



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000341486

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500297-62.2024.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que são apelantes MARCOS WASHINGTON ALVES DE SOUZA e BRUNO ALVES XAVIER PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

ANA LUCIA FERNANDES QUEIROGA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 2041

Apelação Criminal nº 1500297-62.2024.8.26.0366

Comarca: Mongaguá – 2ª Vara

Juiz de 1ª Instância: Dr. Renato de Almeida Mascarenhas

Apelantes: Bruno Alves Xavier Pereira e Marcos Washington Alves de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal das Defesas dos acusados contra sentença que condenou ambos pelo crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2. As questões em discussão consistem em saber se: (i) há prova suficiente para a condenação do réu Bruno pelo crime imputado na denúncia ou se deve ser a conduta desclassificada para a infração prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06 em relação a ele; e, subsidiariamente, (ii) se a pena-base deve retornar ao mínimo legal; (iii) se deve ser afastado o acréscimo decorrente da reincidência na pena intermediária; (iv) se é o caso de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com consequente aplicação do substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e (v) se é viável o abrandamento do regime inicial imposto para cumprimento da sanção corporal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas e que não foram objeto de recurso da Defesa de Marcos.

4. Prova suficiente de autoria e materialidade delitiva de Bruno. Réu surpreendido ao retornar de saída temporária para o estabelecimento prisional onde cumpria pena com drogas no trato digestivo, em revista por *scanner* corporal. Credibilidade dos depoimentos das agentes de segurança penitenciária. Versão do réu

de que as drogas eram destinadas exclusivamente ao seu consumo que não se mostrou crível. Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de drogas. Demonstração de conduta prevista no tipo penal. Impossibilidade da desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Condição de usuário não é incompatível com a de traficante. Conjunto probatório amplamente desfavorável. Condenação imperiosa.

5. Dosimetria bem estabelecida. Pena-base devidamente fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade de ambos, além da natureza da droga apreendida com Marcos e dos maus antecedentes. Diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Exasperações em patamares proporcionais e adequados. Na segunda fase, correta a compensação da reincidência de Marcos pela confissão espontânea e a exasperação da reprimenda de Bruno pela reincidência. Agravantes inafastáveis, na medida em que os acusados ostentam condenações definitivas anteriores ensejadoras de reincidência. Na derradeira etapa, mantida a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Redução que deve se voltar às hipóteses em que o agente não faz da narcotraficância seu meio de vida. Requisitos cumulativos do tráfico privilegiado não cumpridos.

6. Regime inicial fechado adequado, em razão da quantidade de pena, da reincidência, das circunstâncias judiciais desfavoráveis e em face da periculosidade daqueles que cometem o crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, colocando em risco a saúde pública.

7. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos inviável. Ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Recursos defensivos desprovidos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto
por **BRUNO ALVES XAVIER PEREIRA** e **MARCOS**

WASHINGTON ALVES DE SOUZA contra a r. sentença de fls. 192/203, que os condenou pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, sendo imposta a pena de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no piso legal, para **BRUNO**, e de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, no piso legal, para **MARCOS**, sendo indeferido o direito de apelar em liberdade.

Irresignadas, apelam as Defesas.

A Defesa de **MARCOS** pleiteia, em síntese, a redução da pena-base ao patamar mínimo legal, o afastamento do acréscimo decorrente da reincidência e a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 250/253).

Por sua vez, a Defesa de **BRUNO** pretende, em resumo, a absolvição do réu por insuficiência de provas ou a desclassificação da conduta que lhe foi imputada para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente, busca a fixação de regime inicial diverso do fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 259/265).

Os recursos foram recebidos, sendo apresentadas as contrarrazões (fls. 268/272).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 281/294).

Decorrido o prazo para que as partes se

manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Consta dos autos que, no dia 18 de março de 2024, por volta das 15h50min, na Avenida dos Mariscos, nº 500, Balneário Florida Mirim, no Centro de Progressão Penitenciária, em Mongaguá, **BRUNO ALVES XAVIER PEREIRA** trazia consigo, sem autorização, 41 porções de “maconha”, com peso bruto de 185 gramas, para fins de tráfico ilícito de entorpecentes.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar supramencionadas, **MARCOS WASHINGTON ALVES DE SOUZA** trazia consigo, sem autorização, 15 porções de cocaína, com peso bruto de 133,70 gramas, para fins de tráfico de drogas.

Segundo apurado, **BRUNO** e **MARCOS** cumpriam pena no Centro de Progressão Penitenciária de Mongaguá e, na data dos fatos, retornavam ao estabelecimento prisional após usufruírem do benefício da saída temporária.

Durante o procedimento de revista pessoal por meio do *scanner* corporal, foi constatada a presença de objetos estranhos no trato digestivo de ambos, os quais foram expelidos e se tratava de entorpecentes, sendo que **BRUNO** havia ingerido 41 porções de “maconha” e **MARCOS** 15 porções de cocaína.

Diante de tal quadro fático, os acusados foram denunciados, processados e, ao final, condenados pela r. sentença de fls.

192/203, razão pela qual se insurgem.

Não resta qualquer dúvida acerca da materialidade delitiva, em face do auto de prisão em flagrante de fls. 01, boletim de ocorrência de fls. 09/12, autos de exibição e apreensão de fls. 18/19, fotografia de fls. 20, auto de constatação preliminar de substância entorpecente de fls. 21/22 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 161/163, bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em relação à autoria, tem-se que restou devidamente demonstrada.

Em solo policial, constou no termo de interrogatório de **MARCOS**: *“que o interrogando encontra-se com dificuldade para expressar-se pois está com insistente e constante ânsia de vômito, mas alega que aceitou adentrar com droga no presídio, submetendo-se a adentrar com quinze porções de cocaína, pois a família precisava de dinheiro, que não sabe precisar quanto ganharia, pois precisa fazer os cálculos”* (fls. 05).

Interrogado em Juízo, **MARCOS** disse que durante a “saidinha” sua esposa e seus filhos estavam passando por muitas dificuldades financeiras. Assim, obteve as porções de drogas com uns amigos, para conseguir dinheiro e auxiliar sua família com a venda no interior da unidade prisional. Estava com quinze porções de cocaína e foi a primeira vez que traficou entorpecentes. Nunca teve qualquer envolvimento com tráfico de drogas. Por fim, afirmou-se arrependido de sua conduta, que piorou sua situação (fls. 225 - mídia).

Sua confissão foi confirmada pelo restante da prova produzida. Desta forma, antes e acima de qualquer outro enfoque, é de

ressaltar-se que a prova constante dos autos sempre foi suficiente para o desate condenatório do réu **MARCOS**, tanto que, nesse aspecto, a Defesa nem mesmo apontou insurgência. Assim, e não se constatando qualquer circunstância apta a ensejar a manifestação *ex officio*, a análise será reservada às questões explicitamente suscitadas.

Em solo policial, **BRUNO** optou por permanecer em silêncio (fls. 06/07).

Interrogado em Juízo, **BRUNO** confirmou que havia ingerido porções de “maconha” para levar para dentro da penitenciária, somente para consumir. Acrescentou que a quantidade que estava levando daria para o período de aproximadamente dois meses. Não tem conhecimento se há tráfico de drogas dentro da unidade. Não conhecia o corréu **MARCOS**. Confirmou que após ser submetido ao exame no *scanner* e, ao “*aparecer as manchas*”, admitiu ter ingerido 40 porções de “maconha”, mas não que a finalidade era de tráfico de drogas ou que possuísse dívidas. Ato contínuo, pediu água aos agentes e vomitou as porções que ingeriu. Não pretendia compartilhar as substâncias com ninguém. Por fim, consignou fazer uso de “maconha” desde que possui 16 anos e que fuma cerca de “*cinco por dia*” (fls. 225 - mídia).

Verifica-se que a versão apresentada pelo réu **BRUNO**, no sentido de que engoliu as porções de “maconha” somente para posterior consumo no interior do estabelecimento prisional, não convence e restou isolada nos autos.

Com efeito, na fase policial, os agentes públicos Diego Fernandes de Carvalho e Wilian José Naligatski Sales Cruz relataram que na ocasião dos fatos, durante procedimento de retorno dos reeducandos ao Centro de Progressão Penitenciária de Mongaguá,

BRUNO foi selecionado para realização de revista via *scanner* corporal. Na realização do aludido exame, as imagens observadas nos resultados comprovaram que havia objetos estranhos na região abdominal dele. Diante disso, **BRUNO** foi conduzido ao Setor de Chefia, onde expeliu, via oral, após ingerir água, 41 porções de “maconha”. Na sequência, **MARCOS**, que aparentava estar um pouco embriagado, também foi separado para a realização do procedimento, oportunidade em que foi igualmente constatada a presença de objeto estranho em seu intestino. **MARCOS** foi conduzido à enfermaria, oportunidade em que admitiu ter introduzido cerca de 15 porções de cocaína na região anal. **MARCOS**, então, solicitou luvas cirúrgicas e ele próprio retirou as referidas porções. Os acusados admitiram a entrada no presídio com drogas e foram conduzidos ao pronto socorro para análise do estado de saúde. Em seguida, foram encaminhados para a Delegacia de Polícia (fls. 02/03 e 04).

Em Juízo, a testemunha Diego Fernandes de Carvalho, Agente de Segurança Penitenciária no Centro de Progressão Penitenciária de Mongaguá, afirmou que na ocasião dos fatos realizava procedimento de revista no retorno de “saidinha” dos reeducandos, que consistia em revista inicial manual e, se houvesse alguma suspeita, havia submissão ao *scanner* corporal. O acusado **BRUNO** aparentava estar inquieto e nervoso, razão pela qual foi levado diretamente ao *scanner* corporal, ocasião em que foi detectado um corpo estranho no corpo dele, o qual confessou estar com drogas. **MARCOS** estava passando mal do lado fora da unidade e foi trazido para dentro, sendo conduzido à enfermaria, inclusive pelo histórico de reeducandos que ingerem entorpecentes antes de ingressar na unidade e que sofrem problemas de

saúde em decorrência disso. **BRUNO** havia engolido porções de “maconha” e as expeliu no Setor da Chefia, ao passo que **MARCOS** havia introduzido porções de cocaína no reto e as retirou na enfermaria. Na sequência, ambos foram conduzidos ao pronto socorro central, onde **MARCOS** foi medicado. **BRUNO** afirmou que estava levando as porções para o interior da unidade por possuir dívidas. Não se recorda da versão apresentada **MARCOS** (fls. 225 - mídia).

Assim sendo, a análise do conjunto probatório demonstrou, suficientemente, que era o caso de recair sobre **BRUNO** um juízo de reprovação penal pela prática do tráfico de drogas.

Em face da prova realizada, dúvida não há em relação à autoria do crime por parte dele, pois inexiste razão para recusar credibilidade aos relatos dos agentes de segurança, até porque, em tema de comércio clandestino de entorpecentes, os depoimentos dos agentes públicos merecem a normal credibilidade dos testemunhos em geral, salvo se resultar demonstrado o interesse escuso deles em forjar falsa acusação, hipótese inócurrenente.

Não se olvide que em sede de crime contra a saúde pública, a palavra dos policiais e outros agentes de segurança é extremamente relevante, tendo em vista a dificuldade de encontrar testemunhas civis dispostas a depor contra traficantes, ante o notório e justificado temor que estes impõem àqueles que, de alguma forma, possam causar-lhes embaraço.

A jurisprudência tem pacificado o entendimento de que a palavra de agentes do serviço público não pode ser infirmada sem motivo comprovado. O simples fato de exercerem a função policial não lhes retira a possibilidade de prestar depoimento em juízo, nem afasta

automaticamente a credibilidade de suas narrativas, de sorte que não estão impedidos de depor, nem se pode lançar suspeição sobre suas declarações se para tanto não existirem razões plausíveis.

Confira-se precedente deste E. Tribunal de Justiça:

“Nem se alegue que os depoimentos de servidores públicos sejam suspeitos, para embasar um decreto condenatório, pois, isto somente ocorreria no caso de o acusado provar que os mesmos inventaram toda a história, com a intenção de prejudicá-lo. No caso destes autos este fato não ocorreu. Ademais, suas palavras foram colhidas sob o compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.” (TJSP - Apelação Criminal 1510528-19.2020.8.26.0228, Relator: Machado de Andrade, 6ª Câmara de Direito Criminal, Data do Julgamento: 10/06/2024).

No mesmo sentido, confira-se o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 1. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório, tal como se dá na espécie em exame (...)” (STJ - HC nº 113167/DF Quinta Turma Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.04.2009, DJe 25.05.2009).

De se observar que o Agente de Segurança Penitenciária ouvido nas duas fases da persecução penal confirmou que na data dos fatos realizava procedimento de revista dos reeducandos que retornavam de saídas temporárias, ressaltando que alguns eram

selecionados para passar por exame no *scanner* corporal, sobretudo se demonstrasse nervosismo, como aconteceu com **BRUNO**, razão pela qual ele foi direcionado ao procedimento que constatou a presença de corpo estranho no seu trato digestivo. Além disso, **BRUNO** admitiu ter engolido porções de “maconha” para ingressar no estabelecimento prisional, justificando que agiu de tal forma por possuir dívidas, e conseguiu expelir os entorpecentes via oral, os quais foram apreendidos e periciados, sendo confirmado que se tratava de *Tetrahydrocannabinol* (THC).

Por outro lado, a versão que **BRUNO** apresentou para os fatos, em sede de interrogatório judicial, no sentido de que as drogas que pretendia ingressar no estabelecimento prisional eram destinadas exclusivamente ao seu consumo pessoal, não se revelou verossímil.

Deve ser observado que nas unidades prisionais normalmente a traficância não é praticada com quantidades expressivas de entorpecentes, haja vista a rigorosa fiscalização que aumenta o risco daqueles que insistem em cometer o gravíssimo crime. Assim, os elementos indicativos de que o entorpecente se destina à entrega a terceiros são mais sutis e denotam análise mais rígida e criteriosa, até porque as substâncias entorpecentes possuem valor ainda mais acentuado nas dependências de estabelecimento prisional.

Nesse contexto, como se vê, **BRUNO** confessou informalmente que buscava entrar na unidade prisional com porções de “maconha” por possuir dívidas, o que indica seu intuito entregar as porções a terceiros ou comercializar as drogas para pagamento dos débitos contraídos.

Salienta-se que o fato de a testemunha Diego ter se recordado somente da versão apresentada por **BRUNO** quando dos fatos se coaduna com a conclusão de que não houve qualquer intenção do agente em acusar falsamente os acusados de crime tão grave, pois, ao revés, poderia atribuir a mesma justificativa informal ao corréu para prejudicá-lo, o que não ocorreu.

Em suma, a prova colhida confirma que **BRUNO** foi flagrado no procedimento de revista de entrada do estabelecimento prisional para o qual retornava de saída temporária em conduta típica de tráfico ilícito de drogas, trazendo consigo porções de entorpecentes, embaladas individualmente, com objetivo de comercialização a outros reeducandos no interior unidade, em quantidade bastante relevante quando comparadas com outras situações semelhantes de narcotraficância como aqui se verifica, no âmbito do cárcere.

Portanto, a quantidade de drogas apreendida (41 porções de “maconha”, com 145 gramas de massa líquida – cf. fls. 18/19, 20/22 e 161/163), a forma como estavam acondicionadas, em porções individuais, que foram ingeridas, prontas para a comercialização se lograsse êxito ao passar pelo procedimento de revista, além da forma como ocorreu a dinâmica dos fatos, após a constatação de corpo estranho no exame de *scanner* corporal, ocasião em que justificou sua conduta por possuir dívidas, constituem circunstâncias que sustentam a conclusão, sem margem de erro, da prática do crime de tráfico, afastando a possibilidade de reconhecimento de mero porte de drogas para consumo próprio, com a consequente desclassificação para a forma do artigo 28 da Lei 11343/2006. Mesmo porque, a condição de usuário não é incompatível com a de traficante.

Oportuno destacar que a Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, no dia 26/06/2024, editou, com repercussão geral, o Tema 506, que fixou a tese de que a posse de até 40 gramas de "maconha" ou 6 plantas fêmeas, será presumida como para uso pessoal, sem gerar consequências criminais até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema. Contudo, essa presunção é relativa, permitindo conclusão diversa, de que a posse se destine ao comércio, mesmo em quantidades abaixo do limite mencionado, dependendo das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, *“a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes”*, em consonância com o disposto no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06: *“Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”*.

Portanto, apesar da referida presunção, a decisão do E. Supremo Tribunal Federal não impede a conclusão pela prática de tráfico de drogas em casos de quantidades inferiores a 40 gramas de "maconha" ou 6 plantas fêmeas, aliás, bastante inferior àquela que foi ingerida por **BRUNO** para tentativa de ingresso no estabelecimento prisional.

Frise-se que, para caracterização do tráfico de entorpecentes não há necessidade de que se apresente, na polícia ou em

Juízo, alguém que tenha adquirido a droga e tampouco que o réu seja flagrado na prática de efetiva alienação da droga, bastando que o acusado efetue uma das condutas previstas no tipo penal, conforme reiterada jurisprudência:

“(...) 3. Ademais, é firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive ter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ - AgRg no HC n. 918.598/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 21/6/2024).

Deve ser reconhecida, ainda, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, eis que o tráfico de drogas foi cometido nas dependências do estabelecimento prisional no qual os acusados cumpriam pena, tendo ambos mencionado que pretendiam ingressar com os entorpecentes na unidade.

Em face de todo o expendido, tem-se que a condenação de **BRUNO** pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, era mesmo de rigor, não havendo que se falar em desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, como sustentado pela i. Defesa.

Passa-se à análise da dosimetria.

Na primeira fase, observado o disposto no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a pena-base de **MARCOS** foi fixada em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e

pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, patamar de acréscimo correspondente a metade, nos seguintes termos: “(...) *considero que a natureza da droga autoriza a elevação da pena, tendo em vista o elevado potencial lesivo à saúde humana da cocaína, bem como seu grande potencial de causar dependência física. Considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade, consistente no grau de reprovabilidade do comportamento, é elevada, tendo em vista que o réu cometeu o crime enquanto cumpria pena por outro delito, o que acentua o juízo de reprovabilidade contra si; conforme certidão de antecedentes criminais de fls. 80/85, o réu possui maus antecedentes, sem prejuízo da consideração da condenação mais recente como agravante da reincidência (fls. 200/201).*”

De fato, os maus antecedentes ostentados por **MARCOS** (fls. 82/83 - Processos nº 0014560-85.2008.8.26.0609 e 0024130-45.2016.8.26.0050) enseja a valoração negativa da circunstância judicial atinente aos antecedentes.

Além disso, a apreensão de 15 porções de cocaína com massa líquida de 74,9 gramas, denota maior ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja a saúde pública, eis que se trata de apreensão de considerável quantidade de substância ilícita com alto poder vulnerante, suficiente para distribuição a grande número de usuários.

Da mesma forma, a prática do crime ora apurado durante o cumprimento de pena por outros delitos torna a sua conduta mais reprovável e justifica a análise negativa da circunstância judicial da culpabilidade, o que não se confunde com os maus antecedentes ou a reincidência.

No mesmo sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça: “(...) **2. O fato de o crime ter sido cometido durante o cumprimento de pena privativa de liberdade é fundamento concreto e idôneo apto a ensejar o aumento da pena-base.**” (AgRg no HC n. 904.272/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 19/6/2024).

Convém ressaltar que a lei penal não adotou critérios aritméticos para a fixação da pena-base, sendo a dosimetria da pena matéria sujeita a certo grau de discricionariedade do destinatário da prova, cabendo às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, o ônus de fixar a reprimenda, respeitados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, competindo, por outro lado, aos Tribunais, em regra, a correção de discrepâncias, apenas se arbitrárias (STF, HC 120283/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 29-04-2014, processo eletrônico DJe-093, divulg. 15-05-2014, public. 16-05-2014).

Deste modo, estando devidamente fundamentado o aumento realizado, que não se revela excessivo ou desproporcional às circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas, não há que se falar em qualquer modificação.

Já a pena-base de **BRUNO** foi fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, correspondente ao acréscimo de 1/6 (um sexto), considerada somente a culpabilidade e reprovabilidade do comportamento acentuadas, pelo crime ter sido cometido enquanto cumpria pena por outro delito, o que não comporta modificação.

Na segunda fase, a pena intermediária de **MARCOS** permaneceu inalterada, pois compensadas as circunstâncias da reincidência (fls. 83/84 - Processos nº 1500747-97.2021.8.26.0628) e da confissão espontânea, o que deve ser mantido.

A pena intermediária de **BRUNO** foi exasperada em 1/6 (um sexto), diante da reincidência (fls. 71 - Processo nº 1500884-98.2020.8.26.0536), perfazendo 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Na derradeira etapa, incide a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, sendo aumentada a reprimenda de ambos em 1/6 (um sexto), resultando na pena definitiva de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no piso legal, para **BRUNO**, e de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, no piso legal, para **MARCOS**.

Incabível a concessão do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ante a ausência de primariedade dos acusados.

Frise-se que os requisitos para a redução da pena previstos no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 são de observância cumulativa, de modo que a ausência de qualquer um deles implica o não reconhecimento do benefício.

Outrossim, aquele que ingressa em estabelecimento prisional com drogas escondidas, visando a prática do tráfico de entorpecentes, fomenta sobremaneira os enormes malefícios que

decorrem da mercancia e consumo de substâncias ilícitas que causam dependência, além de revelar extrema ousadia na sua conduta, do que se denota sua inserção na seara das atividades criminosas, não se tratando, portanto, de mera traficante eventual, mas de indivíduo que faz do comércio ilícito seu meio de vida.

Considerando a quantidade de pena fixada, as circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas e a reincidência, deve ser mantido o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, observando o disposto no artigo 33, § 2º e § 3º, do Código Penal. Trata-se de delito gravíssimo, equiparado a hediondo, e a sociedade ordeira e trabalhadora já não suporta viver à mercê da ação de traficantes, sendo o regime fechado aquele que responde de modo mais adequado à repressão estatal, em face da elevada periculosidade daqueles que insistem em cometer tal delito, realizando o comércio espúrio, colocando em risco a saúde pública e da população carcerária, como aqui se verifica, de modo concreto, não sendo recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Por fim, não compartilha acolhimento o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos, mantida, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau por seus fundamentos jurídicos.

Transitada em julgado, expeça-se mandado de prisão e, no seu cumprimento, providencie-se formalização da execução da pena.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ANA LUCIA FERNANDES QUEIROGA

Relatora