



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000330430

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501475-13.2024.8.26.0571, da Comarca de Tatuí, em que é apelante ALAN PEREIRA DA SILVA OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal n.º. 1501475-13.2024.8.26.0571

Apelante: Alan Pereira da Silva Oliveira

Apelado: Ministério Público

Comarca: Tatuí

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Recurso defensivo. Absolvição. Insuficiência probatória. Pleitos subsidiários. Redução da pena e abrandamento do regime prisional. A Defesa alega ilegalidade na atuação dos guardas municipais. Trata-se de questão preliminar, a qual deve ser analisada. A Defesa sustenta que os guardas municipais responsáveis pela prisão em flagrante não poderiam ter efetuado a abordagem e a prisão do apelante, em razão das limitações das atribuições desses agentes públicos. Inocorrência de ilegalidades. Aplicação dos artigos 301 e 302 do CPP. A abordagem e a busca pessoal realizadas atenderam aos preceitos legais. Não se exige mandado de busca pessoal no caso de prisão em flagrante ou quando houver fundada suspeita de posse de objetos que constituam corpo de delito. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas pelos exames periciais e pela prova oral produzida. Depoimentos firmes e coerentes dos guardas municipais. Validade. A natureza, quantidade, variedade e forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes apreendidas, além das circunstâncias da prisão em flagrante, indicam a prática de tráfico de drogas. Condenação mantida. Pena e regime prisional fixados de maneira adequada, considerando o mau antecedente e a reincidência específica do apelante. Apelo improvido.

Voto n.º. 52.788

1. A r. sentença prolatada¹ pela MMa. Juíza de Direito, Dra. MARIANA TEIXEIRA SALVIANO DA ROCHA, cujo relatório ora se adota, condenou o réu **Alan Pereira da Silva Oliveira** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º. 11.343/06, às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 699 dias-

¹ Fls. 190/201.

multa, no valor mínimo legal.

Pleiteia a Defesa², em suas razões, a absolvição por insuficiência de provas para a condenação. Subsidiariamente, requer a redução da pena imposta e o abrandamento do regime prisional.

Devidamente contra-arrazoado o recurso³.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Dr. NADIR DE CAMPOS JUNIOR, é pelo improvimento do apelo defensivo.

É o relatório.

2. Aponta a Defesa a ilegalidade da atuação de guardas municipais.

Trata-se de questão preliminar, e como tal deve ser analisada.

A Defesa aponta que os guardas municipais responsáveis pela prisão em flagrante não poderiam ter efetuado a abordagem e a prisão do apelante, tendo em vista as limitações das atribuições dos referidos agentes públicos.

Sem razão.

De fato, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal, “qualquer do povo” poderá prender em flagrante. Assim, nada impede o guarda municipal de fazê-lo, desde que presente alguma das circunstâncias previstas no art. 302 do mesmo estatuto.

Negar tal fato seria reduzir o guarda municipal a condição inferior à de “qualquer do povo”.

Temos, portanto, que o art. 301 do CPP confere legitimidade e legalidade à prisão em flagrante efetuada pelos guardas municipais.

² Fls. 217/220.

³ Fls. 225/231.

Nesse sentido, recentes decisões do E. Supremo Tribunal Federal:

“Descabe cogitar-se, portanto, em caso de abordagem na rua, com fundadas razões, de ilegalidade na prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (§ 8º do art. 144 da Constituição da República), por se tratar de ato permitido a qualquer do povo, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal. Confirmam-se os seguintes julgados: RHC n. 157.314, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º.8.2018; HC n. 206.802, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 29.9.2021; HC n. 205.455, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 25.8.2021; HC n. 202.776, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 13.8.2021; HC n. 206.030, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 9.9.2021; HC n. 205.281, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 5.10.2021; HC n. 203.070-AgR, Relator o Ministro Nunes Marques, DJe 1º.10.2021; e RHC n. 207.998, de minha relatoria, DJe 3.11.2021” (STF, AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.456.228 SÃO PAULO, Rel. Min. CARMEM LÚCIA, 1ª. T., j. em 04.12.2023, v.u.).

“RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 995/DF. ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE O OBJETO DO ATO RECLAMADO E O CONTEÚDO DO PARADIGMA DE CONTROLE. VIOLAÇÃO. PROCEDÊNCIA. (...) Nesse prisma, faz parte das responsabilidades das guardas municipais interromper atividades criminosas ou infracionais, realizando prisões ou apreensões em flagrante, bem como busca pessoal quando houver fundadas razões para tanto (art. 244 do CPP). Essa atuação é fundamental para proteger a população e colaborar com os demais órgãos da segurança pública, de forma a contribuir significativamente para a manutenção da paz social. (...) Esta decisão visa, inclusive, evitar os subjetivismos inerentes à orientação do Superior Tribunal de Justiça, pois em cada caso concreto os guardas municipais teriam que fazer, em segundos ou poucos minutos, uma complexa

operação interpretativa para discernir essa suposta relação com a proteção a bens, instalações ou serviços municipais.” (STF, Reclamação 62.455/SP, Rel. Min. FLÁVIO DINO, j. em 22.04.2024).

No mesmo sentido, ainda, outra decisão da 1ª. Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no RE 1468558, de relatoria do Min. ALEXANDRE DE MORAES, proferida em 01.10.2024.

Da análise dos autos depreende-se que a busca pessoal realizada atendeu aos preceitos legais, não se olvidando que, de acordo com o artigo 244, caput, do Código de Processo Penal, é prescindível a existência de mandado quando houver fundada suspeita de posse de objetos que constituam corpo de delito.

No caso em apreço, não há dúvida de que as circunstâncias que envolveram a abordagem do réu configuram elementos suficientes para caracterizar a situação de flagrância. Durante uma ronda em área reconhecidamente conhecida pelo tráfico de drogas, os guardas municipais avistaram o réu, Alan Pereira da Silva Oliveira, e outro indivíduo que, embora não estivessem juntos, estavam relativamente próximos. O outro indivíduo permaneceu no local, enquanto o acusado começou a andar rapidamente e, durante o percurso, arremessou duas sacolas que estava segurando na direção de um imóvel. Foi realizada a abordagem ao indivíduo que não apresentou nada de ilícito em sua posse, e constatou-se que ele residia no local e nada tinha a ver com o réu, motivo pelo qual não houve necessidade de sua apresentação. Por outro lado, o réu que agiu de maneira suspeita, ao andar rapidamente e arremessar as sacolas, foi abordado. Com ele, foram encontrados apenas um aparelho celular e a quantia de R\$ 41,00 (quarenta e um reais) em dinheiro, os quais estavam guardados em sua pochete. Os guardas municipais solicitaram autorização ao proprietário do imóvel onde as sacolas haviam sido arremessadas, e este consentiu com a entrada dos agentes. Ao serem verificados os

conteúdos das sacolas, constatou-se que nelas havia entorpecentes variados, incluindo *crack*, cocaína, *skunk* e *maconha*. Questionado, Alan afirmou ter retornado recentemente ao comércio de drogas.

A atitude suspeita do réu, ao se distanciar rapidamente do local e tentar se desfazer das sacolas, justificava a abordagem, uma vez que indicava fortemente a prática de ilícitos.

Nesse sentido:

“Tem-se manifesta, dessa forma, a existência de fundadas razões para a abordagem do corréu, uma vez que este passou apressadamente pelo policial, demonstrando nervosismo ao se aproximar de uma motocicleta, contexto que revela dados concretos, objetivos e idôneos aptos a legitimar as diligências. Desse modo, a busca pessoal traduziu exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial.” (HABEAS CORPUS Nº 900035 – RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES FONSECA, j. em 22.03.2024).

No mesmo sentido, recentes decisões do E. Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL AMPARADA EM FUNDADAS RAZÕES. LICITUDE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - Ao julgar o RE 603.616 AgR/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu, sob o regime de repercussão geral, que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas posteriormente, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito. II - No caso, o ingresso dos agentes públicos em domicílio, sem mandado judicial, baseou-se não apenas em denúncia anônima ou em diligências no

local, mas, também, no comportamento suspeito do paciente, o que legitimou a ação policial e que resultou na apreensão de “uma pistola muniada, dinheiro, moedas e um invólucro contendo um quilo de cocaína, além de 20 mil cápsulas vazias de eppendorfs”. III - Agravo ao qual se nega provimento.” (RHC 231163 AgR, Rel. Min. CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, DJe de 25/04/2024);

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INGRESSO EM DOMICÍLIO. DENÚNCIA ANÔNIMA E FUGA DO INVESTIGADO. FUNDADAS RAZÕES PARA A ENTRADA NO IMÓVEL DEVIDAMENTE COMPROVADAS A POSTERIORI. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DIVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO DO TEMA Nº 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. DESNECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. 1. O Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 603.616-RG (Tema nº 280 da repercussão geral), fixou a tese de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”. 2. Na hipótese, a Corte de origem desconsiderou a existência de denúncia anônima e a fuga do investigado. Nessas circunstâncias, esta Suprema Corte tem entendido que estão presentes fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indicam que dentro da casa ocorria situação de flagrante delito. Precedentes. 3. Agravo interno conhecido e provido, para dar provimento ao recurso extraordinário.” (RE 1448151 AgR, Rel. Min. FLÁVIO DINO, Primeira Turma, DJe de 28/05/2024).

Cumprе ressaltar que a fundada suspeita foi efetivamente corroborada, uma
Apelação Criminal nº 1501475-13.2024.8.26.0571 -Voto nº 52.788

vez que os guardas municipais localizaram nas duas sacolas arremessadas pelo acusado uma quantidade significativa de entorpecentes diversos.

O que não faria sentido, *data venia*, seria exigir a omissão de qualquer pessoa — e notadamente de agentes públicos — quando diante deles se apresentam evidências de que alguém está praticando, em plena via pública, o tráfico de drogas, conduta tão perniciosa que a Constituição Federal — é sempre bom lembrar — a ela reservou tratamento mais severo, ao lado, nada menos, do que da tortura e do terrorismo.

É descabido, *data venia*, dizer que os guardas municipais poderiam prender quem fosse flagrado pichando um monumento público, mas não podem fazê-lo em relação a quem, em conduta ainda mais grave, seja surpreendido traficando drogas.

Logo, descabe cogitar-se de ilicitude da atuação dos guardas municipais.

Rejeita-se, pois, a matéria preliminar suscitada.

3. A acusação é de que no dia 7 de outubro de 2024, por volta das 07h38min, na Rua Antônio Orlando Salmasi, nº 165 — Jardim Rosa Garcia, na cidade e Comarca de Tatuí, Alan Pereira da Silva Oliveira trazia consigo, para fins de tráfico, 32 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 24,09 gramas, 50 porções de *crack*, com peso bruto aproximado de 44,89 gramas, 28 porções de *maconha*, com peso bruto aproximado de 57,59 gramas, 14 porções *maconha*, modalidade denominada *skunk*, com peso aproximado de 36,56 gramas, e 19 porções de cocaína, modalidade *Aricanduva*, com peso aproximado de 18 gramas, além de um aparelho de telefone celular, uma pochete colorida com sacolas plásticas, e R\$ 41,00 em dinheiro.

Nos exatos termos da denúncia, “(...) na data dos fatos, o denunciado se dedicava ao tráfico ilícito e, para tanto, trazia consigo as drogas acima mencionadas, bem como

permanecia no local da abordagem, que elegeu como “ponto”, aguardando usuários para promover a venda oportuna. Guardas Civis Municipais estavam em serviço no Bairro Rosa Garcia, local conhecido pela alta incidência do tráfico ilícito, quando avistaram ALAN próximo a outro indivíduo. Ao notar a aproximação dos agentes, ALAN começou a andar rapidamente e, durante o percurso, arremessou duas sacolas que trazia consigo no interior de um imóvel. Realizada a abordagem, nada de ilícito foi encontrado com o indivíduo que estava próximo ao denunciado, motivo pelo qual foi liberado, e com ALAN foram localizados apenas um aparelho telefônico celular e R\$ 41,00 em dinheiro que estava trazia em sua pochete. Ato contínuo, os agentes dirigiram-se ao imóvel em que ALAN havia dispensado as duas sacolas e, após serem autorizados pelo proprietário, adentraram ao imóvel e encontraram as duas sacolas dispensadas pelo denunciado, e nelas foram localizadas e apreendidas 32 porções de cocaína, 50 porções de “crack”, 28 porções de “maconha”, 14 porções de “skunk” e 19 porções de “aricunduva”, todas individualmente embaladas e prontas para serem comercializadas (foto a fls. 34). Em seguida, o denunciado foi conduzido à Delegacia de Polícia e autuado em flagrante. A finalidade mercantil restou evidenciada pela natureza, quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, pela importância em dinheiro encontrada, bem como em razão das demais circunstâncias da prisão em flagrante, sendo certo que a droga estava destinada ao tráfico ilícito.”⁴

Consoante superiormente demonstrado pela r. sentença, cujos fundamentos acolho como razões de decidir, não há dúvida de que o acusado praticou o crime que lhe é imputado.

A materialidade é demonstrada por exame químico-toxicológico⁵.

Inequívoca a autoria, assim como a destinação da droga à mercancia.

Na delegacia⁶, o apelante negou a traficância. Asseverou que, na data dos

⁴ Fls. 88/90.

⁵ Fls. 182/185.

⁶ Fls. 8/12.

fatos, saiu de casa com a intenção de comprar pão. Admitiu ter fumado um “baseado” durante o trajeto e, ao chegar ao local, encontrou um menino com quem iniciou uma conversa. O referido menino arremessou as sacolas e fugiu logo em seguida, enquanto ele permaneceu no local. Estava em posse de R\$ 200,00, sendo R\$ 100,00 destinados ao pagamento da água, R\$ 80,00 para o pagamento da conta de luz e R\$ 20,00 para a compra do pão. As drogas apreendidas não lhe pertenciam. Os guardas municipais desistiram de abordar o verdadeiro responsável, que era o menino mencionado. Alegou que seria alvo de perseguição por parte dos guardas municipais devido ao histórico criminal de seu irmão falecido, que era envolvido em práticas ilícitas. Admitiu ter registros criminais tanto na adolescência quanto após atingir a maioridade. Forneceu algumas características físicas do suposto responsável pelas drogas, embora não tenha conseguido identificar ou fornecer o nome dessa pessoa.

Em Juízo, negou novamente a traficância. Asseverou que possui uma perna quebrada, utilizando muleta para sair de casa, geralmente para comprar pão e pagar as contas de água e luz. Estava subindo pela rua quando parou para conversar com um menino, sem saber que ele estava portando drogas. Trazia consigo o dinheiro de sua aposentadoria. Negou ter sido o responsável por jogar a droga, afirmando que não precisaria fazer isso. Estava com o celular de sua esposa, no qual havia um aplicativo da Caixa Econômica Federal, que comprovava o recebimento de sua aposentadoria. O menino, que alegadamente seria o dono da droga, foi abordado, mas liberado. Na delegacia, sua esposa e filha o acompanharam. Se fosse responsável pelas drogas, já teria confessado. O menino foi liberado porque sua mãe fez um escândalo, e a casa do garoto sequer foi revistada. A casa onde a droga foi encontrada não era sua, e tampouco foi ele quem a arremessou. Estava de muleta, com a fratura na perna recente, e recebia R\$ 1.450,00 todo dia 10. Disse ser perseguido pelos guardas municipais.

Inócua a tentativa de exculpar-se.

Com efeito, sob a égide do contraditório, o guarda municipal Sandro de Oliveira confirmou os fatos descritos na denúncia. Esclareceu, em suma, que estavam em patrulhamento pela Rua Orlando Salmasi quando avistaram o réu. Ao perceber a aproximação da viatura, o réu virou-se de costas e arremessou algo em uma casa situada ao lado. Diante disso, realizaram a abordagem, sendo que o réu carregava consigo uma pochete e uma quantia em dinheiro. Com o apoio de outros agentes, foram até uma das casas, tendo obtido a autorização do morador, onde encontraram uma sacola que o réu havia arremessado no telhado. Utilizando um rodo, conseguiram puxar outra sacola, localizada em uma casa vizinha, e foi constatado que ambas as sacolas continham entorpecentes. Já conhecia o acusado dos meios policiais, incluindo o fato de que era conhecido como “gerente do tráfico”. Não se recordava, entretanto, do horário exato da diligência, nem de detalhes sobre o réu, como se estava usando muletas no momento. No entanto, sabiam que o réu não tentaria fugir, pois o viam frequentemente com muletas ou com um pedaço de madeira, devido a um problema de locomoção que ele possuía. Quando abordado, o acusado deu dois ou três passos e então afirmou: “perdeu”. Questionado, o acusado confessou informalmente a traficância. Outros indivíduos que estavam no local eram moradores da região, sendo que o proprietário da casa onde as drogas foram encontradas não foi arrolado. Com Alan, não foi encontrado nada diretamente, mas ele foi visto arremessando algo e tentando fugir. Um outro jovem que estava na frente da casa e correu em direção ao interior do imóvel foi abordado, sendo constatado que não tinha relação alguma com as drogas.

No mesmo sentido o relato em Juízo do guarda municipal Fábio de Almeida Paes. Este confirmou que, durante patrulhamento na Rua Orlando Salmasi, uma área com alto índice de tráfico de entorpecentes, avistaram o réu. Ao perceber a

aproximação da viatura, o réu arremessou duas sacolas sobre o quintal de uma residência. O acusado foi abordado, e em sua pochete foram encontrados R\$ 40,00 em dinheiro e um aparelho celular. Nas buscas realizadas na casa para a qual o réu havia lançado as sacolas, conseguiram localizá-las no telhado. Na ocasião, o réu estava acompanhado de um jovem, o qual não teve qualquer envolvimento com a ação. A visualização do réu arremessando as sacolas foi clara e nítida. O acusado não aparentava estar sob efeito de substância entorpecente e não carregava consigo nenhum apetrecho relacionado ao uso de drogas.

Tais relatos merecem crédito.

Como é cediço, nada impede que policiais, guardas municipais, como quaisquer outras pessoas, possam testemunhar sobre fatos de que tiveram conhecimento. Repele-se a preconceituosa objeção que procura inquirar aprioristicamente os depoimentos prestados por policiais, como se estes, em princípio, não fossem dignos de credibilidade.

Seria impensável que o Estado, sem qualquer motivo concreto, desprezasse os depoimentos daqueles que ele mesmo constituiu e a quem confiou a tarefa de velar pela segurança pública.

Inexistindo qualquer indício de que os guardas municipais tivessem algum interesse em incriminar falsamente o apelante por tão grave crime, seus depoimentos, seguros e coesos, merecem crédito.

Sobre a validade dos agentes públicos, a doutrina e a jurisprudência mostram-se consonantes.

Nesse sentido a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES

POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência." (HC 73518, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP-00293).

A par disso, as testemunhas não foram contraditadas na oportunidade própria, prestando seus depoimentos sob o dever de dizer a verdade.

Impende destacar ainda que as testemunhas policiais, em contraditório judicial, podem **esclarecer** e **acrescentar** detalhes sobre a diligência realizada.

Não há entre os depoimentos qualquer divergência relevante, a ponto de colocar em dúvida seus relatos.

Aliás, não se pode olvidar que a legislação processual penal em vigor não obriga a participação de testemunhas civis no momento em que ocorre a prisão em flagrante, mostrando-se, pois, legítimo o procedimento dos guardas municipais.

Sabe-se, de resto, que é muito difícil, notadamente em casos como o dos autos, arrolar testemunhas estranhas aos quadros dos agentes públicos.

Lado outro, irrelevante a não comercialização da droga no momento da prisão. A prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes independe da venda da

droga ou posse de dinheiro, restando bem delineada nos autos a configuração do delito, na modalidade de trazer consigo entorpecentes para fins de tráfico.

A quantidade, diversidade, natureza e a forma de acondicionamento do entorpecente apreendido – 32 porções de cocaína, com peso líquido de 4,41 gramas, 50 porções de *crack*, com peso líquido de 11,54 gramas, 28 porções de *maconha*, com peso líquido de 49,45 gramas, 14 porções *maconha*, modalidade denominada *skunk*, com peso líquido de 3,35 gramas, e 19 porções de cocaína, modalidade *Aricanduva*, com peso aproximado de 10,17 gramas⁷ -, à atitude suspeita do acusado – arremessou duas sacolas na direção de um imóvel -, à confissão informal do réu aos guardas municipais, aos depoimentos destes e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, denotam, de maneira hialina, a traficância.

De outra banda, não é crível que guardas municipais transportassem consigo drogas, em expressiva quantidade, adrede destinadas a incriminar gratuitamente pessoas inocentes.

Não pairam dúvidas, pois, de que a droga apreendida pertencia ao acusado e era destinada ao comércio ilícito.

Inviável, assim, o acolhimento da pretensão absolutória, ressaltando-se, ainda, que eventual condição de usuário não exclui a de traficante.

3. Passo à análise da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal - 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, tendo em vista o mau antecedente do apelante⁸.

A propósito, respeitados os entendimentos em sentido oposto, tenho que o

⁷ Fls. 182/185.

⁸ Fl. 51 (proc. 0012908-75.2014.8.26.0624).

decurso do lapso depurador do artigo 64, inciso I do Código Penal tem o efeito circunscrito pelo próprio dispositivo, qual seja, o de afastar a reincidência.

Ele não impede, portanto, que aquela condenação criminal transitada em julgado seja considerada, na primeira fase da dosimetria da pena, como antecedente desabonador.

De fato, é preciso levar em conta que a reincidência, ao contrário dos meros maus antecedentes, não gera efeitos somente sobre o *quantum* da pena do sentenciado, mas igualmente sobre a concessão de benefícios, seja na sentença, seja na fase executória. Para citar apenas alguns desses efeitos, pode-se rememorar que a recidiva obsta, em princípio, a substituição da pena privativa de liberdade e a concessão de *sursis*; ela impõe regime inicial mais severo; ela torna necessário o decurso de prazo maior para a obtenção de livramento condicional e, no caso dos crimes hediondos, para a progressão.

Foi à vista desses severos efeitos que o legislador, buscando evitar que se eternizassem, instituiu a chamada “prescrição da reincidência”, depois de decorridos cinco anos do cumprimento ou extinção da pena.

Todavia, isso não significa que o passado comprometido do acusado deva ser totalmente esquecido. Ao reincidir em prática de infração penal, ainda que tecnicamente tenha voltado a ser primário, o agente dá demonstração de que a condenação anterior não foi suficiente para evitar que tornasse a enveredar pela senda da agressão à sociedade.

Ora, esse fato, indubitavelmente, denota culpabilidade mais acentuada, o que justifica a fixação de sua pena-base acima do patamar mínimo.

É claro que o juiz, prudentemente, deverá dosar esse aumento levando em

conta, ao lado das demais circunstâncias judiciais, o tempo já decorrido desde a extinção da reincidência e a própria gravidade da infração que ensejou a condenação anterior.

Tem-se, pois, que o lapso depurador da reincidência não impede que se considere a condenação anterior como antecedente desabonador.

Nesse sentido, o tema no. 150 do E. Supremo Tribunal Federal.

De outra banda, na segunda fase, foi adequada a exasperação da pena em 1/5 – 7 anos de reclusão e 699 dias-multa -, em razão da reincidência⁹, que, por ser específica, justifica um maior recrudesimento da pena, uma vez que denota dedicação singular ao tipo penal, demandando uma reprovação penal mais severa.

Na derradeira etapa, inalterada a sanção, à míngua de causas de aumento ou diminuição, perfazendo a pena final de **7 anos de reclusão e 699 dias-multa**.

O mau antecedente e a reincidência do apelante, de fato, impedem a aplicação da minorante do artigo 33 § 4º da Lei no. 11.343/06.

Não há falar-se, outrossim, em *bis in idem*, na esteira do entendimento desta C. 14ª Câmara Criminal¹⁰, por funcionar a reincidência como circunstância agravante genérica e fator impeditivo à incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/06, já que se trata de efeitos diversos, legalmente previstos, provenientes do mesmo instituto, produzidos em fases distintas da dosimetria da pena.

Nessa esteira já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa

⁹ Fls. 50/51 (proc. 1500370-74.2019.8.26.0571).

¹⁰ Confira-se, a propósito, apelação criminal no. 0032949-88.2010.8.26.0564, relatada pelo eminente Des. WILSON BARREIRA.

especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. (...).” (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).

4. Finalmente, o regime fechado, fixado para o início de cumprimento da pena, é o único possível em face do mau antecedente, da reincidência específica e das graves circunstâncias do fato, já enfatizadas — o tráfico de drogas altamente perniciosas (cocaína e *crack*), praticado em plena via pública, à luz do dia.

A quantidade da reprimenda aplicada impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou concessão de *sursis*.

Não há falar-se em estipulação imediata de regime menos severo, considerado o lapso da prisão cautelar, tendo em vista as circunstâncias já apontadas, que determinam o regime mais gravoso.

Cabe lembrar que a detração do artigo 387 § 2º do CPP, a teor do que vem decidindo o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não enseja uma progressão antecipada, que prescindiria da presença do requisito de ordem subjetiva.

O cômputo dessa detração, na sentença, permite apenas que se considere a reprimenda já despojada do período da prisão cautelar, exclusivamente para estabelecimento dos limites do artigo 33 § 2º do Código Penal.

No entanto, o regime inicial remanesce vinculado não apenas a desses limites, mas à consideração das circunstâncias judiciais e da reincidência, tal como determina o artigo 33 §§ 2º. e 3º do Código Penal.

É o que ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

Apelação Criminal nº 1501475-13.2024.8.26.0571 -Voto nº 52.788

“Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3.º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o

regime, de maneira correta.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 13.^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Nesse sentido o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. (...) DETRAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIFERENTES INSTITUTOS. PROVIMENTO DO AGRAVO. CONCESSÃO PARCIAL. (...) A detração penal, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 3. Agravo regimental provido, concedendo parcialmente o habeas corpus a fim de determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 33 do CP e do art. 387, § 2º, do CPP.” (AgRg no HC 479.279/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019);

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida de ofício, pois a fixação o regime inicial semiaberto não decorre do quantum da pena imposta, mas da

presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial. Precedentes. (...)”
(HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019).

De qualquer modo, foi expedida guia de recolhimento provisória¹¹, de modo que, calculada a detração, caberá ao Juízo das Execuções Criminais verificar, na sede própria, se o sentenciado fará jus, desde logo, à progressão.

5. Isto posto, pelo meu voto, afastada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator

¹¹ Fls. 206/208.