



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359529

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500879-19.2024.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EUFRASIO VALDINEY DE ANDRADE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao recurso ministerial, para condenar o réu Eufrasio Valdiney de Andrade como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 9 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, fixados no mínimo legal. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9594

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500879-19.2024.8.26.0542

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Eufrazio Valdiney de Andrade

Comarca: Osasco

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (Artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Sentença absolutória. Recurso ministerial. Legalidade das provas produzidas. Legitimidade da Guarda Municipal para a prisão em flagrante do réu. Materialidade e autoria comprovadas. Nulidade não configurada. Credibilidade dos relatos dos agentes de segurança. Depoimento em harmonia com o conjunto probatório. Condenação impositiva. Dosimetria. Particularidades do caso concreto que autorizaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal (natureza das drogas e maus antecedentes). Precedentes do C. STJ. Dupla reincidência verificada. Impossibilidade do reconhecimento da figura do tráfico privilegiado. Inviabilidade da substituição da pena corporal por restritivas de direito. Necessidade do regime fechado. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 149/164) que julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, para absolver Eufrazio Valdiney de Andrade do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Órgão Ministerial, em suas razões recursais (fls. 174/185), sustentou a legalidade da prisão em flagrante, dada a competência da Guarda Municipal. No mérito, postulou a condenação do réu, nos termos da denúncia, pela presença de elementos sólidos de materialidade e autoria para lastrear a condenação criminal. Pugnou pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, pelos antecedentes criminais, diversidade e quantidade de drogas apreendidas. Na segunda fase, pleiteou o agravamento pela reincidência múltipla (fls. 30/37), bem como a

fixação do regime inicial fechado.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 196/204), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 213/228).

É o relatório.

Depreende-se dos autos que Eufrasio Valdiney de Andrade foi processado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, porque, segundo consta na denúncia, no dia 07 de março de 2024, por volta das 11h30, na Estrada dos Jasmins, 69, Santa Maria, na cidade e comarca de Osasco, trazia consigo e guardava drogas, consistentes em 310 (trezentas e dez) porções de cocaína, na forma de crack, com peso líquido de 60,6g (sessenta gramas e seis decigramas), 30 (trinta) porções de Cannabis sativa L (maconha), com peso líquido de 30,6g (trinta gramas e seis decigramas), 40 (quarenta) porções de ADB-Butinaca, com peso líquido de 3,8g (três gramas e oito decigramas), 16 (dezesesseis) porções de cocaína, com peso líquido de 14,1g (quatorze gramas e um decigrama), e 75 (setenta e cinco) porções de Cannabis sativa L (maconha), com peso líquido de 78g (setenta e oito gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão às fls. 14/15, laudo às fls. 21/23 e 24/28, fotografias às fls. 38/43.

Segundo o apurado, na data e local dos fatos, o denunciado trazia consigo e guardava, no interior de uma sacola, os entorpecentes acima relacionados.

Entretanto, guardas municipais diligenciavam às imediações do local acima apontado, quando observaram o denunciado, sentado na calçada, com uma sacola e estojo nas mãos. Em seguida, ao perceber a aproximação dos agentes públicos, o denunciado tentou evadir-se, mas não obteve êxito, sendo abordado.

Ato contínuo, em revista pessoal ao denunciado, os guardas municipais encontraram as drogas acima elencadas no interior da sacola e no estojo, além de dinheiro em notas trocadas, no total de R\$ 47,00 (quarenta e sete reais).

Em sede policial, o denunciado permaneceu em silêncio.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença absolutória, contra a qual se insurge o órgão ministerial, por meio do presente recurso.

Inicialmente, mister analisar a nulidade da prisão em flagrante do recorrido que, *d.m.v.*, não restou configurada.

Nos termos do art. 144, §8º da Constituição Federal, “*Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei*”, a concluir-se que a Guarda Municipal apenas não foi inserida no rol do *caput* porquanto a correspondente constituição foi delegada às Municipalidades.

Com efeito, a ausência de menção no *caput* do supracitado dispositivo constitucional não implica dizer que a instituição não ostenta a condição de órgão de segurança pública, notadamente pela localização topográfica do referido dispositivo constitucional, qual seja, no “Capítulo III – Da Segurança Pública”.

Nessa esteira, estabelece o artigo 9º, §2º, inciso VII, da Lei nº 13.675/2018 que as guardas municipais são integrantes operacionais do Susp (Sistema Único de Segurança Pública), como já reconhecido pela jurisprudência pátria: “*As guardas municipais são reconhecidamente órgãos de segurança pública e aquelas devidamente criadas e instituídas integram o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP)*”.(STF, Plenário, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Data do Julgamento: 28/08/2023)

Nessa linha de intelecção, a Lei Federal nº 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, estabelece em seu artigo 3º, incisos III, IV e XIV, como princípios mínimos de atuação das guardas municipais, o patrulhamento preventivo, a colaboração de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social, bem como o encaminhamento do autor da infração ao delegado de polícia, diante de flagrante delito.

Em suma, os referidos dispositivos legais não deixam margem a qualquer dúvida de interpretação de que o legislador, seguindo as diretrizes do constituinte, não excluiu a segurança da competência da Guarda Civil Municipal, portanto, inexistente fundamento para impedir a colaboração dos guardas municipais na segurança pública, sobretudo no que diz respeito à prevenção e repressão da criminalidade.

No mesmo sentido, já se pronunciou o C. Supremo Tribunal

Federal, em recente julgamento:

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRISÃO EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I. Caso em exame 1. Prisão realizada por guardas municipais. II. Questão em discussão 2. Legalidade das diligências realizadas pelas guardas municipais. III. Razões de decidir 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 995/DF, deu interpretação conforme à Constituição aos arts. 4º da Lei n. 13.022/2014 e 9º da Lei n. 13.675/2018 e declarou **inconstitucionais “todas as interpretações judiciais que excluam as guardas municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do sistema de segurança pública”**. 4. **Não há ilegalidade nas prisões, busca pessoal ou diligências para averiguação realizadas pelas guardas municipais**. IV. Dispositivo e tese 5. Agravo regimental improvido.

(RE 1503880 ED-AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-12-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-12-2024 PUBLIC 12-12-2024)

Tal entendimento é corroborado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Não se verifica ilegalidade na ação da Guarda Municipal, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante - art. 301 do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. O **Supremo Tribunal Federal julgou procedente pedido formalizado na ADPF n. 995/DF, relator Ministro Alexandre de Moraes, 'declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública'.**

3. No caso, não se verifica a apontada ilicitude probatória decorrente da abordagem dos agentes da Guarda Municipal, os quais foram informados da realização de evento em específica localidade, onde estaria havendo intenso comércio de entorpecentes, inclusive mediante a intimidação de moradores locais. A fim de verificar a veracidade das informações, os guardas se deslocaram até o referido evento, sendo que um morador apontou quem eram as pessoas que estavam comercializando drogas, e o local.

4. Ao se aproximarem do beco indicado, um indivíduo, em cima de um muro, ao visualizar a viatura, gritou em tom de alerta "sopa" e os demais indivíduos que lá se encontravam saíram correndo. O ora agravante era um destes indivíduos, e dispensou uma sacola ao solo durante a fuga, contendo quarenta e oito microtubos de substância posteriormente identificada como cocaína e duas buchas de maconha.

5. Mostrando-se nítida a situação de flagrante delito quando, indicada a prática do crime em local determinado, as pessoas suspeitas se evadem ao visualizar os guardas e dispensam mercadoria do tráfico, é **justificada a atuação da Guarda Municipal**, não havendo nulidade. Precedentes.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 862.202/MG, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 23/10/2024, g.n.)

No mesmo sentido, já se pronunciou esta C. Câmara Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO (MP). FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Apelado absolvido com fundamento nos arts. 157 e 386, II, CPP, devido ao reconhecimento da ilicitude das provas acostadas aos autos. 2. Recurso ministerial: (i) **reconhecimento da legalidade da atuação dos guardas civis municipais, eis que o art. 5º da Lei nº 13.022/14 atribui à CGM a função de proteger sistemicamente a população e de colaborar de forma integrada com os órgãos de segurança pública em ações conjuntas que contribuam para a paz social**; e o art. 301 do CPP permite que qualquer um do povo prenda quem quer que seja encontrado em flagrante delito; e (ii) condenação do apelado como incurso no art. 155, § 4º, incisos I e II, CP. 3. A legislação autoriza expressamente que a captura em flagrante delito seja realizada por qualquer pessoa, independentemente de sua atividade profissional, nos termos do art. 301, CPP. Portanto, afigura-se absolutamente legítima a atuação dos guardas civis municipais que procederam à prisão em flagrante delito do apelado (STJ. HC n. 471229/SP; AgRg no HC n. 810.514/SP; RHC 20.714/SP). 4. Além disso, as Guardas Civis Municipais foram inseridas no rol de integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 2º, VII da Lei nº 13.675/18) e são importantíssimas no combate à criminalidade, não se justificando uma atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais, pois todas fazem parte do SUSP (STF. ADPF 995). 5. A materialidade e a autoria do crime previsto no art. 155, § 4º, II, CP, foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 6. A mesma conclusão não se estende à qualificadora do art. 155, § 4º, I, CP, que não foi amparada nas provas apresentadas e, por isso, não pode ser imputada ao apelado. 7. O apelado ostenta péssimos antecedentes criminais, o que justifica a exasperação de sua pena-

base em fração superior a 1/6 (STJ. AgRg no AREsp n. 1.116.974/MG). 8. A fração para a diminuição da pena em decorrência da tentativa deve ser determinada de maneira inversamente proporcional ao "iter criminis" percorrido (STJ. HC 226359/DF). 9. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1502814-15.2024.8.26.0536; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/01/2025; Data de Registro: 21/01/2025, g.n.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO. I. Caso em Exame: Apelação interposta por Dyego Oliveira dos Santos contra sentença que o condenou como incurso no art. 33 da Lei de Drogas, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado e 583 dias-multa. O apelante alega ilicitude da abordagem realizada por guardas civis municipais e quanto ao mérito requer absolvição por insuficiência probatória. Por fim pugna pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. II. Questão em Discussão: A questão em discussão consiste em (i) verificar a legalidade da abordagem realizada pela Guarda Civil Metropolitana; (ii) avaliar a suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas e, (iii) analisar a possibilidade de aplicação da atenuante. III. Razões de Decidir: **A abordagem pela Guarda Civil Metropolitana foi considerada legal, com base no art. 301 do CPP e no entendimento proferido pelo STF sobre a competência das guardas municipais para ações de segurança urbana**, quando do julgamento do Tema 656. As provas apresentadas, incluindo depoimentos dos guardas e confissão extrajudicial, foram suficientes para confirmar a prática do tráfico de drogas pelo apelante. Necessária a aplicação da atenuante da confissão. IV. Dispositivo e Tese: Recurso parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão,

ajustando a pena para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantendo o regime inicial fechado. **Tese de julgamento: 1. A legalidade da abordagem pela Guarda Civil Metropolitana é confirmada.** 2. A suficiência das provas justifica a condenação por tráfico de drogas. 3. A confissão, mesmo que extrajudicial, enseja a aplicação da atenuante. Legislação Citada: CPP, art. 301; Lei nº 11.343/06, art. 33; CF/1988, art. 144, § 8º; CP, arts. 33 e 59, inciso III; CP, arts. 44 e 77. Jurisprudência Citada: STF, RE nº 608588, Rel. Min Luiz Fux; STJ, AgRg no HC n. 672.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; STJ, AgRg no REsp n. 1.922.590/PE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro.

(TJSP; Apelação Criminal 1514719-68.2024.8.26.0228; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 27ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/03/2025; Data de Registro: 28/03/2025, g.n.)

A respeito do tema, preleciona a doutrina especializada: *“Destacando 'a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública', 'dentro desta nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 846.854/SP, reconheceu que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, §8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º, da CF)' (ADC 38, ADI 5.538 e ADI 5.948, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 1º. 03.2021, DJE de 18.05.2021)”. (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 27ª Edição, 2023, Ed. Saraiva, p. 608).*

Ad argumentandum tantum, disciplina o Código de Processo Penal, no art. 301, que *“qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”*, do que

exsurge a legitimidade da ação que culminou na prisão em flagrante do réu.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, “Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes” (RHC 94.061/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/4/2018). Ainda, “não há que se falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, conseqüentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais, que estavam de ronda e foram informados da ocorrência da prática do tráfico de drogas na ocasião, se pode fazê-lo qualquer do povo” (RHC nº 20.714, Rel. Min. Hamilton Carvalhido) (...)” (Apelação nº 0001012-10.2014.8.26.0309. Colenda 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Laerte Marrone).

Ademais, de rigor enfatizar que a abordagem e a revista pessoal realizada pelos guardas municipais decorreram de fundada suspeita, consubstanciada na circunstância de que o réu, ao avistar a viatura, empreendeu fuga, portando uma sacola plástica e um estojo, em evidente conduta suspeita, o que respaldou a ação.

O sintomático comportamento do indivíduo que, de maneira desarrazoada, empreende fuga, portando sacola em mãos, à evidência para afastar seu vínculo com o objeto e escapar de situação flagrancial, para além de obrigar à ação dos agentes da autoridade, denota, em tese, a consciente e relevante contribuição para o crime e a forte consciência da ilicitude. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “A própria fuga do agente de crime, ao perceber a aproximação de policiais ou circunstâncias, indica envolvimento no fato delituoso, pois denota conduta incompatível com aquela que teria pessoa que trouxesse consciência incontaminada, serena e tranqüila.” (Prova penal (Doutrina e jurisprudência), Fernando de Almeida Pedroso, 2ª edição, São Paulo: RT, página 96).

Com efeito, ressalta-se que a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos deram conta de situação de fato verdadeira, em razão da apreensão feita, inexistindo nos autos qualquer prova de desmotivação, excesso ou ilegalidade.

A esse respeito, frise-se que “Havendo fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da

busca pessoal realizada. Precedente" (HC 552.395/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 05/03/2020).

Além disso, cumpre destacar que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, o que torna legítima a abordagem estatal.

Cabe realçar que: *“é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência”* (AgRg no REsp n. 1.637.287/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/05/2017).

Desse modo, não se extrai ilegalidade na revista pessoal, nas provas e na prisão em flagrante delito realizadas pelos guardas municipais e, refutada a ilegalidade do acervo probatório coligido aos autos, passa-se a análise do mérito recursal.

Pois bem. O conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime imputado ao réu.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01), termo de depoimento e declarações (fls. 11/12), boletim de ocorrência (fls. 02/05), auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), registros fotográficos (fls. 38/43) e dos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 21/28), que atestaram a ilicitude da substância apreendida.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelos guardas civis municipais, responsáveis pela prisão em flagrante do apelado (fls. 131/133 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo d. Magistrado sentenciante (fls. 149/164), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Marcelo Carvalho dos Santos, guarda civil, relatou em juízo que na data dos fatos estava atuando como motorista a fim de

levar o coordenador operacional na GCM de Osasco para fazer um estudo de campo para instalar uma base móvel na região. Alegou que passaram no local dos fatos e viram o réu sair correndo ao avistar a viatura. Ele segurava uma bolsa. Disse que parou a viatura e seu parceiro o alcançou e fez a abordagem. Seu parceiro o alcançou à pé e retornou com o acusado até a viatura. Às perguntas do Ministério Público, respondeu que o réu, ao ver a viatura, saiu em disparada, correndo. A droga foi localizada por seu parceiro. Às perguntas da Defesa, declarou que viu o réu sozinho. Ele correu segurando uma sacola com uma pochete dentro da sacola. Era uma sacola de supermercado. Informou que não conversou pessoalmente com o acusado. Ele correu cerca de 10 ou 15 metros para uma viela sem saída. Estavam presentes na ocorrência seu parceiro e o coordenador. Marcelo de Souza Medeiros, guarda civil, disse, em juízo, que na data dos fatos estavam em patrulhamento pelo bairro com a intenção de procurar pontos para estacionar a futura base móvel da corporação. Entraram na rua e o réu estava sentando na calçada. Disse que ao avistar a viatura, o réu levantou com uma sacola e um estojo na mão e correu para uma viela. Contou que desembarcou da viatura e correu atrás do acusado. A viela não tinha saída e logrou êxito na abordagem. Em busca pessoal, não havia nada com o réu, porém na sacola e no estojo que ele carregava, havia drogas e dinheiro. O réu disse que estava lá desde as 7 da manhã. Esclareceu que não conhecia o réu e que ele estava acompanhado de mais pessoas. As pessoas tomaram outro destino. Não presenciaram atitude de tráfico por parte do réu. Todo mundo levantou e correu. Quando foi abordado, o réu estava com a sacola e o estojo de escola na mão. Havia droga tanto na sacola quanto no estojo (...)”.

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente desta C. Corte: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Preliminares de inépcia da denúncia e de nulidade do flagrante efetivado por **guardas civis municipais** afastadas - Mérito - Autoria e materialidade do delito comprovadas - **Depoimento do agente público firme, coerente e sem desmentidos** - **Ausência de motivos para dúvidas acerca da veracidade de suas palavras** - Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Conjunto probatório suficiente para manter a condenação pelo tráfico - Pena, no entanto, reduzida na primeira e na terceira etapas do cálculo dosimétrico, pela incidência do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas - Viável, ainda, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa; estabelecido o regime prisional inicial aberto, na hipótese de conversão da benesse - Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 1500813-09.2019.8.26.0544; Relator: Nelson Fonseca Júnior, Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cajamar - Vara Única; Data do Julgamento: 11/09/2023, g.n.).

Os agentes descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentando declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrido.

Não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seu depoimento, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição de ambos os agentes no cumprimento do dever,

sendo certo que o esforço empreendido não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos dos agentes são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Por sua vez, o réu, no inquérito policial, fez uso do seu direito constitucional ao silêncio. Em Juízo, demonstrando sua capacidade moral para delinquir, experiente em figurar no polo passivo de ação penal, negou os fatos, alegando ser *“usuário de drogas. Declarou que desceu para pegar droga. Chegou lá e o rapaz que estava com a bolsa foi lhe servir. Nesse momento avistaram os policiais. Todos correram e o depoente também. Disse que entrou num beco sem saída e o rapaz com a bolsa também. Esse rapaz dispensou a bolsa na viela e não viu para onde ele foi. Alegou que quando estava retornando da viela, se encontrou com os policiais. Eles o algemaram e não demorou muito, voltaram apresentando as drogas”*.

A palavra do acusado, contudo, não se reveste de qualquer probabilidade, porquanto não se mostra verossímil, ante o acervo probatório produzido, sobretudo quando em confronto com as substâncias apreendidas, bem como os depoimentos prestados pelos agentes estatais.

Inaproveitável a tese de ser o acusado somente usuário de droga. Evidenciado o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, mas *“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade”* (RJTJ 101/498).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o apelado trazia consigo e guardava drogas, inviável, a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar a renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: **pleito de desclassificação para o delito de porte para uso próprio – inadmissibilidade – circunstâncias do crime que não deixam dúvidas a respeito do narcotráfico** – condenação mantida – DESPROVIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: correta observância do critério trifásico – ausência de circunstâncias judiciais – circunstância legal presente (menoridade relativa) – causa de diminuição caracterizada – regime prisional adequado – RECURSO IMPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1501244-33.2023.8.26.0599; Relator (a): Jayme Walmer de Freitas; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/01/2025; Data de Registro: 10/01/2025, g.n.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28, LEI DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, da Lei nº 11.343/06, por trazer consigo, para fins de tráfico, 38 porções de cocaína, pesando de 8,86g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. 2. Recurso defensivo: (i) absolvição, por negativa de autoria delitiva e fragilidade probatória, (ii) desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. 3. A materialidade e a autoria delitivas foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 4. A palavra dos policiais reveste-se de importante valor probatório, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP). 5. O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, bastando a prática

de um dos verbos contidos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito (Tese 13 – Jurisprudência em Teses do STJ – 131ª Edição – Compilado: Lei de Drogas). 6. **Afastada a possibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas**, pois comprovado o delito de tráfico de drogas imputado ao apelante. 7. A pena e o regime prisional foram determinados com equilíbrio e justiça, não havendo qualquer razão para a sua alteração. 8. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1500607-67.2024.8.26.0431; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pederneiras - 2ª Vara; Data do Julgamento: 07/01/2025; Data de Registro: 07/01/2025, g.n.)

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o recorrido trazia consigo e guardava drogas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, *"para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente"* (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Logo, examinando-se a natureza da droga apreendida, como dito, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, a segura incriminação feita pelo agente estatal, incumbido por dever de ofício da repressão penal, a conduta não se pode afastar do tipo do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod*

plerumque accidit).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta do apelado às formas puníveis no supracitado dispositivo legal e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal c.c. artigo 42 da Lei de Drogas, a elevada quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, de alto potencial devastador para a saúde, exigem a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

A respeito do tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona: “(...) *a Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato (ver a nota 46 ao art. 33), o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização. Esses fatores, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado. Nesse sentido: STF: 'Fixação da pena-base. A concorrência de vetoriais negativas do artigo 59 do Código Penal autoriza a pena-base acima da mínima legal. O próprio artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da elevada quantidade de droga.'* (RHC 117.489/MS, 1.^a T., rel. Rosa Weber, DJ 18.06.2013); *'Ao fixar a pena nos limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário do tipo do tráfico, pode o juiz majorar a pena a partir da quantidade de droga apreendida.'* (RHC 105.700-MG, 1.^a T., rel. Cármen Lúcia, 12.04.2011, m.v.). STJ: *'No crime de tráfico de drogas, a quantidade e a variedade do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76 [atual Lei 11.343/2006], que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da*

conduta. Precedentes. (REsp 419.431-AC, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). Igualmente: STJ, HC 84.269-MS, 5.^a T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u)”. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, 8ª Edição, Ed. Forense, p. 343).

Este é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. TESE NÃO ENFRENTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO QUANTO ÀS VETORIAIS CONSIDERADAS REPROVÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A irresignação sobre a nulidade da intimação do defensor dativo não foi debatida na instância ordinária, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte Superior a respeito, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

2. Quanto à culpabilidade, às circunstâncias e à quantidade de drogas, a fundamentação apresentada mostra-se idônea, baseada em elementos concretos, cuja avaliação está situada no campo da discricionariedade do julgador.

3. A quantidade e **a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, não se constatando ilegalidade na dosimetria da reprimenda fixada, tendo em vista a apreensão de 740g de cocaína.**

4. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRg no HC 839.686, Órgão Julgador: 6ª Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, Data do Julgamento: 25/09/2023, g.n.).

Ademais, o apelado ostenta extenso histórico criminal (três

condenações pretéritas com trânsito em julgado), como se depreende das fls. 49/54 (proc. 0027292-36.2005, 0028252-89.2005 e 0028256-29.2005), a ensejar maior incremento da basilar, consoante posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. **PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA.** AFASTAMENTO DA VETORIAL. AUMENTO DE 1/4 PARA CADA VETORIAL NEGATIVADA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA.

1. Aspectos da vida pregressa do paciente, como eventual reiteração delitiva, não podem ser considerados para exasperar a pena-base pela valoração negativa da vetorial circunstâncias do crime, devendo ser decotada, *in casu*, a vetorial circunstâncias do crime, porquanto condenações pretéritas somente podem ser valoradas nos maus antecedentes, consoante julgamento firmado no REsp n. 1794854/DF, julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

2. Ainda que a lei não estabeleça percentual, esta Corte de Justiça tem jurisprudência consolidada de que é proporcional a fração de 1/6 de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, **para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, ressalvada a apresentação de elementos concretos, idôneos e suficientes a justificar a imposição de patamar superior**, o que não ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental improvido”.

(STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 825.816, 6ª Turma, Des. Min. Jesuíno Rissato, Data do Julgamento: 11/09/2023, g.n.)

Não se olvide, 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).

Desse modo, o extenso histórico criminal do acusado (1/3), bem como a variedade e letalidade das substâncias apreendidas (1/6) exigem a exasperação do mínimo legal em 1/2, fixando-se a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, ora fixados no mínimo legal.

Na segunda fase, a reincidência (fls. 49/54: 7000271-92.2007 e 7000269-25.2007), agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, autoriza o recrudesimento em 1/5, totalizando 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

In casu, trata-se de réu portador de duas condenações com trânsito em julgado no período depurador, a evidenciar que as punições anteriores não cumpriram a finalidade da pena, quais sejam, repressão, retribuição e ressocialização, ensejando tratamento mais rigoroso ao agente recalcitrante, em detrimento do episódico, à luz do princípio da individualização da pena.

Ao discorrer sobre o tema, bem pontou o então E. Ministro do Pretório Excelso Marco Aurélio: “(...) *Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade. **Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas.** Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a **necessidade de maior apenação**, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, **porque voltou a delinquir apesar da condenação havida**, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes. Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS,*

*relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, **evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa (...)**”. (STF, RE 453.000, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 04/04/2013, g.n.)*

Em hipótese análoga, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) ENTRE O INTERVALO DAS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS. PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. CRITÉRIOS ARITMÉTICOS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINICIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. FRAÇÃO DE 1/12 (UM DOZE AVOS). INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MULTIRREINICIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. O Código Penal não estabelece fração mínima ou máxima de aumento de pena a ser aplicada, cabendo ao magistrado estabelecer o quantum de exasperação, com observância de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação, a teor do art. 93, IX, da CF/88. Com efeito, os parâmetros adotados pela jurisprudência e pela doutrina, diante do silêncio do legislador em estabelecer critérios matemáticos para o aumento da pena-base, são meramente indicativos e não

vinculantes, sendo até possível estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora (AgRg no AREsp n. 2.306.603/DF, relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 2/6/2023).

3. Da análise dos excertos acima transcritos, observo que **o acórdão impugnado reconheceu expressamente que o insurgente possui 3 (três) condenações criminais**. No ponto, embora reconhecida a atenuante da confissão no presente caso, é inviável a compensação integral com a agravante da reincidência, considerando que o recorrente é multirreincidente. Nesse contexto, vislumbro que não há ilegalidade a ser corrigida, até mesmo porque **não se revela irrazoável ou desproporcional a elevação da pena em patamar inferior a 1/6 (um sexto), haja vista a quantidade de delitos anteriormente praticados**, bem como a inexistência de direito subjetivo à elevação da pena no patamar de 1/12 (um doze avos).

(...)

6. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no AREsp 2.480.609, 6ª Turma. Min. Rel. Teodoro Silva Santos, Data do Julgamento: 06/02/2024, g.n.)

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. Estelionato. Recurso da Defesa. Tese de atipicidade da conduta ao argumento de que houve simples desacordo comercial. Descabimento. (...) **Duas condenações geradoras de reincidência**. Redução do aumento de 2/5 para 1/5. Regime inicial fechado mantido, ante as circunstâncias judiciais negativas e reincidência. Súmula 269 do STJ. Vedada a aplicação dos benefícios previstos no art. 44 e 77 do CP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500032-56.2022.8.26.0584; Relator

(a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/11/2024; Data de Registro: 06/11/2024, g.n.)

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, resta vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, o réu ostenta maus antecedentes e reincidência, indicativos de sua dedicação à atividade criminosa, utilizando-se da difusão do vício, com *animus lucrandi*, *modus vivendi*.

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas. Nesse sentido: “*De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo*” (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Nesse sentido, já se pronunciou esta C. Câmara Criminal: “*No caso, embora o Apelante seja primário e portador de bons antecedentes, comporta maior rigor a reprovação de sua conduta em razão da **razoável quantidade da droga apreendida**, acarretando sérios prejuízos aos usuários, suas famílias e à toda sociedade, além da apreensão de dinheiro de origem ilícita, o que demonstra que*

parte da droga já havia sido comercializada e o diferencia de um traficante iniciante, a demonstrar sua dedicação ao comércio espúrio, a inviabilizar a redução das penas”. (TJSP; Apelação Criminal 1500017-37.2024.8.26.0578; Relator (a): Luiz Antonio Cardoso; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ipaussu - Vara Única; Data do Julgamento: 13/01/2025; Data de Registro: 13/01/2025, g.n.)

Por fim, mostra-se necessária a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, todos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se as circunstâncias judiciais negativas, bem como a reincidência ostentada pelo réu, a obstarem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, decisões do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL. ELEVADA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. 57,17 G DE CRACK. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime e prisional fechado, visto que a quantidade e a natureza da droga apreendida (**57,17 g de cocaína**) justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 611.884/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/3/2021, DJe de 9/4/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL.
AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos moldes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida preponderam sobre as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

2. **A presença de circunstância judicial desfavorável em decorrência do delito envolvendo drogas diversas, justifica a manutenção do regime inicial fechado** para cumprimento da pena, principalmente em cumprimento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11343/06. Precedentes.

3. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 654.201/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 7/6/2021, g.n.).

Em reforço: “(...) *O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de crack. (...)*”. (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023.); Ainda “(...) *In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. (...)*” (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Deve suportar o réu, que não tem os mecanismos de repressão e prevenção do Estado como aptos a movê-lo do ímpeto criminoso, mais uma necessária etapa para ressocialização.

Acerca da matéria, já se pronunciou a jurisprudência: “A interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu **reincidente** deve cumprir a pena em regime inicial fechado. Precedentes do STJ” (STJ Resp. nº 77.373 Rel. Min. WILLIAM PATTERSON. Col. 6ª Turma - julg., em 27.2.96 DJU nº 91, 13.5.96, p. 15.583). Da mesma forma: Quando cuida do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, leciona DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS que, “Nas hipóteses b e c, o condenado **reincidente** inicia o cumprimento da pena em regime fechado” (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS “Direito Penal”, 1º volume, Saraiva, 12ª edição, p. 460). Diferente não é a lição de JULIO FABBRINI MIRABETE não dissente: “Estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão, **reincidentes** ou cuja pena seja superior a oito anos” (JULIO FABBRINI MIRABETE “Manual de Direito Penal”, 1º volume, 6ª edição, 1.991, Atlas, p. 245). Nesse sentido: “Se o condenado, mesmo com pena inferior a quatro anos de reclusão, é **reincidente**, como reconhecido na sentença de primeiro grau, não faz “jus” ao regime semi-aberto para início da execução da pena”(RT 725/533- STJ); “O condenado **reincidente** deve iniciar o cumprimento da pena de reclusão sempre em regime fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada” (RSTJ 89/385 – STJ). No mesmo sentido: STJ - “O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu **reincidente** e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, mesmo quando condenado à pena inferior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça” (STJ - HC 211819/SP Ministra LAURITA VAZ Quinta Turma DJe de 28/02/2013). O único regime prisional possível para o início da expiação é o fechado, porquanto a interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu **reincidente** deve cumprir a pena em regime inicial fechado. Precedentes do STJ (STJ - Resp. 77.373, Rel. WILLIAM PATTERSON, Col. 6ª Turma, j. 27.2.1996).

E, ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto simples. Sentença condenatória.

Insurgência do acusado restrita à reprimenda e regime aplicados.

Pleitos de reconhecimento da modalidade tentada do crime,

imposição de regime inicial aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e concessão de liberdade provisória. Parcial cabimento. Redução na exasperação procedida na primeira fase da dosimetria. Culpabilidade e maus antecedentes do acusado que autorizam o acréscimo de 1/5 na pena-base. Consumação verificada. Esgotamento dos atos de execução do delito e inversão da posse dos objetos. Inteligência do Tema 934 do STJ. **Regime inicial fechado mantido**, em razão dos maus antecedentes e **da reincidência**. Situação fático-processual ensejadora da prisão preventiva da apelante inalterada. Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500400-80.2024.8.26.0621; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Aparecida - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/12/2024; Data de Registro: 09/12/2024, g.n.)

Diante de tais considerações, **dá-se provimento ao recurso ministerial, para condenar o réu Eufrasio Valdiney de Andrade** como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de **9 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 900 (novecentos) dias-multa**, fixados no mínimo legal.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator