penal.

Por seu turno, não se avista a ilegalidade apontada pela d. Defesa na atuação dos guardas municipais.

Nos termos do art. 144, §8º da Constituição Federal, “*Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei*”, a concluir-se que a Guarda Municipal apenas não foi inserida no rol do *caput* porquanto a correspondente constituição foi delegada às Municipalidades.

Com efeito, a ausência de menção no *caput* do supracitado dispositivo constitucional não implica dizer que a instituição não ostenta a condição de órgão de segurança pública, notadamente pela localização topográfica do referido dispositivo constitucional, qual seja, no “Capítulo III – Da Segurança Pública”.

Nessa esteira, estabelece o artigo 9º, §2º, inciso VII, da Lei nº 13.675/2018 que as guardas municipais são integrantes operacionais do Susp (Sistema Único de Segurança Pública), como já reconhecido pela jurisprudência pátria: “*As guardas municipais são reconhecidamente órgãos de segurança pública e aquelas devidamente criadas e instituídas integram o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP)*”.(STF, Plenário, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Data do Julgamento: 28/08/2023)

Nessa linha de inteligência, a Lei Federal nº 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, estabelece em seu artigo 3º, incisos III, IV e XIV, como princípios mínimos de atuação das guardas municipais, o patrulhamento preventivo, a colaboração de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social, bem como o encaminhamento do autor da infração ao delegado de polícia, diante de flagrante delito.

Em suma, os referidos dispositivos legais não deixam margem a qualquer dúvida de interpretação de que o legislador, seguindo as diretrizes do constituinte, não excluiu a segurança da competência da Guarda Civil Municipal, portanto, inexistente fundamento para impedir a colaboração dos guardas municipais na

segurança pública, sobretudo no que diz respeito à prevenção e repressão da criminalidade.

No mesmo sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento:

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRISÃO EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I. Caso em exame 1. Prisão realizada por guardas municipais. II. Questão em discussão 2. Legalidade das diligências realizadas pelas guardas municipais. III. Razões de decidir 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 995/DF, deu interpretação conforme à Constituição aos arts. 4º da Lei n. 13.022/2014 e 9º da Lei n. 13.675/2018 e declarou **inconstitucionais “todas as interpretações judiciais que excluam as guardas municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do sistema de segurança pública”**. 4. **Não há ilegalidade nas prisões, busca pessoal ou diligências para averiguação realizadas pelas guardas municipais**. IV. Dispositivo e tese 5. Agravo regimental improvido.

(RE 1503880 ED-AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-12-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-12-2024 PUBLIC 12-12-2024)

Tal entendimento é corroborado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Não se verifica ilegalidade na ação da Guarda Municipal, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante - art. 301 do Código de Processo Penal. Precedentes.
2. O **Supremo Tribunal Federal julgou procedente pedido formalizado na ADPF n. 995/DF, relator Ministro Alexandre de Moraes, 'declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública'**.
3. No caso, não se verifica a apontada ilicitude probatória decorrente da abordagem dos agentes da Guarda Municipal, os quais foram informados da realização de evento em específica localidade, onde estaria havendo intenso comércio de entorpecentes, inclusive mediante a intimidação de moradores locais. A fim de verificar a veracidade das informações, os guardas se deslocaram até o referido evento, sendo que um morador apontou quem eram as pessoas que estavam comercializando drogas, e o local.
4. Ao se aproximarem do beco indicado, um indivíduo, em cima de um muro, ao visualizar a viatura, gritou em tom de alerta "sopa" e os demais indivíduos que lá se encontravam saíram correndo. O ora agravante era um destes indivíduos, e dispensou uma sacola ao solo durante a fuga, contendo quarenta e oito microtubos de substância posteriormente identificada como cocaína e duas buchas de maconha.
5. Mostrando-se nítida a situação de flagrante delito quando, indicada a prática do crime em local determinado, as pessoas suspeitas se evadem ao visualizar os guardas e dispensam mercadoria do tráfico, é **justificada a atuação da Guarda Municipal**, não havendo nulidade. Precedentes.
6. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC n. 862.202/MG, relator Ministro Og Fernandes,

Sexta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 23/10/2024, g.n.)

No mesmo sentido, já se pronunciou esta C. Câmara Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO (MP). FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Apelado absolvido com fundamento nos arts. 157 e 386, II, CPP, devido ao reconhecimento da ilicitude das provas acostadas aos autos. 2. Recurso ministerial: (i) **reconhecimento da legalidade da atuação dos guardas civis municipais, eis que o art. 5º da Lei nº 13.022/14 atribui à CGM a função de proteger sistemicamente a população e de colaborar de forma integrada com os órgãos de segurança pública em ações conjuntas que contribuam para a paz social**; e o art. 301 do CPP permite que qualquer um do povo prenda quem quer que seja encontrado em flagrante delito; e (ii) condenação do apelado como incurso no art. 155, § 4º, incisos I e II, CP. 3. A legislação autoriza expressamente que a captura em flagrante delito seja realizada por qualquer pessoa, independentemente de sua atividade profissional, nos termos do art. 301, CPP. Portanto, afigura-se absolutamente legítima a atuação dos guardas civis municipais que procederam à prisão em flagrante delito do apelado (STJ. HC n. 471229/SP; AgRg no HC n. 810.514/SP; RHC 20.714/SP). 4. Além disso, as Guardas Civis Municipais foram inseridas no rol de integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 2º, VII da Lei nº 13.675/18) e são importantíssimas no combate à criminalidade, não se justificando uma atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais, pois todas fazem parte do SUSP (STF. ADPF 995). 5. A materialidade e a autoria do crime previsto no art. 155, § 4º, II, CP, foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 6. A mesma conclusão não se estende à qualificadora do art. 155, § 4º, I,

CP, que não foi amparada nas provas apresentadas e, por isso, não pode ser imputada ao apelado. 7. O apelado ostenta péssimos antecedentes criminais, o que justifica a exasperação de sua pena-base em fração superior a 1/6 (STJ. AgRg no AREsp n. 1.116.974/MG). 8. A fração para a diminuição da pena em decorrência da tentativa deve ser determinada de maneira inversamente proporcional ao "iter criminis" percorrido (STJ. HC 226359/DF). 9. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1502814-15.2024.8.26.0536; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/01/2025; Data de Registro: 21/01/2025, g.n.)

Ad argumentandum tantum, disciplina o Código de Processo Penal, no art. 301, que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, do que exsurge a legitimidade da ação que culminou na prisão em flagrante do réu.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, “Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexiste óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes” (RHC 94.061/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/4/2018). Ainda, “não há que se falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, conseqüentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais, que estavam de ronda e foram informados da ocorrência da prática do tráfico de drogas na ocasião, se pode fazê-lo qualquer do povo” (RHC nº 20.714, Rel. Min. Hamilton Carvalhido) (...)” (Apelação nº 0001012-10.2014.8.26.0309. Colenda 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Laerte Marrone).

Ainda, cumpre ressaltar que, no momento dos fatos, os guardas municipais avistaram os réus em atos de mercancia, quando eles empreenderam fuga, tendo sido presos em flagrante, após a perseguição.

Assim a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência não recomendariam interrupção de continuidade, especialmente, porque revelou situação de fato verdadeira, afigurando-se legítima atuação da guarda municipal e consequente licitude da busca pessoal.

Dessa forma, a preliminar de nulidade não merece acolhimento.

Isto posto, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 06), boletim de ocorrência (fls. 07/11), auto de exibição e apreensão (fls. 24), termos de depoimento (fls. 14/17) e do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 28/32 e 208/210) que atestaram que as substâncias apreendidas eram proibidas.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas, em Juízo (mídia audiovisual), pelas testemunhas, Guardas Municipais Cíveis, Ademir Tolentino de Santana e Luciano Vasconcelos Chagas.

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo MM. Juiz *a quo*, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Ademir, guarda municipal, narrou que estavam fazendo um bloqueio pelas proximidades quando receberam uma denúncia anônima de dois indivíduos fazendo a mercancia de drogas. Deslocaram-se até do local, uma testemunha informou que um indivíduo estava usando camiseta azul e boné branco e o outro estava de bermuda vermelha e camiseta bege. Avistaram os acusados e realizaram a abordagem. WANDERSON confessou que está traficando e tinha assumido o ponto de tráfico às 19h. JOÃO VICTOR negou que estava traficando. Encontraram duas sacolas pretas dentro de uma caçamba de lixo próximo ao local. Estava há cerca de 02 metros de distância dos acusados. O local é conhecido como ponto de tráfico. Tinham outras pessoas próximo ao local, mas, os réus coincidiam com as características que

passaram para os guardas. JOÃO VICTOR também estava comercializando os entorpecentes. Conhecia WANDERSON de plantões anteriores, pois, o réu empreendeu fuga dos guardas municipais. Os acusados empreenderam fuga quando viram a viatura. Tinham outras pessoas na adega próximo ao local, mas, não apontaram que os acusados estavam traficando no local. Não houve campanha anteriormente. Conhece o pai de WANDERSON de vista.

11.2.) Luciano, guarda municipal, narrou que estavam patrulhando no local, pois, é conhecido como ponto de tráfico. Conhece WANDERSON e a família do réu. Próximo ao local havia uma adega. Anteriormente, tentaram realizar a abordagem de WANDERSON, mas, o acusado empreendeu fuga. Receberam uma denúncia passando as características dos acusados. Os réus estavam do lado de fora da adega. Conhecia o acusado e enquanto conversava com ele, WANDERSON confessou que estava traficando no local. JOÃO VICTOR negou que estava traficando. Encontraram maconha e cocaína em uma lata de lixo. É amigo de infância do pai de WANDERSON. Tem uma boa relação com o acusado. (...).”

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016).

Os guardas descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição dos guardas no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes da autoridade não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos dos agentes são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Por sua vez, os apelantes, em juízo (mídia audiovisual), indicando capacidade moral para delinquir, experientes em figurar no polo passivo de relação jurídica-processual criminal, negaram a prática delitiva de forma genérica e abstrata. O correu Wanderson disse que “(...) *foi até a adega para beber e “curtir um momento” (sic 00:19:00). Foram abordados. Conhece o guarda municipal Luciano desde que nasceu. Não confessou que estava traficando. Luciano tem algo*

contra o acusado, pois, já tentou matar o acusado, em outra ocasião, em que o acusado estava comprando drogas. Já foi processado por tráfico. Trabalhava como ajudante de pedreiro. Não conhece JOÃO VICTOR. (...).” O corréu João Victor narrou que “(...) *tinha saído do serviço e estava com sua amorada na adega. Mora em Pirapora do Bom Jesus. Abordaram o acusado, ele informou que tinha passagem e algemaram o réu. Trabalhava em uma loja de roupas. Ganhava R\$1.600,00. A namorada do acusado mora em Barueri. Não conhecia os guardas, tampouco WANDERSON. Já foi processado por tráfico. Fez curso técnico. Não sabia que o local era ponto de tráfico. A namorada do acusado não foi arrolada como testemunha, pois, estava com medo. É usuário de entorpecentes. Não tinha usado drogas no dia. Não viu o local em que os guardas encontraram os entorpecentes. (...).*”

Sem credibilidade alguma, a palavra dos acusados, que não encontrou eco na prova, revelou o profissionalismo de quem pactua com o crime organizado ou, quando menos, com ele simpatiza, disseminando o vício em drogas de grande procura e de conhecida potencialidade: maconha com *animus lucrandi*. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 239 e 155, todos do Código de Processo Penal e art. 375 do Código de Processo Civil.

Os apelantes não empreenderam esforços suficientes para demonstrar o alegado álibi, como lhes competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal.

Ensina **Guilherme de Souza Nucci**: “*Álibi é a alegação feita pelo réu, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de onde ocorreu o delito, razão pela qual não poderia tê-lo cometido. É, como regra, ônus seu provar o álibi, embora tal mecanismo não possa levar à isenção da acusação de demonstrar o que lhe compete (...).*” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 346).

Nesse sentido: “**TJSC**: “*Quem afirma o álibi deve comprová-lo sob pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria*” (**JCAT** 59/288-9). **TACRSP**: “*Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa*

*oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante". (RT 747/692)", in Código de Processo Penal Interpretado. **Júlio Fabbrini Mirabete**. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se inverte. Neste sentido: "**Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão** (4º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v.u. - Rel. Juiz **Sérgio Pitombo**)" (**Damásio E. de Jesus**, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, "*Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação*" (**JTACRESP 51/342**). Nesse sentido: "**PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.**" (**JUTACRIM 54/243**, Rel. **VALENTIM SILVA**). No mesmo sentido, já se decidiu que "*de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.*" (STJ, Col. 5ª Turma, **Habeas Corpus** nº 44.376/SP, Rel. Min. **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, j. 17.11.2005); "*O álibi incomprovado depõe contra o réu que o ofereceu, pois a ele incumbiria fazer prova de total alheamento com a imputação que lhe é lançada, principalmente quando, na fase do inquérito, confessara a prática do delito*" (Revisão n.º 353.184/3 —Col. 6º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal —Relator Juiz **RENATO NALINI** —j. 15-5-2000).*

Infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado aos réus, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas (*149 porções de cocaína, com peso líquido de 32,52 gramas,*), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são

contundentes em demonstrar que os réus guardavam para entrega a terceiros substâncias ilícitas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, “caput”, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, *"para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente"* (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Evidente que se declara, o réu, usuário de droga tão somente com o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, mas *“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade”* (RJTJ 101/498). Ademais: *“O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância”* (TJSP - ac 6.635 – Rel.: ONEI RAPHAEL - RJTJSP 70/371).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o apelante praticava a conduta do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, inviável, a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28 da referida lei, já que eventual vício por parte do réu não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que ele consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar a renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E FAVORECIMENTO REAL (ART.349-A, CP). MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. Apelante condenado à pena de 6 anos,

9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de pagamento de 680 dias-multa, e 3 meses e 15 dias de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, e no artigo 349-A, do Código Penal, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, por ter adquirido, guardado e trazido consigo, para fins de tráfico, quatro tabletes de maconha, pesando cerca de 74g, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, bem como um aparelho celular, com os quais tentou entrar em estabelecimento prisional. Recurso defensivo: (i) absolvição por excludente de culpabilidade relativa à coação moral irresistível, (ii) aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "c", CP, (iii) desclassificação para o delito previsto no art. 28, LD, (iv) redução da pena ao piso, (v) consideração de apenas uma reincidência, compensando-a com a reconhecida confissão espontânea, sem prejuízo da aplicação da atenuante do art. 65, III, "c", CP. 4. Inviabilidade no reconhecimento da excludente relativa à coação moral e irresistível, pois sem nenhuma prova de sua incidência. 5. O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, bastando a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito (Tese 13 – Jurisprudência em Teses do STJ – 131ª Edição – Compilado: Lei de Drogas). 6. Afastada a possibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, pois comprovado o delito de tráfico de drogas imputado ao apelante. 7. Inegável a pretensão do apelante em ingressar no estabelecimento prisional, onde cumpria pena, na posse do aparelho de telefonia celular. 8. Inviabilidade na aplicação da atenuante prevista no artigo 65, III, "c", CP, visto não comprovada. 9. Dosimetria e regimes prisionais preservados. 10. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1501390-44.2024.8.26.0048; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal;

Foro de Atibaia - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/02/2025; Data de Registro: 12/02/2025)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. Caso em Exame: Apelação interposta por Fábio Renan de Souza Xavier Barreto contra sentença que o condenou a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 194 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, por tráfico de drogas, conforme art. 33, caput, c.c. art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06. A defesa busca a desclassificação para posse para consumo pessoal, alegando ausência de evidências de destinação comercial da droga. Questão em Discussão: A questão em discussão consiste em determinar se a conduta do apelante configura tráfico de drogas ou posse para consumo pessoal. Razões de Decidir: A prova é segura para embasar o decreto condenatório, com base em depoimentos de policiais e elementos materiais que indicam tráfico de drogas. A quantidade de droga apreendida, o local dos fatos e a quantia em dinheiro são compatíveis com a prática de tráfico, não havendo elementos para desclassificação para uso pessoal. Dispositivo e Tese: Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A configuração do tráfico de drogas não exige prova de comércio efetivo, bastando a posse em condições que indiquem destinação comercial. 2. A quantidade de droga e as circunstâncias da apreensão são determinantes para a tipificação do crime. Legislação Citada: Lei n. 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, VI. Jurisprudência Citada: STJ/AgRg no HC n. 672.359/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 22/6/2021, DJe 28/6/2021. STJ/AgRg no REsp n. 1.922.590/PE, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 19/9/2022; STF/RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 26/06/2024.

(TJSP; Apelação Criminal 1500011-51.2024.8.26.0571; Relator

(a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapetininga - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/02/2025; Data de Registro: 04/02/2025)

Logo, possível condição de usuário em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas apreendidas - cocaína, como dito, mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, o lugar em que se deu a ação criminosa, pois o lugar do crime é conhecido ponto de venda de drogas, mostrando que a repetição da mercantilização das drogas no lugar ganhou publicidade, motivando sucessivas notícias, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, e as inadmissíveis alegações dos réus, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da ilustre defesa, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta da acusada às formas puníveis do art. 33, “caput”, da Lei de Drogas e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na resp. sentença.

Para ambos os réus, na primeira fase, o MM. Juiz “a quo” atento aos ditames do artigo 59, “caput”, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, sopesando negativamente a conduta social dos réus e as consequências sociais perniciosas do tráfico de drogas – destacando-se a elevada quantidade e a nocividade das drogas apreendidas de grande poder destrutivo e alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, fixou a pena-base, em 07 anos de reclusão e

700 dias-multa.

O crime de que se cuida tem suas particularidades que o distinguem da generalidade dos crimes de mesma espécie, porquanto os réus agiram com intenso dolo e distinta consciência da ilicitude indicada pela elevada quantidade e a nocividade da droga apreendida – *149 porções de cocaína, com peso líquido de 32,52 gramas* - de aptidão letal.

Como bem destacado, na resp. sentença, a ausência de indicação de trabalho lícito, reforça o entendimento de que os réus faziam do tráfico seu meio de vida, não por estarem desempregados, mas por não serem capazes de comprovar os meios para arcar com o valor das drogas apreendidas, sendo certo que no mundo do crime o produto de venda não é fornecido a prazo, sem que se tenha proximidade e confiança da fonte distribuidora.

O bem jurídico foi violado com intensidade significativa. Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: *“A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morféctico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo”* (**Habeas Corpus** nº 2049710-67.2014.8.26.0000 – Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **GERALDO WOHLERS**).

Segundo escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *“É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização.”* (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, RT, 7ª edição, pág 350).

Não bastasse, *“Não há nulidade na decisão que fixa a pena-base considerando fundamentação idônea, na qual estão compreendidas a natureza e a quantidade do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06”* (**STF - HC** nº 112798 /AC Rel. Exma. Min. **CÁRMEN LÚCIA**, j. 18/12/2012); *“PENA -*

Entorpecente - Tráfico - Fixação da pena-base acima do mínimo legal - Admissibilidade, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida - inteligência do art. 59 do CP. (STJ) RT 783/594; ENTORPECENTE - Tráfico - Pena - Fixação da reprimenda-base acima do mínimo legal em virtude da espécie e da quantidade de droga apreendida. Admissibilidade. (STJ) - RT 786/599”.

Isto posto, no caso dos autos, irrepreensível o aumento aplicado à pena-base, posto que em conformidade com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “Na hipótese, a pena-base imposta ao agravante foi exasperada **em razão da quantidade, variedade e lesividade da droga apreendida (118,2g de cocaína, 1,5g de crack e 20,4g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas**. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes.” (STF; RHC 213695; MC Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 22/04/2022; Publicação: 02/05/2022, gn). Ainda: “No tocante a primeira fase da dosimetria, as instâncias ordinárias, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, **atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade de entorpecentes - 53,67g de crack e 27,78g de maconha (fl. 96) -, para exasperar as reprimendas-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.**” (AgRg no HC n. 803.848/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023, gn). Da mesma forma: “A pena-base de RAFAEL pelo delito de tráfico de entorpecentes foi exasperada em 1 ano e a pena-base pelo delito de associação para o tráfico foi exasperada em 8 meses **em razão da valoração negativa da quantidade e da natureza da droga apreendida - 6,530kg de cocaína (fls. 715 e 776) - o que encontra respaldo no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, não havendo desproporcionalidade no quantum de elevação da reprimenda aplicado.**” (AgRg no HC n. 809.720/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023, gn).

Em reforço, colaciona-se precedente desta Colenda Câmara de

Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES REJEITADAS. LEGALIDADE DA ATUAÇÃO DOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INDÍCIOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. DECISÃO MOTIVADA. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A legislação autoriza expressamente que a captura em flagrante delito seja realizada por qualquer pessoa, independentemente de sua atividade profissional, nos termos do art. 301, CPP, e, portanto, afigura-se absolutamente legítima a atuação dos guardas civis municipais que procederam à prisão em flagrante delito do apelante (STJ. HC n. 471229/SP; RHC 20.714/SP). 2. O procedimento de busca pessoal foi justificado na existência de fundadas suspeitas. 3. Preliminares rejeitadas. 4. A materialidade e a autoria foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 5. A palavra dos guardas civis municipais reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC). **6. A natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas (58 porções de maconha, 164 porções de cocaína, 174 porções de crack, 70 porções de K2, 13 porções de DRY e 25 porções de ICE) é circunstância que justifica a exasperação da pena-base, devido à sua alta nocividade e maior exposição a risco do bem jurídico**

protegido, nos termos do art. 42, Lei nº 11.343/06 e da jurisprudência pátria (STJ. REsp n. 1.887.511/SP; AgRg no HC n. 694.438/PR; HC n. 539.623/SP). 7. O reconhecimento do tráfico privilegiado está condicionado à primariedade e aos bons antecedentes do agente e à inexistência de indicativos de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Circunstâncias dos fatos suficientes a demonstrar o envolvimento com atividade criminosa. Impossibilidade de concessão do redutor legal. 8. O regime inicial fechado é o mais adequado às circunstâncias do caso em apreço. 9. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500276-61.2024.8.26.0536; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/06/2024; Data de Registro: 03/06/2024, gn)

Ademais, não se olvide, que o *“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado”* (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento aplicado, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida a pena-base como lançada.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e por serem os réus multirreincidentes específicos (João Victor – processos nº 0003713-79.2022.8.26.0529 e 1500314-26.2022.8.26.0542 – fls. 167/170; e Wanderson – processos nº 0004651-59.2017.8.26.0041 e 0001310-40.2018.8.26.0542 – fls. 163/166), as penas foram acrescidas de ¼, perfazendo 08 anos e 09 meses de reclusão e 875 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torna-se a pena definitiva tal como fixada na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a multirreincidência reincidência específica ostentadas pelos réus, a considerável quantidade e nocividade de drogas apreendidas, com potencial para atingir uma quantidade elevada de usuários, aliada as circunstâncias da prisão em flagrante, em que os apelantes foram surpreendidos em local conhecido pelo tráfico ilícito de drogas, revelam que o réus dedicavam-se à atividade criminosa e fazem da difusão do vício, com *animus lucrandi*, *modus vivendi*.

O lugar do crime é conhecido ponto de comércio nefasto de drogas proibidas e pela pertinência e lucidez, obrigatória a transcrição de parte do respeitável julgado em que foi Relatora a Excelentíssima Doutora **Ivana David**: “(...) *Em que pese a primariedade do réu, restou acertada a não aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto, (...) o local conhecido como “ponto de venda de drogas”, além do depoimento da testemunha (...) relevam que o réu se dedicada à atividade criminosa. Por outro lado, ainda que não se tenha provas exatas sobre a qual organização criminosa pertença o acusado, é certo que para vender drogas em um conhecido “ponto de vendas de entorpecentes” ele deve, necessariamente, estar inserido na estrutura da organização criminosa estabelecida naquela região, uma vez que, ainda, não há “livre concorrência” na venda de drogas. Ora, seria leviano acreditar que o réu simplesmente comprou papелotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu aquele local, coincidentemente, já conhecido pela venda de entorpecentes, e iniciou o seu “negócio”. Tal conclusão não se trata de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público e notório, notícias divulgadas diariamente pela imprensa, a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Assim, é*

*certo que (...) se dedicava às atividades criminosas de tráfico de drogas, bem como há indícios de que integra organização criminosa, sendo impossível a concessão do redutor, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06. (Ap. nº 0004998-62.2011.8.26.0604 - Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Exma. Dra. **IVANA DAVID**).*

Ainda, para ilustrar a inviabilidade de causa de diminuição de pena: *“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta. In casu, trata-se de apreensão de 54 pedras de crack - "50 embaladas de dez em dez e quatro avulsas" -, circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no REsp: 1302590 RS 2012/0016349-7, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, j. 11/03/2014, Colenda SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014).*

Ademais *“É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.” (Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018).*

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre

escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas. Nesse sentido: *“De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo”* (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na resp. sentença.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para ambos os réus, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, considerando-se o *quantum* de reprimenda aplicada e a reincidência ostentada pelos apelantes, que também obstam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da vedação prevista no artigo 44, II, do Código Penal.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *“(...) In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. (...)”* (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.). Ainda: *“(...) Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 5 anos de reclusão, a quantidade, a natureza deletéria e a variedade dos entorpecentes apreendidos (30 microtubos plásticos contendo cocaína, pesando aproximadamente 43,3g, 75 "buchas" de maconha, pesando aproximadamente 101g, e 22 pedras de crack, pesando aproximadamente 8,9g), bem como a existência de circunstância judicial negativa justificam a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado (...)”*. (AgRg no AREsp n. 1.835.048/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 24/5/2021.)

Por oportuno: *“(...) O regime inicial fechado é o único adequado*

em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas. Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante. Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios. Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta da ré, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)" (Apelação nº 0034838-30.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, julg., em 6 de outubro de 2016).

Diante de tais considerações, afastada a preliminar, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

relator