



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000332630

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507826-61.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EVALDO CLAUDINO LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA E SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

MARIA CECÍLIA LEONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 713

Apelação Criminal nº 1507826-61.2024.8.26.0228

Apelante: Evaldo Claudino Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juíza de Direito: Dra. Valéria Longobardi

Comarca: São Paulo – 23ª Vara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU FLAGRADO ATUANDO COMO “OLHEIRO” EM PONTO DE NARCOTRÁFICO. PROVA ORAL HARMÔNICA E COERENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 37 DA LEI Nº 11.343/06. ATUAÇÃO DIRETA E CONSCIENTE NA EXECUÇÃO DO DELITO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA AFASTADA. DOSIMETRIA ADEQUADA. REGIME FECHADO COMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Restando demonstrado que o acusado atuava conscientemente na proteção do ponto de venda de drogas, alertando os traficantes sobre a aproximação da polícia e viabilizando a continuidade da traficância, não há falar em atipicidade ou em desclassificação para a figura do informante.

A atuação como "olheiro", quando inserida no contexto da execução da atividade criminosa, caracteriza coautoria no crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Inviável o reconhecimento da participação de menor importância, pois a conduta do réu foi essencial ao sucesso da empreitada criminosa.

Penas fixadas com observância dos critérios legais, majoradas comedido em razão da culpabilidade exacerbada, diante da prática do delito durante o cumprimento de pena em regime aberto.

Regime inicial fechado corretamente imposto em razão da reincidência específica e da gravidade concreta do delito, não havendo ilegalidade ou desproporcionalidade a corrigir. Recurso não provido.

Trata-se de apelação interposta por **EVALDO CLAUDINO LIMA** contra a sentença de fls. 102/112, que o condenou à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário

mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Negado o direito ao recurso em liberdade.

Irresignada, a d. defesa pleiteia a absolvição do réu por atipicidade da conduta ou por fragilidade probatória. Subsidiariamente, pede: (I) a desclassificação para o tipo previsto no art. 37 da Lei de Drogas; (II) a redução da pena pelo reconhecimento da participação de menor importância (art. 29, §1º, do CP); (III) a redução da basilar por afastamento da circunstância desfavorável, eis que o fato de o réu estar em regime aberto quando incorreu na prática delitiva já foi sopesado quando se considerou os maus antecedentes ou a reincidência, de modo que implicaria em “bis in idem”; e (IV) o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena (fls. 130/134).

O recurso foi regularmente processado e contrariado pelo *Parquet* (fls. 139/143). Nesta instância, a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 154/163).

É o relatório.

Consta na denúncia (fls. 64/65) que, *“no dia 24 de março de 2024, por volta de 17h50, na Rua Muniz de Sousa, 362, nesta cidade e comarca, EVALDO CLAUDINO LIMA, qualificado a fls. 07, previamente ajustado, agindo de comum acordo e com identidade de propósito com mais dois indivíduos não identificados, expunha à venda e vendia, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 9 porções de maconha, 50 de haxixe e 40 de skunk, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante auto de exibição e apreensão de fls. 10, laudo de constatação provisório de fls. 17/20 e laudo toxicológico definitivo a ser juntado oportunamente.”*

“Segundo foi apurado, o denunciado, juntamente com mais dois indivíduos, estava no local dos fatos praticando a narcotraficância espúria. Apurou-se, ainda, que policiais militares faziam patrulhamento de rotina pela Rua Muniz de Souza, em um local conhecido pelas ocorrências

envolvendo entorpecentes, ocasião em que, ao avistar a viatura policial, um indivíduo, posteriormente identificado como sendo o ora denunciado EVALDO, gritou para outros dois indivíduos, alertando-os sobre a aproximação da guarnição.

Na sequência, os dois indivíduos empreenderam fuga para o interior de uma invasão situada no numeral 362 daquele logradouro, tendo deixado cair no chão do corredor dessa invasão 50 porções de haxixe, 21 porções de K9, 40 porções de skunk e 9 porções de maconha, além da quantia de R\$ 40,00 e um aparelho celular iphone 14.

Em procedimento de busca pessoal, foi encontrado em poder de EVALDO a quantia de R\$ 10,00. Indagado no local, EVALDO disse para a guarnição que trabalha como "olheiro" do tráfico e por sua contribuição recebe a quantia de R\$ 40,00 por dia."

O recurso não merece provimento.

A materialidade delitiva está plenamente demonstrada nos autos pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 01), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 10), pelo laudo de constatação (fls. 17/20), pelo boletim de ocorrência (fls. 28/31), laudo pericial de exame em peça (fls. 78/80), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 81/84), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria é indubitosa.

Os policiais militares Danilo Miller Lafelix e Gabriel Tavares Bezerra, na fase extrajudicial, afirmaram que durante patrulhamento na Rua Muniz de Souza, local conhecido por ocorrências relacionadas ao tráfico de entorpecentes, avistaram EVALDO gritar para outros dois indivíduos desconhecidos, alertando-os sobre a aproximação da guarnição. Os dois homens empreenderam fuga para o interior de uma ocupação situada no número 362 da via, deixando cair no corredor do imóvel 50 porções que aparentavam ser de haxixe, 21 porções semelhantes a K9, 40 porções com características de skunk e 9 porções que pareciam ser maconha, além da quantia de R\$ 40,00 e um aparelho celular iPhone 14. Na revista pessoal

realizada em EVALDO, foi localizada a quantia de R\$ 10,00. E afirmou à equipe policial que atuava como "olheiro" do tráfico e que, por esse serviço, recebia a quantia de R\$ 40,00 por dia (fls. 08 e 09).

Ouvidos em juízo, os policiais ratificaram seus depoimentos iniciais, asseverando que o réu alertou os comparsas sobre a aproximação policial, o que possibilitou que estes se evadissem deixando cair os entorpecentes, o celular e o dinheiro. O réu foi preso em flagrante e alegou que estava atuando como "olheiro" daquele ponto de venda de drogas, recebendo R\$40,00 por dia (fls. 100/101 – mídia SAJ).

Não é muito assinalar que nada consta dos autos que permita a conclusão de que os agentes públicos tivessem motivo para alterar a verdade acerca dos fatos. Primeiro, porque não foram identificados nos autos indícios comprometedores da integridade moral ou funcional deles. Segundo, porque prestam compromisso de dizer a verdade, como qualquer testemunha (CPP, art. 202). Terceiro, porque os depoimentos são harmônicos entre si – inclusive com os apresentados na primeira fase da persecução penal – e convergem com o arcabouço probatório:

"[...] o testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo. [...]" (STF: HC 223.425-Ag/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8/3/2023; HC nº 74.608/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 18/02/1997, DJ 11/04/1997, ata nº 9/97. No mesmo sentido: HC nº 74.522-9/AC, Rel. Min. Maurício Correa, DJU 13/12/1996, p. 50.167; HC nº 76.557/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p. acórdão Min. Carlos Velloso, j. 04/08/1998, DJU. 02/02/2001; HC nº 166.027/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 12/02/2021).

"[...] 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes" (STJ, Min. Jorge Mussi – 5ª Turma – HC nº 276253/RJ – j. 18.02.2014. Nessa

mesma linha de inteligência: AgRg no HC 935.500/AL, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 16/10/2024, DJe 23/10/2024; AgRg no AgRg no AREsp nº 1598105/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05/03/2020; AgRg no HC nº 606384/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 22/09/2020; AgRg no AREsp 1.770.014/MT, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 7/12/2020, DJe 15/12/2020; HC nº 629675/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 06/04/2021; AgRg no HC 695.249/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/10/2021, DJe 03/11/2021).

“[...] há que se dispensar o devido valor probatório as palavras dos agentes públicos, que forneceram relatos harmônicos quanto as circunstâncias que cercaram a prisão dos corréus, não existindo qualquer indício de que tivessem interesse em incriminá-los falsamente, a teor do que dispõe o artigo 156, do Estatuto Adjetivo. [...]” (TJSP, Apelação Criminal nº 1500560-18.2023.8.26.0144, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Cogan, j. 11/12/2024; Apelação Criminal nº 1501645-90.2024.8.26.0536, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Ribas, j. 7/12/2024; Apelação Criminal nº 1501778-17.2023.8.26.0618, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luis Augusto de Sampaio Arruda, j. 5/12/2024; Apelação Criminal nº 1500154-96.2024.8.26.0326, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Juscelino Batista, j. 28/11/2024).

No mesmo diapasão manifestam Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci:

“[...] os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem corretamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em documentos oficiais que oferecem a seus superiores e à justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes” (SILVA FRANCO, Alberto; e outros. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 3ª ed., RT, p.1829).

“[...] a simples condição da testemunha ser policial não desqualifica o seu depoimento, porquanto tem inquestionável eficácia probatória conferida por lei (vide CPP, arts. 202 e 214, 1ª parte, combinados).” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., RT, 2011, art. 202, nº 9,

pág. 47).

Além disso, por serem dotados de fé pública, não se avista necessidade de que suas informações devam ser, obrigatoriamente, ratificadas por gravações audiovisuais ou registros fotográficos.

De seu turno, o réu, na fase extrajudicial, manteve-se silente (fl. 13). Em Juízo, disse que era viciado em “crack” e, por esse motivo, apenas naquele dia, aceitou atuar como “olheiro” do ponto de tráfico. Receberia o equivalente a R\$ 40,00 em “crack” (fls. 100/101 – mídia SAJ).

Como visto, a prova nos autos é suficiente para embasar a condenação do réu pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06).

Não há dúvida de que os entorpecentes pertenciam ao réu e seus comparsas, bem como que se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Os policiais estavam em patrulhamento por conhecido ponto de tráfico de drogas, quando o réu alertou os demais agentes sobre a aproximação, o que lhes permitiu a fuga.

Não obstante nada tenha sido apreendido de ilícito com o réu, as drogas que estavam com os comparsas foram abandonadas e apreendidas e, considerada a variedade, forma de acondicionamento e quantidade, é certo que sua destinação era o consumo de terceiros.

Assim, restou demonstrando nos autos que o réu estava naquele ponto de tráfico atuando em conjunto com os demais agentes, de forma ordenada e com divisão de tarefas, visando um fim comum, a traficância.

A conduta é típica, pois ainda que o réu atuasse como sentinela ou informante dos demais, estava ali participando da rotina do comércio espúrio, que se desenvolvia naquele momento, estando

diretamente envolvido e imbuído para sua execução.

Assim, considerando o caráter subsidiário do art. 37 da Lei de Drogas, não é possível a desclassificação almejada pela d. defesa.

Nesse sentido são os seguintes julgados:

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FUNÇÃO DE "OLHEIRA". CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. READEQUAÇÃO DA PENA. I. CASO EM EXAME¹. Habeas corpus impetrado em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que condenou a paciente à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). A defesa sustenta insuficiência de provas quanto à prática do delito de tráfico, pleiteando a absolvição ou a desclassificação para a conduta prevista no art. 37 da Lei de Drogas. Argumenta, ainda, a não compensação da confissão espontânea com a reincidência. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO². Há duas questões em discussão: (i) determinar se a conduta da paciente, que atuava como "olheira" no tráfico de drogas, caracteriza o crime de tráfico (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06) ou se cabe desclassificação para o crime de colaboração (art. 37 da Lei nº 11.343/06); (ii) estabelecer se é possível a compensação entre a confissão espontânea e a circunstância agravante da reincidência na dosimetria da pena. III. RAZÕES DE DECIDIR³. **A função de "olheiro", que consiste em atuar diretamente na atividade de tráfico, repassando informações sobre a aproximação policial para proteger o comércio ilícito, caracteriza coautoria no crime de tráfico de drogas, sendo inaplicável a desclassificação para o art. 37 da Lei de Drogas, que exige atuação mais distante e desvinculada do núcleo central da narcotraficância.**⁴. A grande quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como a permanência da paciente na atividade criminosa, reforçam a caracterização do tráfico, afastando a alegação de insuficiência

probatória.5. Quanto à dosimetria, é pacífico o entendimento de que, quando a confissão do acusado é utilizada como um dos fundamentos para a condenação, a atenuante deve ser reconhecida, independentemente de sua espontaneidade ou de eventual retratação em juízo. Assim, correta a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência.6. A pena-base foi adequadamente fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes e da quantidade significativa de drogas apreendidas. No entanto, a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência permite o redimensionamento da pena final. **DISPOSITIVO**7. Ordem parcialmente concedida.”

(STJ, HC n. 854.826/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 11/11/2024.)

“Apelação. Tráfico de Drogas - (Artigo 33, “caput”, da Lei 11343/06) – Pleito da defesa dos réus pela absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade - Desclassificação da conduta do réu Matheus para o delito previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 – Inviabilidade - Desclassificação da conduta de Hilton para a prevista no artigo 37 da Lei Federal 11343/06 – Não cabimento - Fixação da penas-base do réu Hilton no mínimo legal – Inviabilidade – Aplicação do redutor previsto no § 4º da Lei 11343/06 – Redutor incabível – Fixação de regime prisional inicial mais brando – Inviabilidade - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – Não cabimento - Condenação de ambos os réus mantida - Provas seguras de autorias e materialidade - Palavras coerentes e seguras das testemunhas policiais - Responsabilização inevitável – Legalidade e compatibilidade evidenciadas – Penas bem dosadas – Apelos desprovidos.”

(TJSP; Apelação Criminal
1527271-70.2021.8.26.0228; Relator
(a): Teixeira de Freitas; Órgão Julgador: 8ª
Câmara de Direito Criminal; Foro Central
Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data
do Julgamento: 19/10/2022; Data de Registro:
19/10/2022)

Não se cogita, ainda, do reconhecimento de participação de

menor importância (art. 29, §1º, do CP).

Como mencionado, o réu agia em concurso com os demais agentes, visando o comércio de drogas, de modo que sua atuação era essencial para a atividade que desenvolviam.

No ponto, já decidiu esta C. 8ª Câmara Criminal:

“Tráfico de entorpecentes – Agente que exerce a função de “olheiro” na prática de tráfico de substância estupefaciente por terceiro – Conduta garantidora de maior tranquilidade e eficiência aquele que possui de fato e entrega o entorpecente ao usuário – Caracterização de coautoria – Entendimento do art. 29 do CP Para a realização do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aquele de “manter em depósito”. A pessoa que exerce a função de “olheiro”, postando-se em lugar apropriado para avisar a aproximação de policiais ao comparsa que está vendendo o entorpecente ou para prevenir algum outro tipo de intervenção prejudicial à atividade ilícita, realmente colabora eficazmente para a difusão e o incentivo ao tráfico de entorpecentes, pois garante maior tranquilidade e eficiência do “vendedor”, aumentando, assim, a força deletéria da atividade criminosa. Ressalte-se pouco importar a circunstância de a conduta daquele que exerce a função de “olheiro” não estar expressamente descrita no tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na medida em que há previsão expressa no art. 29 do CP, no sentido de incidir, ainda que na medida de sua culpabilidade, nas penas cominadas ao crime, aquele que, de qualquer modo, para este concorrer. Nem se argumente, por oportuno, que a função de “olheiro” implicaria em participação de menor importância, passível de ensejar a diminuição da pena, de um sexto a um terço, nos termos do § 1º desse dispositivo, eis que se cuida de proceder essencial à realização da narcotraficância. (...)”

(TJSP; Apelação Criminal
0018901-77.2014.8.26.0405; Relator (a): Grassi
Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito
Criminal; Foro de Osasco - 4ª Vara Criminal;
Data do Julgamento: 23/11/2017; Data de
Registro: 28/11/2017, g.n.)

“Apelação – Tráfico de drogas – Recursos defensivo e ministerial – Intempestividade do apelo do “parquet” aventada pela defesa – Afastamento – Acusado que não se insurgiu contra sua condenação – Pretendida a absolvição da ré – Não acolhimento – Materialidade e autoria comprovadas – Policiais militares harmônicos ao ratificar os termos da denúncia – Versão exculpatória apresentada pela apelante pouco crível – Tentativa do corréu em assumir toda a responsabilidade pelo tráfico não convincente, frente às peculiaridades do caso concreto – Condenação correta – Reconhecimento da participação de menor importância da apelante, por sua condição de “olheira” – Descabimento – Precedente desta E. Corte – Dosimetria – Pleito ministerial pelo acréscimo de 1/5 à pena-base dos recorrentes, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06 – Acolhimento parcial – Apreendidas 202 pedras de “crack”, 4 “ependorfs” de cocaína, 20 invólucros plásticos contendo maconha e um “tijolo” da mesma droga, com peso bruto aproximado de 245,2 gramas – Aumento de 1/6 suficiente – Reconhecida a birreincidência do acusado, esta foi integralmente compensada com a atenuante da confissão espontânea – Inconformismo ministerial acatado – Aumento da reprimenda do réu na segunda fase da dosimetria necessário – Incidência da fração de 1/5 por força de uma das reincidências ser específica – Precedente do C. STJ neste sentido – Impossível a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para o apelante – Requisitos não preenchidos – Pedido do “parquet” pelo afastamento do privilégio para a acusada – Acolhimento – Quantidade e diversidade de entorpecentes, aliadas às demais peculiaridades do caso concreto, aptas a demonstrar que ela se dedica às atividades criminosas – Reprimendas alteradas – Regime fechado mantido para o recorrente – Necessário o afastamento da substituição penal aplicada à ré e modificação de seu regime prisional para o fechado, a pedido do Ministério Público – Apelos

defensivos desprovidos e recurso ministerial parcialmente provido.”

(TJSP; Apelação Criminal
1500299-51.2020.8.26.0599; Relator
(a): Juscelino Batista; Órgão Julgador: 8ª
Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba -
1ª Vara Criminal; Data do Julgamento:
16/04/2021; Data de Registro: 16/04/2021)

Assim, era de rigor a condenação do réu por crime de tráfico de drogas.

Passa-se à dosimetria da pena.

As básicas devem ser fixadas em um sexto acima do mínimo legal, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em razão da culpabilidade exacerbada do réu, pois estava a cumprir pena em regime aberto quando incorreu na prática do delito em apreço.

Aludida circunstância judicial não se confunde com maus antecedentes ou reincidência, incorrendo *bis in idem*. A conduta se revestiu de maior reprovabilidade, o que demanda reflexo no apenamento, diante do evidente desprezo do réu às decisões judiciais que o beneficiaram.

Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"A valoração negativa da culpabilidade fundada na maior reprovabilidade do comportamento do agente em razão de o delito ter sido cometido enquanto cumpria pena pela prática de crime anterior não configura bis in idem quando reconhecida a reincidência, que se refere a acréscimo objetivo operado apenas em função da existência de condenação definitiva anterior."
(AgRg no HC 639.218/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal já consignou que *"a confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (STF, RHC nº 101576, Rel.

Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, publicado em 14/08/2012).

Contudo, adequada a fixação das penas básicas a partir das mínimas em abstrato, acrescidas da fração de um sexto para cada circunstância negativa reconhecida, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte estabelece que a exasperação da pena-base deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, salvo fundamentação específica que justifique elevação superior” (HC nº 782.432/PE, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 11/11/2024).

Na segunda fase, as penas permaneceram inalteradas, eis que o i. magistrado sentenciante compensou a agravante da **reincidência específica** (art. 61, I, do CP), consubstanciada pela condenação nos autos nº 1509378-66.2021.8.26.0228 (fls. 35/37), com a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP), o que fica mantido em se tratando de recurso da d. defesa.

Observe-se que não era o caso de compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, o que favoreceu indevidamente o acusado, tendo em vista que esta C. Câmara entende que, nos termos do artigo 67 do Código Penal, a agravante da reincidência prepondera sobre a confissão (TJSP; Apelação Criminal nº 1500889-57.2024.8.26.0544; Relator Des. Sérgio Ribas; 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiaí - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 13/12/2024; Data de Registro: 13/12/2024).

A esse respeito é ainda o entendimento empossado pelo C. Supremo Tribunal Federal, que assim já decidiu:

“HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO POR CRIME DE CONTRABANDO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PREPONDERÂNCIA DA REINICIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 67, CP). PENA-BASE FIXADA NO TETO. INVIABILIDADE DE

AUMENTO ACIMA DESSE PATAMAR NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PRECEDENTE. ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, EM PARTE.”

(HC 201731, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03-08-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 22-10-2021 PUBLIC 25-10-2021)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM AGRAVANTE REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não merece conhecimento na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Inocorrência das hipóteses de excepcional superação do entendimento jurisprudencial. 3. Não há ilegalidade na decisão que nega a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, sobretudo no caso de réu multirreincidente. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.”

(HC 227984 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 26-06-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 01-08-2023 PUBLIC 02-08-2023)

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CABIMENTO. Mostra-se impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressupostos de recursos de natureza extraordinária – prequestionamento . PENA – DOSIMETRIA – REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.”

(RHC 141519, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 31-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 08-09-2020 PUBLIC 09-09-2020)

Na derradeira etapa, o réu não fazia jus ao reconhecimento da figura privilegiada, considerando a aludida reincidência e, uma vez ausentes causas modificativas, as reprimendas tornaram-se definitivas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Correto o regime inicial **fechado**, pois, no caso *sub judice*, a gravidade concreta da conduta, aliada à expressiva quantidade de drogas, à presença de circunstância judicial desfavorável e à reincidência específica, desautorizam e tornam incompatível o estabelecimento de regime prisional mais brando, conforme disposto no artigo 33, § 2º, 'b' do Código Penal.

A respeito do tema, há julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 3. 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 18/05/2021, DJe de 24/05/2021).

No mesmo sentido, é o entendimento desta E. 8ª Câmara Criminal:

“Tráfico de drogas – Coesão e harmonia do quadro probatório – Circunstâncias do episódio que positivam a traficância – Condenação mantida. Pena-base – Quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, alinhadas aos maus antecedentes certificados, que autorizam a exasperação – Fração de 1/3 mais consentânea. Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 – Inadmissibilidade, haja vista o passado desabonador do réu. Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos – ‘Quantum’ da pena, alinhado às peculiaridades do caso que não a recomendam. Regime prisional fechado – Subsistência – Gravidade concreta do delito perpetrado, que contou com a apreensão de expressivas quantidades de drogas, de diversas naturezas, cuja nocividade e alto poder viciante não se desconhecem, certos seu potencial de disseminação e sua natureza desagregadora, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que se soma o passado desabonador do réu.
Apelo defensivo parcialmente provido” (TJSP;
Apelação Criminal 1501057-65.2024.8.26.0542;
Relator (a): MAURICIO VALALA; Órgão Julgador: 8ª
Câmara de Direito Criminal; Foro de Jandira - 1ª Vara;
Data do Julgamento: 11/11/2024; Data de Registro:
11/11/2024 – grifo nosso).

Por fim, o montante da pena corporal, superior a quatro anos, por si só, inviabiliza a substituição por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

MARIA CECÍLIA LEONE

Relatora

(assinado eletronicamente)