



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000357553

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501661-89.2024.8.26.0618, da Comarca de Tremembé, em que é apelante ANTONIO KAUA MAGALHAES DE AMORIM, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1501661-89.2024.8.26.0618

Apelante: Antonio Kaua Magalhaes de Amorim

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Tremembé

Magistrado: Antonia Maria Prado de Melo

Voto 10599

Ementa. Direito Penal. Apelação. Tráfico de Drogas. Condenação mantida. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Responsabilização inevitável. Penas bem aplicadas. Regime prisional fechado único possível. Apelo desprovido.

Trata-se de apelação, interposta por Antônio Kaua Magalhães de Amorim, contra a sentença (fls. 119/124), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, combinado como artigo 40, inciso III, ambos da Lei Federal 11343/06, a cumprir a pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, com regime prisional inicial fechado, buscando a absolvição por insuficiência de provas. E, subsidiariamente, postulou a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei Federal 11343/06, a fixação da pena base abaixo do mínimo legal em virtude da ausência de circunstâncias desfavoráveis ao acusado, o afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Federal 11343/06, a aplicação do redutor previsto no § quarto, da Lei Federal 11343/06, a fixação de regime prisional inicial mais brando, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 126/134).

Regularmente processado o recurso, com apresentação de contrarrazões (fls. 137/140).

A Procuradoria de Justiça, no seu parecer, ofertou manifestação pelo desprovimento do recurso (fls. 159/167).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 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.

O recurso defensivo não comporta provimento.

O apelante foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 23 de setembro de 2024, por volta das 15h30min, nas dependências da Penitenciária “Doutor Edgard Magalhães Noronha”, situada na Rodovia Amador Bueno da Veiga, km 138, no Bairro do Una, na Cidade e Comarca de Tremembé, trazia consigo, para entrega e consumo de terceiros, 30 porções, contendo 72 gramas de maconha, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão, laudo de constatação (fls. 17/18).

Segundo apurado, o acusado estava preso em regime semiaberto e foi beneficiado com saída temporária. Enquanto gozava a benesse, ingeriu invólucros, contendo entorpecentes e retornou ao estabelecimento prisional.

No entanto, quando Antônio se submeteu à revista por scanner, os agentes de segurança penitenciária observaram uma imagem suspeita. Diante das evidências, ele espontaneamente expeliu 28 porções de maconha.

Na sequência, os servidores levaram o indiciado à Delegacia de Polícia e, por haver indícios de que ainda ocultava mais drogas, a Autoridade Policial determinou fosse conduzido à Unidade de Pronto Atendimento, onde se retiraram do corpo dele outros dois invólucros, contendo o mesmo entorpecente.

A materialidade resultou evidenciada através do auto de prisão em flagrante delito (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/04), auto de exibição e apreensão (fl. 09), laudo de constatação (fls. 16/18), fotografias (fls. 19 e 95/96), sindicância (fls. 91/118), pela prova oral constante nos autos, bem como pelo laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 51/53), que revelou resultado positivo para *maconha*.

A autoria, do mesmo modo, é incontroversa.

O acusado Antônio Kauã Magalhães de Amorim, na Delegacia de Polícia, disse que “engoliu a droga que comprou no Bairro de Paraisópolis na Cidade de São Paulo. O entorpecente era para seu consumo mas, também, para pagamento de uma dívida, que tinha com um rapaz. Não sabe informar

o nome do mesmo, mas que era do Pavilhão 09. Era, também, reeducando do Pavilhão 09”.

Quando inquirido na sindicância administrativa, o agente voltou a admitir que “ingeriu 35 invólucros de maconha, pois tem uma dívida de oitocentos reais e pagaria a sua dívida com as drogas que engoliu. Disse que o entorpecente seria entregue ao preso de vulgo “Neginho”, também morador do Pavilhão 09” (fl. 113).

Em Juízo, o réu Antônio Kauã Magalhães de Amorim fez opção pelo silêncio.

A testemunha José Luiz de Moura Santos, agente penitenciário, ouvido na fase policial e em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou que o réu estava preso no regime semiaberto e retornava da saída temporária quando, ao passar pelo scanner corporal, foi detectada uma imagem suspeita na região da barriga. Indagado, de pronto, o réu espontaneamente expeliu (vomitou) a droga (maconha). Encaminhado para a Unidade de Pronto Atendimento, foram retiradas do réu outras porções de droga da mesma natureza. O réu não declinou a finalidade do entorpecente.

No mesmo sentido o depoimento da testemunha Valter Prezotto Filho, Agente Penitenciário, ouvido na fase policial e em Juízo, sob o crivo do contraditório.

Apesar dos esforços da combativa defesa, as provas coligidas são suficientes para a manutenção da condenação do apelante pelo delito de tráfico de drogas.

Verifica-se que, no caso vertente, a prova oral é robusta em apontar a prática do delito do artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, da Lei Federal 11343/06, por parte do apelante.

Cabe ressaltar que os depoimentos dos agentes penitenciários estão em harmonia com as demais provas produzidas nos autos.

O delito de tráfico ilícito de entorpecentes encontra amparo na prova produzida na fase inquisitiva, confirmada integralmente pelas testemunhas agentes penitenciários em Juízo, sob o crivo do contraditório, além de estar apoiada na prova documental constante dos autos, a comprovar a apreensão das

drogas na posse do réu.

Portanto, no caso vertente, há elementos suficientes para a manutenção do édito condenatório, que não se respalda apenas em prova indiciária, mas, sem desconsiderar aquelas, firma-se também nas provas colhidas sobre o crivo do contraditório, motivo pelo qual não há que se cogitar de violação do artigo 155, do Código de Processo Penal, nem ao princípio do contraditório ou da ampla defesa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO. NULIDADE. AFRONTA AO ARTIGO 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. CONDENÇÃO COM BASE EM PROVA TESTEMUNHAL, SUBMETIDA AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO, CORROBORANDO CONFISSÃO NA FASE INQUISITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. Esta Corte Superior tem o entendimento pacífico de que não se admite a condenação com base exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial. Todavia, no presente caso não há falar em afronta ao artigo 155, do CPP, uma vez que a condenação baseou-se também na prova testemunhal colhida em juízo, corroborando a confissão extrajudicial. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 241348-MG, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE), Data de Julgamento: 27/06/2014, Sexta Turma, Data de Publicação 07/08/2014).

Os agentes penitenciários foram firmes, uníssonos e claros em seus depoimentos e descreveram de forma detalhada os fatos, não deixando qualquer margem de dúvida.

Ressalte-se que, embora para alguns o depoimento de agentes penitenciários não seja meio de prova idôneo para embasar o édito condenatório, cumpre dissentir de tal entendimento.

Nada há nos autos que afaste a validade do depoimento dos agentes penitenciários, não se desincumbindo a defesa do ônus de comprovar tivessem eles qualquer motivo para imputar, falsa e levianamente, a autoria dos fatos ao acusado, ou mesmo “forjado” um flagrante contra o réu, em nada lhes

aproveitando condenação de quem sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que estão sujeitos às penas do artigo 339 do Código Penal.

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência.

Nesse sentido temos: *“Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade das testemunhas em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não tenham interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador”* (JTJ LEX 176/314).

Com efeito, os agentes penitenciários, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

De resto, é de maciça jurisprudência, prolatada inclusive pelas Cortes Superiores: *“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. Ordem denegada”* (STJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Habeas Corpus 115516/SP, Julgado em 03/02/2009).

Não é crível que os agentes penitenciários forneceria dados inverídicos e se dessem ao trabalho de apresentar drogas somente para imputar responsabilidade ao recorrente, destacando que a defesa não apontou qualquer animosidade entre o réu e os agentes penitenciários, de maneira que não há nada que mitigue a validade de seus depoimentos, resultando a autoria do réu incontroversa.

Nem se fale que a prova é problemática seja pela ausência de outros depoimentos estranhos aos órgãos policiais ou ainda pela falta de imparcialidade do testemunho dos agentes penitenciários.

Atualmente é notório que, nos crimes de tráfico, os

testemunhos de civis, alheios aos quadros policiais, são cada vez mais raros, ante o medo que norteia a população no tocante ao citado delito, sentimento compreensível pela estruturação advinda dele, fomentada pelo grande lucro envolvido e pelo conhecido Código de Ética, principalmente nos locais mais humildes, o que culmina, consequentemente, com a perda da própria vida dos colaboradores.

Irrelevante o fato de outras testemunhas não terem sido inquiridas, porquanto, se poderiam prestar declarações que afastassem a responsabilidade do acusado, caberia a ele arrolá-las, o que lhe foi permitido fazer livremente, porém, não atuou neste aspecto. Daí, porque, ausentes as denominadas contraprovas, quais sejam, aquelas trazidas pela defesa para demonstrar o oposto do alegado pela acusação.

Dessa forma, deve o depoimento de agentes penitenciários ser tido como outro qualquer, ou seja, para desacreditá-lo, é necessário demonstrar a invalidade concreta e não apenas suposta.

Portanto, o testemunho dos agentes penitenciários merece fé até prova em contrário, desde que não se demonstre sua inidoneidade, propósito ou interesse em falsamente incriminar o réu, sendo certo, que no presente feito, não se vislumbra qualquer possibilidade de que os agentes penitenciários mentiram ou inventaram a diligência para prejudicar de forma injusta o acusado, como também não vislumbro contradições na versão por eles apresentada na face policial e judicial.

Ademais, essas informações também são encontradas na sindicância administrativa que apurou o fato, conforme documentos (fls. 91/118).

Não há dúvida, portanto, de que todos os entorpecentes apreendidos pertenciam ao acusado e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes. A quantidade de drogas, bem como a forma que estavam acondicionadas, apontam a destinação para o comércio clandestino.

Assim, em que pese os argumentos da combativa defesa, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de expressiva quantidade de droga (*maconha*), durante a diligência, além da forma de acondicionamento dos entorpecentes, prontos para a venda, a tentativa de ludibriar a vistoria (o réu engoliu os invólucros), o local dos fatos, a saber, dependências de estabelecimento prisional,

cenário de fácil e rápida disseminação do entorpecente entre a população carcerária, bem como as circunstâncias da apreensão, são mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de absolvição ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei Federal 11343/06.

Ademais, não é a primeira vez que o apelante se vê envolvido com o tráfico ilícito de entorpecente, tendo inclusive, contra si condenação definitiva (conforme certidão de fls. 22/24 - Processo Penal 1502334-39.2021.8.26.0537).

Evidente o dolo direto do agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06.

Inviável, diante da prova coligida nos autos, a desclassificação do crime praticado pelo réu para de uso de entorpecente, mesmo porque a defesa não fez prova de que as drogas eram, realmente, para o consumo único e exclusivo do réu, sendo certo por outro lado, mesmo sendo o acusado viciado, o fato não o isenta de sua responsabilidade no crime que lhe foi imputado na inicial acusatória, tendo em vista que a grande maioria das pessoas que se envolvem nesse tipo de delito, busca satisfazer seu próprio vício, recebendo porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam. Portanto, a condição de usuário não exclui a de traficante.

Nessa esteira, já se manifestou esta Corte: “*A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (RJTJSP 101/498).

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Tóxicos, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

E não existe mácula no fato de o apelante vender substância entorpecente e admitir a condição de “usuário”. Aliás, essa situação é cada vez mais frequente, pois diversos “usuários” passam a vender drogas, com isso assumindo outra condição penal, tanto que o agente estava preso em virtude da

prática do crime de tráfico de drogas (fls. 22/24 e 26/28).

Como muito bem pontuou a culta Promotora de Justiça:
“além disso, se deve lembrar que, nas unidades prisionais, os entorpecentes são introduzidos sempre em pequenas porções e as apreensões de substâncias estupefacientes nunca vêm acompanhadas da localização de petrechos (balança, sacolés e etc), anotações típicas da traficância ou mesmo de dinheiro. Dessa forma, os elementos indicativos de que se destinam à entrega a terceiros são mais sutis e merecem análise mais rígida e criteriosa.

Vale ressaltar, ainda, que os detentos de regime semiaberto trabalham fora da unidade prisional e, por isso, têm a disponibilidade diária de introduzirem pequenas porções de entorpecentes, uma de cada vez, destinadas à distribuição. Justamente para se valerem da sórdida tese da “pequena quantidade” e buscarem suas impunidades, os reeducandos evitam levar ao presídio porções desmedidas de entorpecentes.

No caso presente, resta evidente que o Apelante, incluso no regime semiaberto à época, se pretendesse apenas usar o entorpecente, poderia fazê-lo enquanto estivesse fora do estabelecimento prisional...”

Ademais, a quantidade de drogas apreendidas, e as demais circunstâncias do caso concreto, afastam a possibilidade de desclassificação para o delito de consumo, nos moldes do artigo 28, § segundo, da Lei Federal 11343/06.

É evidente que a droga se destinava ao fornecimento para consumo de terceiros, sendo absolutamente desnecessário comprovar que o réu tinha de entregar a droga no interior do presídio para consumo de terceiro, pois a expressiva quantidade e as circunstâncias da prisão, denotam que os ilícitos eram destinados a consumo de terceiros, não havendo que falar insuficiência de provas para condenação ou desclassificação da conduta para o crime do artigo 28 da Lei Federal 11343/2006.

Ressalte-se, por outro lado, que o tipo penal em questão é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares (vender, transportar, trazer consigo) contidos no artigo 33, “caput”, da Lei 11343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para

que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado.

Além do mais, desnecessários atos de mercancia para a caracterização do delito de tráfico de entorpecentes, bastando a evidência, diante das circunstâncias, como as dos autos, que para tanto se destinassem os tóxicos regularmente apreendidos.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP, Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470, Des. Marco Antônio Cogan, Data do julgamento: 06/02/2020).

Portanto, de rigor a manutenção da condenação de Antônio por tráfico ilícito de drogas, realizada escorreitamente pelo Juízo de Primeiro Grau, ressaltando que *“o tipo previsto no artigo 33 da Lei 11343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar”* (STJ, Quinta Turma, Recurso Especial 1.133.943, Relator Ministro Félix Fischer, Julgado em 06.04.2010).

Por outro lado, não há que se falar que a única prova existente nos autos contra o réu é a palavra dos agentes penitenciários, pois ainda há, em desfavor deste, a apreensão de expressiva quantidade de drogas.

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11343/06, artigo 33, “caput”), não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação de suas condutas para aquelas previstas no artigo 28 da Lei Federal 11343/06.

Em suma, o quadro probatório contém elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido nos autos, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade do delito.

Portanto, inviável a aplicação dos princípios da

presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Do mesmo modo, resultou devidamente comprovada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, que deve ser mantida, pois resultou devidamente demonstrado nos autos que o apelante praticou o crime nas dependências de estabelecimento prisional. Ademais, ao contrário do sustentado pela defesa, para o reconhecimento dessa majorante não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância atinja, de fato, as pessoas presas, sendo suficiente que a prática ilícita ocorra na sua dependência ou imediações. A intenção é punir com maior rigor o tráfico em locais onde há maior perigo ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública, em razão da reunião de maior número de pessoas.

Assim, não existem dúvidas acerca da potencialidade da área para o agrupamento de pessoas e facilitação da disseminação da droga, sendo inegável que a conduta do réu gerou maior perigo, justificando a aplicação da majorante.

Ademais, tal majorante é considerada de cunho objetivo. No ponto, a salientar que a intenção do legislador ordinário ao prever em lei a referida causa de aumento foi inquestionavelmente tratar com maior rigor o agente que pratica a atividade ilícita nas dependências ou imediações de unidade prisional, já que nessa situação os usuários dos estabelecimentos ficam mais expostos e vulneráveis às consequências diretas e indiretas que o tráfico de drogas proporciona.

Nessa seara:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE QUE A MERCANCIA VISAVA A ATINGIR ESTUDANTES. DESNECESSIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente

caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência. 3. As instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou configurada, porquanto o paciente teria sido flagrado praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência. 4. Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 273710 MS 2013/0227003-6, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 03/06/2014, Sexta Turma, Data de Publicação: DJE 18/06/2014).

No mesmo sentido:

“Saliente-se, ainda, que basta a mera potencialidade de exercício do narcotráfico perto dos estabelecimentos elencados no dispositivo supramencionado, como se deu na espécie, para caracterizar a agravante em questão, não sendo necessária a efetivação de vendas para tal, uma vez que o objetivo é aumentar a proteção aos seus frequentadores” (Apelação Criminal 0041253-85.2018.8.26.0050, TJSP, Oitava Câmara de Direito Criminal, Relator Marco Antônio Cogan, Julgado em 27 de junho de 2019).

“A Defesa pugna pelo afastamento da referida majorante, porém, sem razão. Assim dispõe o art. 40, inciso III, da Lei de Drogas (...) Do dispositivo acima se extrai que o fato de o agente praticar o tráfico nas dependências ou imediações desses locais, por si só, já configura a causa de aumento, independentemente da intenção ou não de atingir os frequentadores do local” (Apelação 1501199-17.2019.8.26.0616, TJSP, Oitava Câmara de Direito Criminal, Relatora Ely Amioka, Data do julgamento 12 de março de 2020).

Portanto, de rigor a manutenção da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas.

Passo à análise das reprimendas impostas.

E, inicialmente, a culta Juíza sentenciante, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei Federal 11343/06, fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Não há que falar em fixação da pena base abaixo do

mínimo legal, como quer a defesa, pois nos termos do artigo 59, inciso II, do Código Penal, o juiz fixará a pena-base, partindo dela para as demais fases, e vinculado ao mínimo e máximo da pena previsto abstratamente no tipo penal.

Artigo 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência específica (fls. 22/24 - Processo 1502334-39.2021.8.26.0537), a pena foi acertadamente aumentada em um quinto, totalizando para 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Não há que se falar em redução do *quantum de* aumento da pena pela reincidência, tendo em vista que o aumento foi devidamente fundamentado pela culta Juíza sentenciante, por ser o réu reincidente específico, o que justifica tal exasperação da pena, devendo mesmo ser-lhe aplicada reprimenda mais rígida, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, entendo que a exasperação aplicada se mostrou adequada ao caso em tela e merece ser mantida, sobretudo pelo fato de a recidiva ser específica.

Evidente que, em respeito ao princípio da individualização da pena, merece maior reprovabilidade àquele que, mesmo já ostentando condenação anterior, persiste em praticar o mesmo crime.

E bem justificado o aumento operado, uma vez que a reincidência específica é mais gravosa, circunstância que demonstra que o réu vem reiterando a prática delitiva, fazendo dela o seu modo de vida. Demonstra, ainda, pouco apreço do réu pela Justiça e a insuficiência das reprimendas já aplicadas.

Portanto, o patamar aplicado em virtude da reincidência específica está dentro dos parâmetros legais e poder discricionário da Juíza sentenciante e não deve ser alterado.

Quanto à fração utilizada, diverso do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição, em que a lei prevê uma fração mínima e máxima, na segunda etapa da dosimetria, o montante a ser elevado subordina-se ao

convencimento do julgador, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É reservada, portanto, ampla margem de discricionariedade no *quantum*, desde que respeitados os limites mínimos e máximos da sanção fixada abstratamente, de forma que garanta a sua individualização e contribua para a efetivação dos objetivos da reprimenda, sendo plenamente observados os princípios da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade no presente caso.

A este respeito, repise-se: *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MULTIRREINCIDÊNCIA OU REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. As hipóteses de reincidência específica ou multirreincidência podem justificar a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do patamar de 1/6, para a agravante de reincidência. 2. Agravo regimental desprovido* (STJ, Agravo Regimental 2019/0357687-6, Sexta Turma, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Julgado em 10.03.2020, DJE 16.03.2020).

Ausentes atenuantes.

Na terceira fase, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, deve ser mantida, tendo em vista ter o acusado cometido o crime nas dependências do estabelecimento prisional, elevando a culta Juíza sentenciante a pena em mais 1/6 (um sexto), totalizando 07 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Na terceira fase, impossível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Antitóxicos, pois, sendo o apelante reincidente, não faz jus à aplicação da referida causa de diminuição prevista na lei referida.

Descabe, na espécie, o redutor do § quarto do artigo 33 da Lei Federal 11343/06, posto que o acusado é comprovadamente reincidente. E, sopesar essa circunstância para afastar o redutor na terceira etapa, não fere o princípio da proporcionalidade e se mostra correto, tendo em vista a vedação legal expressa da benesse aos reincidentes, porquanto prevê a aplicação do benefício ao agente primário e de bons antecedentes, que também não se dedique a atividades criminosas e tampouco integre organização dessa natureza.

É forçoso salientar, ainda, que a consideração da reincidência, na segunda fase da dosimetria, para a exasperação da reprimenda e, na

derradeira etapa do sistema trifásico, para o arredamento da minorante prevista no artigo 33, § quarto, da Lei Antidrogas, não importa em “bis in idem”, uma vez que não há duplo aumento da pena, mas apenas o não preenchimento dos requisitos necessários para aplicação da referida causa de diminuição, cuja incidência não é obrigatória.

Constitui, assim, correta utilização de uma mesma circunstância em momentos distintos e para finalidades diversas, com o objetivo de se alcançar, ao final, apenamento proporcionalmente adequado à prevenção e reprovação da conduta criminosa.

Dessarte, reconhecida a reincidência do apelante, devem ser mantidos os efeitos dela decorrentes.

Note-se que a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do artigo 61, inciso I, do Código Penal, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários, após sofrer sanção penal anterior em parco período de tempo. Concomitantemente, tal circunstância evidencia o descumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do “non bis in idem” quando aplicada a agravante pela reincidência e, ao mesmo tempo, considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

Recurso em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, com o art. 40, inciso I, da Lei 11343/2006. Pena. Dosimetria. Apelação exclusiva do Ministério Público. Devolução, ao tribunal ad quem, do conhecimento de toda a matéria, nos limites do recurso. Inexistência de reformatio in pejus. Reincidência. Reconhecimento como agravante e para o afastamento da incidência da diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006. Admissibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido. 1. Dentro dos limites da matéria impugnada na apelação do Ministério Público, o conhecimento do tribunal ad quem é o maior possível, razão por que o redimensionamento da pena não importa em reformatio in pejus. 2. A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da

causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06. 3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em bis in idem. 4. Recurso não provido (STF, RHC 121598/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 21/10/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CARACTERIZADA. CERTIDÃO CARTORÁRIA. DOCUMENTO IDÔNEO. PERÍODO DEPURADOR. CÔMPUTO DA DATA DO CUMPRIMENTO OU DA EXTINÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006). 5. Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes. 6. Mantido o quantum da pena em patamar superior a 04 e não excedente a 08 anos, e verificada a reincidência do agente, inviável a aplicação do regime aberto ou semiaberto, assim como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 33, § 2º, e 44, I e II, ambos do Código Penal. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 408423/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 12/12/17).

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, *caput*, do Código Penal. Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “... as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços ...”. Daí porque, valorada a circunstância analisada, não faz ele jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

Não há que se falar, ainda, em violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia, da exteriorização ou materialização do fato, da razoabilidade ou da proporcionalidade ou mesmo em “bis in idem” ante a não aplicação da redução da pena previsto no § quarto do artigo 33, da Lei de Drogas, pois houve plena observância às condições determinadas pelo próprio

ordenamento jurídico objetivando o consentimento de tal redução.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

Portanto, não há que se falar na aplicação do redutor, ao contrário do pedido defensivo, porquanto o apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06.

Em relação ao regime prisional, há que ser mantida a fixação do regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da pena, sobretudo ante o alto grau de periculosidade do réu, que é reincidente, e a gravidade do delito, de modo que, ante a gravidade em concreto da infração penal, já que fere bem jurídico difuso (saúde pública) e dilacera inúmeras famílias, e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto ao réu, senão o fechado, consoante artigo 33, §§ segundo e terceiro, do Código Penal.

Isto por que o bem tutelado é difuso, o que atrai a gravidade em concreto do delito, escapando do teor das Súmulas 718 e 719 do STF.

Além disso, a fixação do regime prisional inicial fechado no presente caso está de acordo com o previsto na Súmula 719, do STF, tendo em vista que tal decisão foi suficientemente motivada.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Na espécie, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, expondo, de modo inequívoco, as razões de convencimento do magistrado que o conduziram à fixação do regime inicial fechado. No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, ao que tudo indica, está em conformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como parece ter ocorrido. (...) verifico que a opção pela fixação do regime inicial fechado deu-se em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso" (RHC 128827, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em 21.02.2017, DJE de 13.03.2017).

De outro lado, a gravidade do delito é concreta, como já dito, (não sendo o caso de incidência das Súmulas 440 e 269 do STJ), em razão da

quantidade de drogas apreendidas (maconha), que traz efeitos nefastos aos usuários, dilacerando inúmeras famílias, além da reincidência do réu, de modo que, mais uma vez pautado na individualização da pena, e com supedâneo na isonomia em sua acepção material, e a fim de que a Constituição, neste particular, não seja letra morta (força normativa), não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a decisão guerreada fica mantida.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE CINCO ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. DIVERSAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PENA BASE PROPORCIONALMENTE EXASPERADA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Quanto ao regime fechado, este deve ser mantido tal como determinado pela Corte de origem, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis e o paciente é reincidente, não sendo aplicado ao caso o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior. 7. Habeas corpus não conhecido. (STJ, Quinta Turma, Habeas Corpus 367390/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 28/03/2017).

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa.

O regime fechado foi corretamente fixado, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59” (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Fica claro que o cometimento de tráfico denota

personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é demais destacar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“ Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum ”.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar o réu perigoso à ordem pública.

Convém lembrar que, embora a Lei Federal 11464/07 tenha revogado parcialmente o artigo segundo da Lei Federal 8072/90, excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, permanece incólume a exclusividade do magistrado de analisar cada caso concreto e decidir por conceder ou não o direito de responder ao processo em liberdade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que *“a vedação da liberdade provisória a que se refere o art. 44, da Lei 11343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11464/2007”* (Habeas Corpus 93000/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 25.04.2008).

Houve, em suma, motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado. Assim, não há que se falar na fixação do regime prisional inicial semiaberto ou aberto para cumprimento da reprimenda.

Demais disso, a gravidade das circunstâncias em que envolvida a prática criminosa, além do *quantum* da pena aplicada e da reincidência

do réu, demonstram ser insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou *sursis*, tornando assim ausentes os requisitos estatuídos no artigo 44, incisos I, II e III, e artigo 77, incisos I e II, todos do Código Penal.

Neste sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência do STJ:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 21/06/2011, DJ 01/07/2011).

Os cálculos da detração penal ficarão a cargo do Juízo das Execuções, pois a ele compete a verificação do preenchimento dos requisitos para eventual colocação em modalidade prisional mais branda.

Portanto, não há que se falar em ofensa a qualquer dos princípios e normas constitucionais, infraconstitucionais e federais aventados pela defesa, muito menos afronta à Constituição Federal ou às normas penais ou processuais penais, ou violação alguma a qualquer dispositivo legal ou constitucional, nos termos analisados neste voto.

Ao contrário, a sentença que condenou o réu sobreveio após profunda análise das provas produzidas, que foram suficientes à comprovação do crime previsto no artigo 33, “caput”, com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei Federal 11343/06.

Não há que se falar igualmente em interpretação da lei federal divergente da realizada por outro tribunal.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional, federal e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR