



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000366991

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500721-52.2024.8.26.0545, da Comarca de Jarinu, em que é apelante FELIPE DE LIMA DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao recurso para afastar a reincidência, ficando a pena estabelecida em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), ALEXANDRE ALMEIDA E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16382

Apelação Criminal nº 1500721-52.2024.8.26.0545

Comarca: Vara Única de Jarinu

Juíza de Direito: doutora Caroline Oliveira Dias

Apelante: Felipe de Lima de Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVIMENTO PARCIAL.

I. Caso em Exame

1. Felipe foi condenado por tráfico de drogas, com pena de sete anos, onze meses e oito dias de reclusão, além de setecentos e noventa e três dias-multa. Ele foi flagrado vendendo drogas em uma praça, com diversas porções de entorpecentes apreendidas. A defesa apelou, pedindo absolvição, desclassificação do crime, aplicação de redutor de pena e substituição por penas restritivas de direitos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se há provas suficientes para manter a condenação por tráfico de drogas, se é possível aplicar o redutor de pena previsto na legislação e, consequentemente, fixar regime mais brando e substituir a pena corporal.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por diversos documentos e depoimentos, incluindo o flagrante realizado por guardas municipais.

4. A negativa de autoria do apelante não foi convincente, e a alegação de flagrante forjado não foi comprovada. A jurisprudência confirma que a mera alegação de ser usuário não afasta a condição de traficante.

5. A reincidência foi afastada, pois o processo referido na sentença resultou em absolvição em grau de recurso.

IV. Dispositivo e Tese

6. Recurso parcialmente provido para afastar a reincidência,

ajustando a pena para seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, mantendo a condenação por tráfico de drogas.

Tese de julgamento: 1. A presença de maus antecedentes impede a aplicação do redutor de pena. 2. A condenação por tráfico de drogas é mantida devido à robustez das provas.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III; Código de Processo Penal, arts. 188, 301, 302, 303; Constituição Federal, art. 5º, XLIII.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp 1067238/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.4.2017; STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.9.2023.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 180/181

O apelante, **Felipe**, foi condenado à pena de sete (7) anos, onze (11) meses e oito (8) de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de setecentos e noventa e três (793) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no **artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, no dia 24.5.2024, por volta de **16h50**, na Praça Danúbio, na antiga "Pista do Bicicross", localizada na Rua Dante Alighieri, 1, bairro Vila Nova Trieste, em Jarinu, SP, vendia, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 8 porções de "maconha" (12,4 gramas), 20 microtubos contendo “crack” (2,8 gramas) e 8 invólucros plásticos contendo cocaína em pó (4,5 gramas), todas substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ele estava com uma sacola em mãos quando recebeu de Rodrigo a quantia de R\$ 10,00 por duas porções de "crack". Todavia, antes de entregar as drogas ao comprador, o apelante avistou a viatura da Guarda Municipal e soltou a sacola no chão, chamando a atenção dos guardas civis, que decidiram

abordá-los. Durante a abordagem, somente foi encontrada a quantia de R\$ 10,00 com o apelante. Contudo, recuperada a sacola, que foi vista pelos guardas municipais na posse dele, as drogas foram encontradas em seu interior. Nada de ilícito foi localizado com Rodrigo, que alegou ter ido à praça comprar drogas de um rapaz, a quem entregou R\$ 10,00.

Nas razões da apelação oferecidas pela digna Defesa, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** desclassificação para a rubrica do artigo 28, da Lei nº 11.343/06; **c)** aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da mesma Lei, e consequentemente, **d)** regime inicial menos gravoso; e **e)** substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 200/215).

Contrarrazões a fls. 225/227, para manutenção da r. sentença.

Não há notícia de recurso da Acusação.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 235/237).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, fls. 172 (SAJ).

II – Fundamentação

O recurso comporta parcial provimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Caroline Oliveira Dias.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1/7, boletim de ocorrência de fls. 9/12, auto de exibição e apreensão de fls. 15, laudo de constatação preliminar de fls. 34/36, laudo de exame químico toxicológico de fls. 74/76, e pela prova oral produzida em Juízo,

“maconha”, cocaína e "crack" foram apreendidos.

A autoria é certa e atribuível ao que se inconforma.

No distrito, o **apelante negou a realização do comércio proscrito.**

Estava na praça com apenas R\$ 10,00. Não tinha drogas consigo. Foi abordado pelos Guardas Municipais juntamente com um indivíduo de vulgo "Piracema". Ele mora no mesmo bairro, mas não o conhecia. Eles levaram-no para a delegacia e sequer esperaram sua esposa, que estava no mercado próximo à praça. Os guardas procuraram na praça e saíram com essas drogas. Nada sabe sobre elas, nem a quem pertencem (fls. 6).

Mais tarde, em seu interrogatório judicial, **também negou a realização do tráfico.** Estava na praça com a sua esposa, Nayra, e pediu dinheiro a ela para comprar "maconha". Quando viu a viatura, não tinha qualquer entorpecente consigo. Portava apenas R\$ 10,00. Os guardas "plantaram" a droga. Foram encontradas drogas com o outro rapaz, mas não sabe informar se eram as mesmas que os guardas "plantaram". Não conhece o outro rapaz. Ele era branco e baixo. Conhece Fabio Cardoso. Conhecia os guardas, pois sua cunhada também é guarda municipal.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O interrogatório é tanto meio de prova como de defesa, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de meio de defesa e de prova, visto que

será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (Curso completo de processo penal. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A negativa, todavia, não convence.

Embora sustente que o flagrante fora "forjado", **álibi para afastar a criminalidade da conduta, na modalidade tráfico**, com alegação de estar sendo injustamente acusado, não esclareceu que motivos teriam os guardas civis municipais para prejudicá-lo, gratuitamente. Tentou, pois, desqualificar a atuação desses agentes, sem êxito, contudo.

Por outro lado, o acervo coligido pela acusação, além de afastar essa versão defensiva, realmente o incrimina.

Cumpre salientar que o apelante poderia ter trazido a esposa, que, segundo ele, estaria em sua companhia na praça, mas não o fez, muito provavelmente porque não sustentaria a sua narrativa. Sabe-se que um álibi, sem comprovação, não serve para afastar a responsabilidade do agente (*AgRg no AREsp 1067238/BA* – T5 – Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 25.4.2017 – Dje 3.5.2017). Não desrespeita a regra da distribuição do ônus da prova a sentença que afasta tese defensiva de negativa de autoria por não ter a defesa comprovado álibi levantado (*AgRg no Resp 1367491/PR* – T5 Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 23.4.2013 – Dje 2.5.2013). Em sentido análogo HC 37522/SP – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Og Fernandes – J. 3.3.2009 – Dje 23.3.2009. O álibi apresentado e não provado não pode ser acolhido para absolvição (*HC 133464/SP* – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) - J. 17.11.2009 – Dje 7.12.2009). De acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado (*HC 44376/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – J.

17.11.2005 – DJ 5.12.2005). Não se afigura como ilegal sentença condenatória que desconsidera álibi apresentado pela defesa e não comprovado (**HC 20620/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – J. 4.6.2002 – DJ 1.7.2002, p. 365).

A testemunha Rodrigo, ouvida somente na fase investigativa, disse que é usuário de entorpecentes há 14 anos. **Estava na praça para comprar duas pedras de "crack". Entregou uma nota de R\$ 10,00 para um rapaz moreno para adquirir o entorpecente. Quando avistou a viatura, o rapaz moreno soltou a sacola.** Ele, por sua vez, saiu andando, mas também foi abordado. Disse para os guardas que estava no local somente para comprar o "crack", pois havia trabalhado o dia todo "puxando terra" (fls. 7).

Posteriormente, ele não foi localizado para ser intimado para a audiência (fls. 130), tendo as partes desistido de sua oitiva (fls. 170).

Todavia, a dinâmica descrita por ele na fase inicial foi confirmada, em contraditório, pelos guardas civis responsáveis pela prisão em flagrante do apelante e apreensão dos entorpecentes.

Clóvis, guarda civil municipal, narrou que, durante regular patrulhamento pelo bairro, viram dois indivíduos na praça. **Um deles (ora apelante), ao perceber a presença da viatura, dispensou uma sacola no chão e tentou fugir. A embalagem, recuperada na sequência, continha as porções ilícitas. O local (praça) é conhecido como ponto de tráfico de drogas.** Quando os avistaram, estavam a cerca de 20 metros de distância. Ambos saíram na mesma direção quando perceberam a presença da guarnição. Durante a abordagem, nenhum deles assumiu a propriedade das drogas, mas Rodrigo identificou-se como usuário. Ele portava R\$ 10,00. O apelante já era conhecido por envolvimento em outro ponto de tráfico. Sabe que ele é usuário.

Ele estava com a sacola na mão e foi abordado a cerca de 5 metros de onde a dispensou. Tem certeza de que foi ele quem jogou a sacola. Pelo que se lembra, o dinheiro estava com o outro indivíduo (Rodrigo).

Emerson, guarda civil municipal, depôs no mesmo sentido. Durante patrulhamento de rotina nas proximidades da praça, viram dois indivíduos conversando e passando uma sacola de um para o outro. **Quando notaram a presença da viatura, o apelante dispensou a sacola. Em poder do apelante, havia R\$ 10,00.** Estavam a cerca de cinco metros de distância do apelante. Ele foi abordado a cerca de 3 a 5 metros do local em que a sacola foi recuperada. **Tem certeza que foi o apelante quem dispensou a sacola.** Ele negou a prática ilícita, ao passo que o outro indivíduo admitiu que era usuário. Na ocasião, o apelante não mencionou que sua esposa estava nas proximidades.

Os guardas civis municipais ouvidos em audiência confirmam a apreensão dos entorpecentes no interior da sacola plástica dispensada pelo apelante durante sua frustrada tentativa de esquivar-se da iminente abordagem.

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente.

Além disso, não há nada nos autos que indique que esses agentes tenham reunido quantidade de entorpecentes e mentido sobre a dinâmica dos fatos, somente por perseguição gratuita contra o apelante, com o desejo de prejudicá-lo.

De outro lado, se valia tivessem as declarações do apelante, ele estaria imputando prática de crime a quem, justamente, deve coibi-lo, o que, dentro do contexto dos autos, é incabível.

Os guardas civis municipais também são funcionários públicos, cumpridores de seus deveres, dentre eles, o de coibir o avanço da prática delitiva. **Seria um contrassenso constituir um corpo de servidores para tal tarefa, similar àquela de policiais militares e policiais civis e, depois, quando depusessem mais tarde, duvidar de suas palavras.**

Mais que isso, são agentes de segurança pública, agem em nome do Estado e, conseqüentemente, suas ações, num sentido lato, têm legitimidade, até prova em sentido contrário, o que incorreu na espécie.

Já se decidiu: "4. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, Dje 1º/3/2019)" (**HC 525772/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 17.10.2019 – DJe 24.10.2019).

O guarda civil municipal pode realizar a atividade e assim o faz para auxiliar as polícias militar e civil, tal o incremento da criminalidade. Até mesmo alguém do povo pode realizar a prisão em flagrante (o tráfico é um crime permanente, logo, sempre há a flagrância, art. 303 do Código de Processo Penal).

"2. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal

do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)" (**HC 518097/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 1.10.2019 – DJe 7.10.2019).

No mesmo sentido: **RHC 94061/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 19.4.2018 – DJe 30.4.2018; **AgRg no AREsp 771369/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - J. 28.11.2017 – DJe 4.12.2017 e **HC 344085/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 30.6.2016 - DJe 1.8.2016, para exemplificar.

Recentemente, houve decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, ou seja, que não haveria possibilidade da ação desses servidores numa prisão em flagrante. Reforçou-se o que estabelece a Constituição Federal de 1988, ou seja, que afirma que os guardas municipais metropolitanos devem se limitar à proteção de bens, serviços e prédios públicos. Segundo o Min. Relator da ação seria caótico autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo (**REsp 1977119/SP** - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Rogério Schietti - J. 16.8.2022 - DJe 23.8.2022).

Há alguns meses, no entanto, no **RE 1281774 AgR-ED/SP - São Paulo**, Emb. Dec. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário, o Min. do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, deu provimento ao inconformismo para reconhecer a "legalidade da prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais", pois as Guardas Municipais são previstas na Constituição Federal (art. 144), no Capítulo III, Título V (Da segurança pública) e, portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública

essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, em especial de bens, serviços e instalações dos Municípios, elas desenvolvem atividade de segurança pública, essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF), como se depreende do elenco de suas atribuições constante da Lei nº 13.022/2014 (Julg. 10.5.2022 - Publ. 11.5.2022), ou seja, predominantemente os guardas metropolitanos cuidam dos bens, serviços e instalações dos Municípios, não exclusivamente, teriam atribuição, pois, **para outras atividades para assegurar a ordem pública e a paz social, impedindo o avanço da criminalidade, que afetaria a segurança de todos.**

Por fim, no dia 25.9.2023, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADPF 995**, decidiu que a Guarda Municipal exerce função de segurança pública, ainda que não elencada expressamente no art. 144 da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro Relator Sua Excelência Alexandre de Moraes: *"As guardas municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio"*. **Com isso, ficou pacificado que os guardas municipais podem exercer atividades de policiamento nas vias públicas e efetuar prisões em flagrante.**

Aliás, para legitimar ainda mais a ação dos guardas municipais, foi promulgada e está em vigor o Decreto nº 11.841, de 21.12.2023, que regulamenta a Lei nº 13.022, de 8.8.2014, que dispõe sobre a cooperação das guardas municipais com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Leia-se:

"Art. 3º As ações das guardas municipais a que se refere o art. 2º serão realizadas de forma integrada com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal e terão como princípios: I - a garantia do respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição; II - a contribuição para a paz social, a prevenção e a pacificação de conflitos; e III - a garantia do atendimento de ocorrências emergenciais. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se ocorrência emergencial aquela cujas características exijam a atuação célere e imediata dos órgãos de segurança pública e configurem grave dano ou risco de dano à vida e à segurança das pessoas e do patrimônio. § 2º As guardas municipais, no atendimento das ocorrências emergenciais, realizarão os procedimentos preliminares iniciais, acionarão os órgãos de segurança pública cuja atuação seja necessária e prestarão apoio para a continuidade do atendimento.

(...)

Art. 5º Na hipótese de ocorrências que configurem ilícito penal, as guardas municipais poderão: I - realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, na forma prevista nos art. 301 e art. 302 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; II - apresentar o preso e a correspondente notificação circunstanciada da ocorrência à polícia judiciária competente para a apuração do delito; e III - contribuir para a preservação do local do crime, quando possível e sempre que necessário".

E não há retroação de lei menos benéfica, porque a Lei nº 13.202/2014, já estava em vigor desde 8.8.2014, publicação no DOU do referido diploma legal, sendo apenas explicitada, o que já vinha sendo aceito por parcela da jurisprudência, a respeito da incumbência dos guardas municipais (Art. 2º. Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil,

uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal).

Não se verifica que os integrantes da Guarda Civil Municipal tenham desviado de suas atribuições. Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Acrescente-se que não há contradições importantes nas narrativas desses agentes de segurança, pois elas, mais que enfraquecerem os depoimentos, fortalecem-nos, porquanto eventuais discrepâncias em seus relatos (tais como se os R\$ 10,00 estavam com o apelante ou com Rodrigo) são comuns e até compreensíveis diante do tempo decorrido (o fato ocorreu em 24.5.2024 e a audiência foi realizada em 3.12.2024 – fls. 169 e seguintes) e das inúmeras ocorrências semelhantes que atendem. Isso mostra que os guardas civis não desejaram vir preparados para oferecer narrativas para um decreto condenatório certo.

Em outras palavras, **os guardas civis metropolitanos foram convergentes, na essência, quanto às circunstâncias e à motivação da abordagem, que resultou na apreensão das drogas e na prisão em flagrante do recorrente.** É o quanto basta.

Bem se vê, portanto, que as provas são robustas e incriminam o apelante.

As circunstâncias da prisão em flagrante denotam a destinação mercantil do entorpecente apreendido - 8 porções de "maconha" (12,4 gramas), 20 microtubos contendo “crack” (2,8 gramas) e 8 invólucros plásticos contendo

cocaína em pó (4,5 gramas) - e não deixam dúvida quanto à responsabilidade criminal do apelante pela prática do tráfico.

Sabe-se que, para a caracterização do delito, não se exige que o agente seja surpreendido durante a prática da comercialização proscrita. Isso porque o artigo 33, da Lei de Drogas, possui múltiplo conteúdo, bastando a prática de qualquer uma das condutas incriminadoras ali descritas para a configuração do tipo penal, como ocorreu na hipótese vertente (cf. ***Apelação Criminal n° 0023429-16.2018.8.26.0050*** – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. 29.1.2020).

Em consequência, não há se falar em desclassificação da imputação para a rubrica do artigo 28 da Lei de Drogas.

Isso porque o apelante sequer admitiu a propriedade do material ilícito apreendido, razão pela qual seria, no mínimo, um contrassenso, reconhecer, ainda que em sede desclassificatória, que as porções proscritas apreendidas fossem destinadas ao seu consumo pessoal.

E, ainda que assim não fosse, é sabido que a mera alegação de ser usuário não afasta, por si só, a condição de traficante. Para isso, deveria estar "exclusivamente" nessa condição, o que não foi provado. Ele poderia até consumir entorpecentes, o que não ficou incontestado, porém, não de maneira única.

Sobre o tema já decidiu esta C. Câmara: *"Além do mais, o fato de serem usuários de entorpecentes não exclui o de estarem também envolvidos com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício"* (***Apelação Criminal n° 3000574-96.2013.8.26.0363*** - Relator Desembargador Paiva Coutinho – J. em 12.2.2020

– Dje em 19.2.2020).

Embora a quantidade de drogas apreendidas na sacola plástica que o apelane trazia consigo no momento da abordagem não seja significativa, não se pode desconsiderar que se trata de estratégia muito comum entre os traficantes, trazer consigo poucas porções, com a pretensão de descaracterizar o delito de tráfico ilícito diante de eventual abordagem. Por outro lado, os guardas civis municipais são acostumados com ocorrências desta natureza e normalmente não se enganam quanto à constatação de movimentação típica da mercancia ilícita.

A majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, deve ser mantida, pois os guardas civis ouvidos em contraditório confirmaram que **o recorrente foi surpreendido em poder das porções proscritas e realizando o tráfico em uma praça**, em plena luz do dia (16h50, cf. boletim de ocorrência de fls. 9/12), local inclusive conhecido pela realização do comércio vil.

Ressalte-se que, por se tratar de causa de aumento de natureza objetiva, não há necessidade de prova no sentido de que o agente visasse vender ou entregar drogas a frequentadores desse local público, nem que, no horário da abordagem, houvesse aglomeração de pessoas.

Nesse sentido: “1. O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, é suficiente que o tráfico de drogas tenha sido praticado nas imediações dos locais especialmente protegidos pela norma, sendo desnecessário que a mercancia tenha como alvo os frequentadores destes estabelecimentos” (*AgRg no REsp 1789089/RS* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 6.2.2020 - DJe em 12.2.2020). No mesmo sentido: *AgRg no Resp 1845613/SC* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo

Soares da Fonseca - J. em 4.2.2020 – DJe em 12.2.2020 e **HC 480887/SP** - T5 -
Quinta Turma - Rel. Min. Félix Fischer - J. em 7.2.2019 - DJe em 19.2.2019.

Logo, a solução, de condenação por tráfico, foi acertada.

A dosimetria, porém, exige ajuste.

Na primeira fase, em razão da presença de **maus antecedentes** (processo nº 1500013-35.2020.8.26.0450 – fls. 141), a pena-base foi elevada de 1/6, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na segunda fase, a **reincidência** pode ser afastada, pois a referência feita na r. sentença ao registro constante a fls. 142 diz respeito ao processo nº 1500961-46.2021.8.26.0545, em que o apelante foi absolvido em grau de recurso, sendo inapto, portanto, para caracterizar a agravante. Assim sendo, a pena remanesce no patamar anterior, cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na terceira fase, **não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.** Conquanto inviabilizado o reconhecimento da reincidência na segunda fase da dosagem, como explicado acima, é certo que o apelante possui maus antecedentes, inclusive pela prática de tráfico, circunstância suficiente para afastar a aplicação da minorante, **nos termos do próprio dispositivo**, não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto ter o apelante tendência delitiva e integrar organização criminosa.

A presença de maus antecedentes, de fato, impede a aplicação do redutor (**AgRg no HC 547176/SP** – T6 – Sexta Turma – Relatora Ministra

Laurita Vaz – J. em 17.12.2019 – DJe em 4.2.2020; **AgRG no HC 526085/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. em 3.12.2019 – DJe em 16.12.2019; **HC 4780001/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. em 5.2.2019 – DJe em 14.2.2019 e **AgRg no HC 530668/ES** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 19.11.2019 – DJe em 3.12.2019 – nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

O benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime. No caso dos autos, o apelante foi visualizado em local conhecido pela alta incidência do tráfico ilícito, em plena realização da atividade proscribida. Essas circunstâncias, aliada à variedade de drogas que comercializava, evidenciam que não era principiante e estava envolvido com algo maior e organizado, traficantes de maior porte.

No Preclaro Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

*"Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas" - **AgRg no REsp 1390118/PR** - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: **AgRg no AREsp 973919/MG** - Rel. Min. Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; **HC 389132/SP** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; **HC 306536/PE** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC***

389871/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 386049/SP** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; **HC 363726/RS** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; **AgRg no REsp 1635522/ES** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; **HC 175577/SP** - Rel. Min. Og Fernandes - T6 - Sexta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 17.10.2011; **HC 212990/SP** - Relatora Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 14.10.2011.

Por fim, a pena foi aumentada em 1/6, pela majorante do art. 40, inc. III, da Lei de Drogas, tendo-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

A pena acima é definitiva. O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira do apelante.

O regime inicial fechado pode ser mantido.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

Não há violação de dispositivo legal, art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

Em que pese o montante da pena e a despeito do afastamento da recidiva, não se pode desconsiderar que o **apelante** possui, ao menos, uma condenação anterior **definitiva** pela prática de tráfico, que foi valorada como maus antecedentes. Na oportunidade, houve o reconhecimento da hipótese de tráfico privilegiado (fls. 141), mas isso não foi suficiente para a sua ressocialização, tornou a praticar o comércio ilícito de entorpecentes, combatido em escala mundial, pelas consequências danosas que causa à sociedade.

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta.

Ainda, a **gravidade concreta da execução do crime**, pois realizado por quem já foi condenado por tráfico de drogas, deixa-se patente, pois, sua **periculosidade**, sendo prejudicial à sociedade.

A quantidade de drogas variadas, embora reduzida, não era desprezível, poderia prejudicar vários "consumidores", se efetivamente vendida, o que mostra a sua **periculosidade, personalidade e conduta social desvirtuadas**, com vistas a não respeitar princípios ético-jurídicos importantes,

"viver honestamente" e "não causar lesão a outrem". Dessa maneira, tem ausência ou déficit de bons valores.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247).

Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está

sendo julgado (**art. 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus* nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (***Habeas Corpus* nº 91360/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (art. 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Exsurge pertinente frisar que não existiu ofensa ao enunciado das Súmulas 440, do Superior Tribunal de Justiça, e 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois a fixação do regime inicial decorre das condições pessoais do agente e das circunstâncias do fato concreto e não de mera opinião do Magistrado.

Portanto, o regime de segregação plena para o início da execução foi justificado e era o mais adequado.

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada; previne-se que não a cometa mais e outras infrações penais e, por fim, reintegra-se na sociedade, com arrependimento e assimilação a terapêutica penal. Enfim, individualiza-se a

sanção penal e implementa-se seus fins.

Não se pode substituir a pena privativa por restritivas de direitos, pois, a par do montante da pena e dos maus antecedentes, as medidas não se mostram suficientes nem adequadas à reprovação e prevenção do tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo. Trata-se de crime de extrema gravidade que causa intranquilidade e insegurança à população, principalmente às famílias, pelas danosas consequências que traz. Torna seres humanos, usuários e viciados, muitas vezes, aviltados em sua dignidade, desesperados com sua condição e perturbados com o consumo, além de fomentar o cometimento de vários outros crimes. Ainda mais, repise-se, quando se sabe que não se trata de episódio único na vida do apelante.

Por fim, com a nova redação do **art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal**, na **detração**, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo provimento parcial do recurso para afastar a reincidência, ficando a pena estabelecida em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença.

Recurso preso, fls. 186. Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mantê-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, o crime é equiparado a hediondo,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional, sobretudo diante da reiteração criminosa.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.