



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000354210

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500412-62.2024.8.26.0470, da Comarca de Porangaba, em que é apelante DIOGO RENATO DE SIQUEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500412-62.2024.8.26.0470

Apelante: Diogo Renato de Siqueira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Porangaba - SP

MM. Juiz de Direito Dr.(a). Josias Martins de Almeida Júnior

Voto nº 6680

Julgamento Virtual.

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Recurso defensivo – Preliminar de nulidade do feito por violação à cadeia de custódia – Inocorrência – Apreensão do entorpecentes na posse do apelante que obedeceu aos ditames legais - Eventuais irregularidades no âmbito do inquérito policial que não têm o condão de macular a ação penal – Defesa que não alegou a suposta nulidade no momento oportuno, sendo certo que a jurisprudência pátria não acoberta a chamada nulidade de algibeira – Ausência de nulidade sem comprovação do prejuízo (pas de nullité sans grief), nos termos do art. 563 do CPP - Mérito – Absolvição por insuficiência probatória para o tráfico – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Depoimentos das testemunhas coerentes – Intuito mercantil evidenciado – Incabível a desclassificação da imputação para uso (art. 28 da Lei de Drogas) – Condição de usuário que, por si só, não elide a possibilidade de dedicação do acusado ao comércio ilegal de entorpecentes – Condenação mantida – Dosimetria – Pena-base fixada acima no mínimo legal – Maus antecedentes - Delito cometido durante cumprimento de pena – Segunda fase – Reincidência específica – Não era caso de ser reconhecida a atenuante da confissão – Súmula 630 do STJ - Terceira fase – Incabível o redutor previsto no

§4º, do artigo 33, da Lei de Drogas tendo em vista a reincidência específica do réu – Regime inicial fechado de rigor – Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou sursis penal – Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Diogo Renato de Siqueira** contra a r. sentença de fls. 154/161, que julgou procedente a ação e o condenou à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso, por infração ao artigo 33, “*caput*”, da Lei Federal nº 11.343/06, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Irresignado, apela o sentenciado buscando, preliminarmente, a declaração de nulidade do feito, por suposta violação à cadeia de custódia. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória para o tráfico ou a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Drogas. Quanto à dosimetria, pleiteia: a fixação da pena-base no mínimo legal ou o acréscimo máximo no patamar de 1/8 (um oitavo). (fls. 173 e 188/203)

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 209/212), após o que a Procuradoria-Geral

de Justiça opinou pelo improvimento do recurso. (fls. 221/225)

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

DIOGO RENATO DE SIQUEIRA foi processado e condenado às penas já mencionadas porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: *“trazia consigo, para fins de tráfico, 14 porções de cocaína, pesando aproximadamente 15g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão (fl. 07) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 38/40).*

Segundo o apurado, no dia dos fatos, DIOGO RENATO DE SIQUEIRA estava na Rua Lázaro Dias da Costa, conhecido local de tráfico de drogas, trazendo consigo 14 pinos que continham porções individuais de cocaína.

Policiais militares receberam a informação de que um indivíduo de camiseta regata verde e bermuda estaria vendendo droga no mencionado local, para onde diligenciaram.

Ao notar a aproximação da viatura, DIOGO, que trajava as roupas descritas acima, colocou toda a droga no interior de sua boca.

Abordado e indagado a respeito, o denunciado afirmou que comprara os entorpecentes para seu consumo, pelo valor de R\$10,00 cada porção.

Verifica-se, porém, que os entorpecentes se destinavam à traficância, tendo em vista a informação pretérita recebida pelos policiais, que se confirmou, a quantidade de droga que o denunciado trazia consigo e o local, conhecido dos meios policiais pela mercancia ilícita.

Ante o exposto, denuncio DIOGO RENATO DE SIQUEIRA como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, e requeiro seja ele citado para apresentar defesa prévia, na forma do art. 55 da Lei 11.343/06 e, após, recebida e autuada esta, seja processado conforme o rito especial dos arts. 56 e ss. da Lei 11.343/06, e, ao final, condenado, ouvidas as pessoas abaixo arroladas.” (fls.60/61)

De proêmio, não há que se falar em quebra da cadeia de custódia.

Sustenta a Defesa, em suma, haver nulidade no processo recorrida pela quebra da cadeia de custódia da prova. Aduz que a conduta narrada pela autoridade policial não restou registrada e verificada nos exatos termos do art. 158-B do CPP. Assim, sustenta que

não se pode confirmar que os entorpecentes encaminhados à Delegacia seriam os mesmos apreendidos no local dos fatos.

Sem razão, contudo.

É de se destacar, por importante, que, na ocasião dos fatos, o apelante foi conduzido à delegacia, mas, pese embora as circunstâncias dos fatos e o péssimo histórico criminal do paciente, que estava em pleno gozo de saída temporária naquela ocasião, a Autoridade Policial entendeu por elaborar Termo Circunstanciado (fls. 04/06), nos termos da Lei 9.099/95, o que é de causar espécie.

O Ministério Público, por ocasião do oferecimento da exordial acusatória, representou pela decretação da prisão preventiva do acusado, o que foi deferido pela Decisão de fls.62/63.

Juntado aos autos mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do acusado e devidamente cumprido aos 02/05/2024 (fls. 79/84).

A despeito do agir da autoridade policial, pelo exame dos autos, o que se tem é que a apreensão das substâncias entorpecentes e sua análise foi devidamente documentada nos autos (conforme auto de exibição e apreensão de fl. 07, ocasião em que o entorpecente recebeu o **lacre n.º 0082949**, a imagem fotográfica de fl.

09, exibindo que a droga apreendida estava com o **lacre n.º 0082949** e o laudo de exame químico-toxicológico de fls. 38/40, o qual expressamente menciona que o material a ser periciado, em item único, estava acondicionado sob o **lacre n.º 0082949**, e se deu em total consonância com as determinações legais e demais provas, tais como o depoimento dos policiais e o próprio interrogatório do réu, não havendo, de tal modo, que se falar em quebra da cadeia de custódia.

Assim patente que as drogas foram apreendidas naquele contexto fático, e corretamente atribuídas ao réu, que as escondia no interior da boca quando foi abordado pelos policiais militares após denúncia de que um indivíduo trajando regata verde estava realizando a traficância.

No mesmo sentido, como bem observou o *Parquet* em contrarrazões recursais, que fica aqui adotado como razão de decidir:

*“Pontuo inicialmente que a apelação foi a primeira oportunidade em que o réu alegou a referida nulidade no bojo dos autos, não trazendo maiores fundamentações concretas que evidenciem a quebra da cadeia de custódia da prova. **Ressalto que não há nulidade sem comprovação do prejuízo (pas de nullité sans grief), nos termos do art. 563 do CPP.***

Ademais, a parte ré não alegou a suposta nulidade no momento oportuno, sendo certo que a jurisprudência pátria não acoberta a chamada nulidade de algibeira.

Não bastasse isso, o art. 566 do CPP prevê que não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Por fim, eventuais irregularidades no âmbito do inquérito policial não têm o condão de macular a ação penal, conforme entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores.” (fls. 210/211)

Destarte, ao que parece, confunde-se a tese defensiva com a chamada nulidade de algibeira (ou "de bolso"), que consiste na estratégia de permanecer silente no momento oportuno, manifestando-se somente em ocasião posterior, supostamente mais favorável, agredindo a boa-fé processual.

Sobre o tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou:

"AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. INOVAÇÃO RECURSAL. PROCESSO UTILIZADO COMO DIFUSOR DE ESTRATÉGIAS. IMPOSSIBILIDADE DO MANEJO DA CHAMADA "NULIDADE

DE ALGIBEIRA". AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA.. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A suposta nulidade absoluta somente foi trazida pela parte recorrente em agravo regimental, após provido o recurso especial da parte recorrida, constituindo inovação recursal. Precedentes.

2." A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade "(REsp 1439866/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 6/5/2014). 3. " A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada "nulidade de algibeira ou de bolso" " (EDcl no REsp 1424304/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014).

De mais a mais, a doutrina também já se pronunciou no sentido de que a quebra da cadeia de custódia - a qual, repise-se, não

ocorreu na hipótese - não interfere na validade da prova, mas na valoração do julgador: *“A quebra da cadeia de custódia não significa, de forma absoluta, a inutilidade da prova colhida. É preciso não se esquecer que a cadeia de custódia existe não para provar algo, mas para garantir uma maior segurança — dentro do possível — à colheita, ao armazenamento e à análise pericial da prova [...]. Desta forma, a análise do elemento coletado e periciado, se houver quebra dos procedimentos de cadeia de custódia, interferirá apenas e tão somente na valoração dessa prova pelo julgador”*. (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 754).

Assim, não há qualquer nulidade a ser reconhecida, razão pela qual rejeita-se a matéria preliminar arguida.

E, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, cumpre reconhecer, desde logo, que o improvimento se impõe.

A materialidade do delito foi comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 01/02); Termo Circunstanciado (fl.04); auto de exibição e apreensão (fls. 07); fotografia da droga apreendida (fl.09); laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 38/40); relatório final da autoridade policial (fls. 48/49); bem como pela prova oral

produzida.

No que tange à responsabilidade criminal do sentenciado, também neste particular conclui-se que ela é evidente.

Na fase indiciária, o réu disse, em suma, que está de saída temporária e que adquiriu os pinos de cocaína pelo valor de 10 reais cada. Estava em frente ao bar e ao ver a viatura da polícia militar colocou os pinos na boca para esconder; que adquiriu os pinos de cocaína para consumo próprio, pois é usuário. (fl.04)

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, manteve a versão ofertada.

Nesse sentido, considerando-se que bem compilada a prova oral produzida nos autos, fica adotada, transcrevendo-se, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo D. Juízo *a quo*:

“Em juízo, o réu afirmou que saiu em saidinha de Valparaíso, no meio da estrada achou a rapaziada que vendia droga e comprou 14 pinos de cocaína. Não podia usar essa droga na casa do seu pai, foi se sentar na rua. Não estava traficando porque estava há 2 dias na rua. Quando viu a viatura não correu porque estava drogado, congelou na hora. Não teve para onde ir. Eles foram diretamente no carro, quando colocou os pinos na boca, no desespero tentou engolir,

mas não conseguiu. Ele mesmo tirou os pinos, disse que estava em saidinha, disse que morava no local, o pai já começou a chorar, pois viu a polícia, mas não sabia disso, que estava escondendo. Pediu os documentos ao pai. Comprou a 10 reais cada pino, tinha o dinheiro de emprego que tinha trabalhado, ficou acumulado em saldo reserva na saidinha. Conhecia as pessoas que estavam lá quando foram abordados, existe mesmo esse espetinho. Ninguém mais estava usando droga. Eles nem sabiam que estava com a droga. Disse que estava com camiseta regata verde. Fizeram vistoria em todo mundo. Não sabe como chegou essa informação sobre a traficância de droga no local (essência do interrogatório de fls. 142/143).” (fls. 155/156).

As testemunhas de acusação **DIEGO** e **WILLIAM**, policiais militares, confirmaram, em juízo, seus relatos extrajudiciais:

*“A testemunha, **DIEGO** CARNEIRO, Policial Militar, informou que receberam informações via copom que, próximo ao mercado do Marcão, no bairro Floresta, havia indivíduos fazendo tráfico. Um dos indivíduos estaria com camisa verde. Quando visualizaram, realizaram a abordagem. O indiciado colocou algum objeto em sua boca. Efetuaram a busca pessoal em todos que estavam junto, nada de ilícito foi localizado. Ao perguntar dados, ele se recusou*

a falar, pediram para retirar o objeto de sua boa. Retiraram um saco e dentro havia 14 pinos contendo cocaína. No local havia mais ou menos 04 pessoas. O local é mercado para venda de espetinho, as pessoas estavam comendo espetinho e tomando cerveja. Ele falou que tinha saído do presídio, que era usuário e tinha pego entorpecentes para o uso dele. Ele falou onde teria comprado a droga, mas não se lembrava mais (essência do depoimento de fls. 142/143).” (fls.156)

*“No mesmo sentido o depoimento do Policial Militar, **WILLIAM**, o qual relatou que estavam em patrulhamento de rotina, sendo informados sobre ocorrência de tráfico de drogas no bairro floresta, em frente ao mercado do Marcão. Informaram que indivíduo estava trajando blusa verde. No local visualizaram o indivíduo com essas características e mais 3 indivíduos. Nada de ilícito foi encontrado com eles. Ao questioná-lo, o Diogo não estava conseguindo falar. Antes tinha mencionado com o companheiro que ele teria colocado algo na borca. Pediram para abrir a boca e localizaram pino de cocaína. 14 pinos no total. Ele falou que era para uso próprio, que estava em saída temporária. Conduziram até a delegacia. Ao questioná-los falaram que estavam tomando cerveja no local. Falaram que estavam apenas conversando. Um falou que conhecia o réu. O*

indiciado não falou onde teria comprado, por quanto teria comprado. A conduta suspeita foi o indiciado colocar algo em sua boca (essência do depoimento de fls. 142/143).” (fls.156)

De tal modo, diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal do apelante pelo tráfico de drogas, até porque a materialidade delitiva ficou comprovada pelo laudo pericial definitivo de fls. 38/40.

Os policiais, em relatos seguros e coesos, relataram, em síntese, que receberam informações do COPOM que no bairro Floresta, próximo a determinado mercado, havia alguns indivíduos realizando o tráfico ilícito de drogas, destacando que um deles estaria com camisa verde. *Quando o visualizaram, realizaram a abordagem. O então suspeito colocou algum objeto na boca. Os policiais efetuaram a busca pessoal em todos que estavam junto a ele, e nada de ilícito foi localizado.*

Todavia, ao perguntar dados pessoais, o apelante se recusou a falar. Os policiais, então, pediram para retirar o objeto de sua boca, ocasião em que retiraram um saco plástico, dentro do qual havia 14 pinos contendo cocaína.

Os testemunhos de policiais, que são dotados de presunção de veracidade, merecem fé até prova em contrário, pois se deduz dos autos que não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de macular o quadro probatório.

Outrossim, tem-se que sua atuação foi pautada por estrita legalidade, inexistindo sequer indícios de suposta inidoneidade, propósito ou interesse em incriminar falsamente o réu.

Além de todo o exposto, constituiria notório contrassenso o Estado dar crédito aos agentes de segurança para atuarem na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, dão conta das suas atividades.

Nessa esteira já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal e o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos — especialmente quando prestados 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” (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO)

“[...] Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.” (HC 436.168/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

Outrossim, a despeito da judiciosa manifestação defensiva de que o réu era apenas usuário de drogas, pretendendo, assim, a desclassificação do delito, é evidente o intuito mercantil dos entorpecentes apreendidos.

Em seu interrogatório, o acusado limitou-se a negar o tráfico, aduzindo, para tanto, que é apenas usuário e que a droga seria para seu próprio consumo, o que, contudo, ante as circunstâncias dos fatos, a quantidade de droga apreendida, a forma que estavam acondicionadas não merece credibilidade.

Asseverou, ainda, que não podia usar a droga na casa do seu pai, e, por isso, foi se sentar na rua. Disse que comprou a 10 reais cada pino, e que tinha o dinheiro de emprego que tinha trabalhado,

acumulado em saldo reserva na saidinha, sem, contudo, comprovar o alegado.

No ponto, anote-se que, consoante auto de exibição e apreensão (fls. 07), *foram apreendidas 14 porções de cocaína, pesando aproximadamente 15g*, constatada a natureza ilícita das substâncias altamente nocivas pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 38/40), quantidade consideravelmente superior à necessária para o consumo pessoal, evidenciando-se a traficância também pela forma de acondicionamento das drogas.

É de se destacar que havia notícia anônima dando conta de que um indivíduo trajando regata verde e bermuda estaria efetuando o tráfico de drogas naquele determinado local. Chegando ao local indicado, os policiais abordaram o apelante, **egresso sob saída temporária (cf. fl. 22)**, que estava trajando uma regata verde (cf. fotografia de fl. 52). O apelante, **reincidente específico no crime de tráfico**, escondeu as 14 porções de cocaína no interior da boca, pretendendo despistar os agentes da Lei, mas os policiais, pelo tirocínio, localizaram e apreenderam o entorpecente, conduzindo o apelante à delegacia.

É cediço, no mais, que a condição de usuário de

drogas não afasta a responsabilidade do apelante pela conduta prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06, mormente porque é comum, e, mesmo corriqueiro, que uma mesma pessoa seja, ao mesmo tempo, traficante e usuário.

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

“(...) muito embora o acusado tente se apresentar como mero usuário, é sabido que nada impede que possam coexistir, numa mesma pessoa, as duas figuras - usuário e traficante - daí, pois, ainda que no caso focado o agente seja usuário, restou demonstrado que o mesmo praticava conduta dirigida para a vontade de traficar ilicitamente substância entorpecente. A rigor, o crime de tráfico de entorpecentes não exige para a sua configuração a venda da substância tóxica a terceiros. A ratio legis pretende antecipar a proteção ao bem jurídico saúde pública, não exigindo a ocorrência de um dano concreto, mas tão somente uma situação onde: ocorra perigo à saúde de um grupo indeterminado de pessoas.” (STJ - REsp 1708569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, data de publicação: 06.03.2018).

Dessa forma, enquanto se verifica consonância e coerência nos depoimentos das testemunhas de acusação, a versão apresentada pelo réu, em juízo, restou completamente isolada, havendo

carência de mínimo lastro probatório e severos contornos de inverossimilhança.

Por fim, o fato de o apelante não ter sido surpreendido praticando a mercancia, não o beneficia, uma vez que uma vez que foi fartamente demonstrado que ele **trazia consigo** porções de cocaína suficientes para configuração do crime de tráfico de entorpecentes, delito de conteúdo variado ou misto alternativo, de modo que qualquer das condutas descritas no dispositivo o tipifica.

Nesse sentido:

“A quantidade, forma de acondicionamento da droga, bem como as circunstâncias da prisão, evidenciam que a substância se destinava ao consumo de terceiros, o que tipifica o tráfico que, como é cediço, prescinde de ser o agente surpreendido em pleno desenvolvimento de atos de mercancia (RT 777/724 e RJTJSP 9/455)”.

Não há que se falar, pois, em insuficiência probatória, tampouco embasadora do *in dubio pro reo*.

Desse modo, tem-se que o decreto condenatório pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 era mesmo de rigor.

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em 1/6, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Para tanto, o D. juízo de piso bem fundamentou a exasperação nos seguintes termos: *“Considerando os ditames do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, levando-se em conta a culpabilidade intensa do réu, a vida social nada produtiva, que levam à conclusão de que possui personalidade voltada às práticas delitivas, haja vista que ostenta condenação transitada em julgado (fls. 116/124 processos nº 0000238-89.2008.8.26.0470, 0000243-14.2008.8.26.0470, 0001391-65.2005.8.26.0470, 0004472-51.2007.8.26.0470 e 0005427-82.2007.8.26.0470), evidenciando que o fato apurado nestes autos não restou isolado em sua vida, outra solução não se mostra razoável a não ser a elevação da pena-base acima do mínimo legal. Fixo-a, pois, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal.”* (fl.159)

Nesse passo, sopesados os elementos norteadores do art. 59 do Código Penal, idônea é a fundamentação para a exasperação da pena-base no crime, bem como muito favorável o percentual de

aumento eleito, o que, pese embora a irresignação defensiva, não comporta reparo.

Frise-se, ainda, *mutatis mutandis*, 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).

É de se destacar que o apelante possui quatro processos ensejadores de maus antecedentes. Ademais, cometeu o delito apurado nos autos em pleno gozo da saída temporária, o que merecia reprovação mais severa do d. Magistrado sentenciante.

Todavia, sem recurso da acusação, nada pode ser feito, sob pena de *reformatio in pejus*.

Na segunda fase, verificou-se a presença da agravante de **reincidência específica** (proc. 0002853-08.2015.8.26.0470 - fls. 119/120), elevando-se, novamente, a reprimenda em 1/6, obtendo-se 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680

(seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso.

Não era mesmo o caso de ser reconhecida a confissão, consoante entendimento do enunciado da Súmula 630 do STJ: *“A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.”*

Na terceira fase, correta o afastamento do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 por ausência dos requisitos legais, já que portador de maus antecedentes e reincidente específico, circunstâncias que obstam a incidência de tal minorante, não ensejando *bis in idem* a utilização concomitante da reincidência na segunda e terceira fases da dosimetria (5ª Turma, HC 410.990/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017; 6ª Turma, HC 409.134/SP, rel.^a Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017).

Logo, a reprimenda tornou-se definitiva em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena,

considerando-se as circunstâncias do caso concreto, o montante da pena imposta, e, ainda, as circunstâncias judiciais negativas e a reincidência do apelante, era de fato necessária a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento da pena, salientando-se que o tráfico de entorpecentes é equiparado aos crimes hediondos, o que demonstra a necessidade de atuação mais ostensiva do Estado na fixação do regime inicial para cumprimento da reprimenda.

Ressalte-se, ainda, que: ***“Inexiste 'bis in idem' quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da pena, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso” (in HC nº 615513 – SP, Relatoria: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 24/09/2020)***

Por ausência dos requisitos legais, incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o *sursis* penal, nos termos dos artigos 44 e 77 do Código Penal, pois insuficiências a reprovação e prevenção do delito.

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo-se a r. sentença proferida,
por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora