



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000399031

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1515805-74.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ALEXANDRE BRAGA DOS SANTOS e GUILHERME LUIS MACARIO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1515805-74.2024.8.26.0228

Apelante: Alexandre Braga dos Santos e Guilherme Luis Macario da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: 21ª Vara Criminal da Comarca da capital

MMa. Juíza de Direito Dra. Luciane Jabur Mouchaloite Figueiredo

Voto nº 7020

Tráfico de drogas – Sentença condenatória – Recurso defensivo - Preliminar: Nulidade das provas obtidas por meio de busca pessoal – Inocorrência – Abordagem que transcorreu de maneira regular – Crime permanente e estado flagrancial que autoriza e justifica a ação dos agentes da lei - Precedentes - Preliminar afastada – Pleito absolutório - Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Depoimentos das testemunhas coerentes e sem desmentidos – Circunstâncias indicativas da finalidade mercantil - Condenação mantida – Dosimetria – Primeira fase - Pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas; dos maus antecedentes do apelante Alexandre e em razão do réu Guilherme ter cometido o crime durante o cumprimento de pena - Segunda Fase – Reincidência específica do corréu Guilherme integralmente compensada com a atenuante da menoridade relativa – Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena de Alexandre foi mantida no patamar fixado na primeira etapa - Terceira Fase - Ausentes, na hipótese, os elementos autorizadores para a aplicação do redutor do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 - Imposição do Regime Fechado - Pleito de abrandamento do regime de cumprimento de pena do corréu Alexandre – Descabimento - Quantum da pena imposta, aliado à

gravidade concreta do delito, tendo em vista a quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos e os maus antecedentes do apelante que devem ser levados em conta para fixação do regime de cumprimento da pena - Incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, pois ausentes os requisitos legais previstos no artigo 44 do Código Penal – Recursos defensivos improvidos.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Alexandre Braga dos Santos e Guilherme Luis Macario da Silva** contra a r. sentença de fls. 153/163, que julgou procedente a ação e os condenou, como incursos nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, às penas de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa calculados no mínimo legal .

Irresignado, apelam os réus buscando, preliminarmente, i) a nulidade do feito em razão da ilegalidade da busca pessoal; no mérito, ii) a absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, iii) a redução da pena basilar ao patamar mínimo ou a a fixação da fração de aumento em 1/6; iv) a fixação de regime semi-aberto para o cumprimento da pena corporal do apelante Alexandre

(fls.206/220).

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 272/275).

Após, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 2224/228)

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É O RELATÓRIO.

De proemio, cabe analisar a preliminar arguida pela defesa, adiantando mostrar-se impossível atender ao pleito deduzido.

O Código de Processo Penal, em seus artigos 240, § 2º, e 244, estabelece que a busca pessoal poderá ser realizada quando houver fundada suspeita, justamente como ocorreu no presente caso.

Ora, os agentes públicos, em patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de drogas suspeitaram da atitude dos acusados que conversavam e um deles mexia em uma pequena bolsa.

E as suspeitas revelaram-se verdadeiras, tanto que, ao serem abordados um deles – Alexandre - jogou um papel sobre o telhado que posteriormente verificou-se serem anotações do tráfico, e, na busca pessoal, no bolso deste acusado, foi encontrada certa quantia em

dinheiro e, com o segundo indivíduo abordado – Guilherme –, foi localizada, dentro da bolsa que ele trazia consigo, uma considerável quantidade de drogas diversas. Tudo a configurar situação flagrancial.

Frise-se que é do escopo da atividade policial promover a segurança da sociedade, sendo a busca pessoal um dos meios de fiscalização adequados a tal finalidade.

Vê-se, portanto, que é plenamente lícita a conduta dos agentes públicos em proceder abordagens, buscas e até mesmo prisões, desde que motivados por elementos que indiquem fundada suspeita relacionada à prática de crimes, como restou plenamente demonstrado no caso em análise .

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS -

Sentença condenatória. Preliminar de nulidade por suposta ausência de prévia suspeita à realização da abordagem policial. Inocorrência. Abordagem e revista pessoal realizadas após fundadas suspeitas, inexistindo qualquer ilegalidade no ato perpetrado pelos agentes estatais. Preliminar de nulidade por suposta falta de advertência do direito constitucional de permanecer em

silêncio. Inocorrência. Ausência de qualquer indício de que os agentes estatais que efetuaram a prisão do apelante não tenham lhe informado sobre seu direito de permanecer em silêncio, ônus este que lhe incumbia provar. Absolvição por insuficiência probatória. Desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 Descabimento. Materialidade e autoria comprovadas. Conduta que se amolda ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Prova cabal a demonstrar que o acusado trazia consigo e guardava as drogas apreendidas para fins de tráfico. Depoimentos policiais coerentes e coesos, os quais, aliados ao laudo pericial químico- toxicológico, possuem o condão de embasar o decreto condenatório. R. sentença reformada. Possibilidade de reconhecimento da redutora prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, conforme entendimento recentemente firmado perante o Superior Tribunal de Justiça Viabilidade de aplicação da redutora prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar intermediário, uma vez que o réu é primário e portador de bons antecedentes, mas efetuava o tráfico de droga extremamente deletéria e

viciante. Regime semiaberto adequado e compatível com a gravidade da conduta perpetrada, com a primariedade do acusado e, ainda, com o quantum da reprimenda imposta, em consonância com o atual entendimento firmado nas Cortes Superiores. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos diante da reprovabilidade da conduta perpetrada. Inviabilidade de aplicação do instituto da detração. PRELIMINARES REJEITADAS RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO” (Apelação Criminal n. 1500074-80.2022.8.26.0560, Relatora Fátima Gomes, 9a Câmara de Direito Criminal, DJ 26.09.2022).

”AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. INTELIGÊNCIA POLICIAL.. ATITUDE SUSPEITA DO AGENTE. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESPROPORÇÃO ENTRE A CUSTÓDIA E O QUANTUM DA PENA.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.

RECURSO DESPROVIDO. 1. os termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independará de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. A busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto (...)". (AgRg no HC 685.437/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 5a Turma, DJ 28.09.2021).

Nesse cenário probatório e jurídico, em virtude da existência de circunstâncias fáticas indicadoras do estado flagrancial dos acusados, justificadas a posteriori (STF Tribunal Pleno, RE 603.616/RO), como já explicitado, não há que se falar em ilicitude da busca pessoal que culminou com a apreensão de razoável quantidade de entorpecentes, prisão flagrancial e início da persecução penal.

Afasto, assim, a nulidade aventada pela defesa.

Passa-se ao mérito.

Alexandre Braga dos Santos e Guilherme Luis

Macario da Silva foram processados e, ao final, condenados às penas já mencionadas porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: *“em concurso, vendiam e traziam consigo, para fins de tráfico, 53 porções de Tetrahydrocannabinol (maconha), 61 porções de Cocaína, 86 porções de Cocaína na forma de crack, 5 frascos de Tricloroetileno (lança-perfume), 3 porções de MDMA (ecstasy), 4 porções de MDMB-4EN-PINACA (k9), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, laudo de constatação preliminar de fls. 28/32 e exame químico-toxicológico de fls. 94/97, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.*

Segundo apurado, na data e hora acima descritas, em local conhecido pela mercancia ilícita de drogas (“biqueira”), ALEXANDRE e GUILHERME, agindo em concurso, realizavam a venda e traziam consigo, em uma bolsa, porções de drogas quando foram avistados por policiais militares em patrulhamento.

Procedida à abordagem, os policiais localizaram 53 porções de maconha, 61 porções de cocaína, 86 porções de crack, 5 frascos de lança-perfume, 3 comprimidos de ecstasy e 4 porções de k9 no interior da bolsa que estava na posse de GUILHERME, bem como a

quantia de R\$ 139,00 em notas diversas em poder ALEXANDRE, quem, ainda, tentou dispensar uma folha de papel com anotações da venda de drogas.

Diante dos fatos, os indiciados foram presos em flagrante delito e, interrogados, permaneceram em silêncio (fls. 12 e 17).

A quantidade e a variedade de substâncias entorpecentes, as formas de acondicionamento, a apreensão de quantia em espécie e anotações, bem como as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante de ALEXANDRE e GUILHERME indicam que as drogas apreendidas eram destinadas ao tráfico de drogas.” – Fls.103/105

Após regular instrução criminal, a ação penal foi julgada procedente para condenar os sentenciados nos moldes acima mencionados.

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

A materialidade do delito foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 03/08),

auto de exibição e apreensão (fls. 22/23), laudo de constatação preliminar (fls. 28/32), fotografias (fls.35/37), laudo toxicológico definitivo (fls.94/97), bem como pela prova oral.

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

Na fase indiciária, ambos os acusados optaram por exercer o direito constitucional de permanecerem em silêncio e, em Juízo, negaram os fatos.

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

“Em juízo, o réu Alexandre declarou-se inocente. Disse que estava com dinheiro que era seu. Não sabia de anotações. Quando viu os policiais, nada jogou para o telhado. Não conhecia os policiais previamente. Só passou e cumprimentou o réu Guilherme, que já conhecia. Realmente Guilherme estava com uma bolsa, quando foi abordado. Não sabia se Guilherme estava vendendo drogas. Já foi preso e condenado por tráfico de drogas. Já tinha cumprido sua pena. Também tem um processo de receptação e disse que foi absolvido. Tem

29 anos de idade. Não teve passagens pela Fundação Casa. Estava trabalhando com máquina injetora.

*Em juízo, o réu **Guilherme** também se declarou inocente. Disse que tinha ido receber o aluguel da avó e foi enquadrado pelos policiais. Não tinha qualquer bolsa. Só tinha uma porção de droga para seu uso próprio. Não tinha dinheiro. Não conhecia os policiais anteriormente. Estava perto do réu Alexandre. Disse que, pelo que se lembrava, Alexandre não estava vendendo drogas. Tem 19 anos de idade. Já foi preso e condenado com 18 anos, por tráfico de drogas, pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, ficou 3 meses preso e passou a cumprir serviços comunitários. Não teve passagens pela Fundação Casa. Estava trabalhando com o tio como ajudante de pedreiro.*

*Os policiais militares **Tiago e Lucas**, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, trouxeram relatos afinados e seguros. Ambos explicaram que estavam em patrulhamento, em local já conhecido pela mercancia de drogas, quando viram os dois réus conversando, um deles com uma pequena bolsa na qual mexia. Os policiais desembarcaram da viatura e os réus não perceberam a aproximação dos policiais. Foram abordados. Quando viram os*

policiais, os dois réus se assustaram. Um deles jogou para o telhado de uma casa o papel com as anotações sobre as drogas. O papel com anotações foi recuperado pelos policiais. Ambos confessaram. Na bolsa, havia muitas drogas porque tinham acabado de abastecer o ponto. As drogas estavam juntas na bolsa, todas distribuídas em porções individuais, próprias para o comércio de varejo. A bolsa tinha várias divisórias e, em cada qual, havia porções de um mesmo tipo de droga. Os dois policiais disseram que com um réu estavam o dinheiro e as anotações e com o outro réu, estava a bolsa contendo as drogas. O policial Tiago afirmou que com o réu Guilherme estava a bolsa com as drogas e com o réu Alexandre estavam o dinheiro e as anotações. As anotações estavam nas mãos de Alexandre quando os policiais chegaram e o dinheiro estava no bolso de Alexandre. A abordagem foi motivada por ser local de tráfico de drogas já conhecido e porque os dois réus estavam conversando ali. O policial Tiago contou que já havia realizado outras prisões por tráfico naquela mesma viela. O policial Tiago disse que as drogas eram maconha, cocaína, crack, lança-perfume e ecstasy, em “bastante quantidade”. Os policiais não conheciam os réus previamente e ambos reconheceram os dois réus presos em audiência.” – Fls. 157/158

Pois bem.

Diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal dos apelantes pelo tráfico de drogas.

Repise-se que, em relato seguro e coeso, os policiais militares, **Tiago e Lucas**, declararam que, ao realizarem patrulhamento de rotina pelo local dos fatos - já conhecido como ponto de venda de drogas - avistaram os apelantes conversando e observaram que um deles mexia em uma pequena bolsa e, então, decidiram pela abordagem.

Os réus não perceberam a aproximação dos agentes públicos e, ao avistarem os policiais, se assustaram, tendo Alexandre jogado, em cima de um telhado, as anotações que estavam em suas mãos, que foram, posteriormente, recuperadas.

Na bolsa, que estava com o corréu Guilherme, havia uma considerável quantidade de entorpecentes variados, separados em cada divisória da bolsa, por tipo de droga e, com o apelante, Alexandre, no bolso, ainda foi localizada certa quantia em dinheiro.

Os policiais militares ressaltaram que ambos os réus, informalmente, confessaram a narcotraficância.

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

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

Além disso, constituiria notório contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, dão conta das suas atividades.

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

“o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos — especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. CELSO

DE MELLO)

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

Por sua vez, **os acusados** negaram os fatos.

Alexandre alegou que o dinheiro com ele encontrado era lícito e que não estava com as anotações apreendidas nos autos, aduzindo apenas ter cumprimentado o apelante Guilherme que, realmente, portava uma bolsa, mas que não sabia se ele estava vendendo drogas.

Guilherme afirmou que estava próximo a Alexandre, mas não portava nenhuma bolsa e que apenas possuía uma porção de drogas para seu consumo próprio, alegando ter ido ao local receber valores de aluguel de sua avó.

No mais, afirmou, Guilherme, que “pelo que se lembrava” Alexandre não estava vendendo drogas.

Como se vê, as exculpatórias dos acusados não convencem porque, além de inverossímeis e **contraditórias**, foram contrariadas pela prova oral colhida, ressaltando que os acusados não se desincumbiram de trazer aos autos quaisquer elementos que possam evidenciar suas versões.

No mais, as testemunhas policiais foram categóricas ao afirmarem que Alexandre estava de posse das anotações apreendidas nos autos - além da quantia em dinheiro - e Guilherme portava a bolsa onde estavam acomodadas as drogas e, ainda, que, no local dos fatos, ambos confessaram que estavam traficando entorpecentes juntos.

Com efeito, a configuração do delito de tráfico de drogas, por tratar-se de crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, prescinde de prova da mercancia, bastando o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, **trazer consigo**, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância ilícita.

Nesse sentido:

“1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de

qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. (...) Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 1624427/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 23/03/2020).*

Anote-se, ainda, que ficou bem demonstrado o fim mercantil dos entorpecentes, sendo impossível a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, tem-se que

com eles foram apreendidas ***212 porções de drogas diversas — além de uma certa quantia em dinheiro e anotações do tráfico*** -, quantidade deveras superior à necessária para o consumo pessoal.

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

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

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

ocorra perigo à saúde de um grupo indeterminado de pessoas.” (STJ - REsp 1708569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, data de publicação: 06.03.2018).

De mais a mais, considerando-se o extenso conjunto fático probatório, e que os apelantes não trouxeram aos autos elemento de prova hábil a comprovar suas versões dos fatos, as quais restaram completamente isoladas, resta evidente que suas exculpatórias, fundamentadas na negativa de autoria, conquanto constituam legítima manifestação de autodefesa, em cuidadosa análise, revelam-se mera tentativa de livrarem-se de uma condenação pelo crime que lhes é imputado.

Desse modo, tem-se que o decreto condenatório era mesmo de rigor.

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta, a qual não comporta reforma.

Na primeira fase, sopesadas as diretrizes dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11343/06, o Juízo a quo fixou a pena basilar de ambos os apelantes, acima do patamar mínimo legal, em razão da quantidade, natureza e diversidade das drogas com eles apreendidas.

Com efeito, idônea é a fundamentação para a

exasperação da pena-base, que poderia ser até em maior índice, vez que os réus, mantinham sob sua guarda expressiva quantidade e diversidade de drogas, de alto poder viciante, capaz de abastecer centenas de usuários, o que está em conformidade com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, vez que pela leitura do referido dispositivo, a quantidade, natureza e a diversidade de entorpecentes são parâmetros que devem preponderar sobre o art. 59 do Código Penal e serem considerados na fixação da reprimenda.

Segundo o entendimento de NUCCI:

"A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato, o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e 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 de sua utilização. Estes fatores, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado " (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e

processuais penais comentadas, 4aed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 378 grifei).

Portanto, se mostraria uma inequívoca afronta ao princípio da proporcionalidade impor a pena base mínima para quem, já com passagem criminal, estava a traficar considerável quantidade de entorpecente, com alta nocividade, como se fosse alguém, sem passagem, portando apenas algumas porções de maconha, sendo pacificada a construção da jurisprudência nesse sentido (HC nº 94.655/SP, rel. Min^a Carmen Lucia, DJe 10.10.2008; HC nº 110.385/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26.6.2012).

Nesta mesma direção, é o entendimento desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO — TRÁFICO DE DROGAS - Materialidade e autoria delitiva nitidamente demonstradas nos autos e que não foram objeto do recurso — Recurso Ministerial voltado para a dosimetria e contra o regime inicial e substituição das penas — Pena base - Quantidade e natureza da droga que preponderam, nos termos do art. 42 da Lei 11343/06 — Aumento — Necessidade -Reconhecimento da reincidência e consequente afastamento do privilégio Regime fechado é de

rigor — Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, porque não recomendável socialmente, devendo ser afastada - Recurso ministerial provido. (TJ-SP - APR: 15006707820218260599 SP 1500670-78.2021.8.26.0599, Relator: Edison Brandão, Data de Julgamento: 27/01/2022, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 27/01/2022).

No mais, em análise à certidão criminal de fls. 57/59, vê-se que o apelante **Alexandre** possui duas condenações definitivas, ambas com penas julgadas extintas em razão do seu cumprimento (*Procs. 0002161-42.2014.8.26.0050 — Fls.57/58 e 0089674-48.2014.8.26.0050 — Fl.57*).

Quanto a **Guilherme**, vê-se, em análise à certidão criminal de fls. 61/62 e da folha de antecedentes de fls. 67/68, que ainda encontrava-se em cumprimento de pena quando do cometimento do crime sob judice.

Ora, não se olvide que *a prática do crime durante o gozo de cumprimento* de pena deixa clara a personalidade voltada à delinquência e sua má conduta social, que deve refletir nas sanções.

No ponto, o Superior Tribunal de Justiça:

“...constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base considerar que 'em pleno cumprimento de regime aberto, resolveu tornar a delinqüir, ludibriando cidadãos de bem. Para tanto, valeu-se de um perfeito simulacro de celular e acessórios (vide fls. 17/18 e 59/61), para obter ilícitas vantagens', pois tal fato revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente” (HC 237.439/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014).

Ressalta-se que o desvalor dessa circunstância não se confunde com maus antecedentes ou com a reincidência, tampouco é impactado pelo decurso do período de prova, na medida em que está relacionado à maior reprovabilidade da conduta da pessoa que comete novo delito após ser contemplado com um benefício penal, a denotar culpabilidade mais intensa” (AgRg no HC 676248 / SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 28/09/2021, DJe 04/10/2021).

Destarte, à vista do acima exposto, o aumento da pena-base não pode ser mínimo, como defende a defesa.

Assim, presentes, em relação à cada apelante, ***duas circunstâncias judiciais negativas*** as penas foram, muito favoravelmente aos apelantes, majoradas na fração de 1/4, chegando a **06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.**

Na segunda fase, plenamente configurada, quanto ao sentenciado **Guilherme**, a agravante da reincidência específica (*Proc. 1511493-89.2023.8.26.0228 – Fl.61*) que foi integralmente compensada com a atenuante da menoridade relativa do réu, mantendo-se a pena no patamar estipulado na primeira etapa.

No tocante a **Alexandre**, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a pena se manteve também inalterada.

Por fim, na terceira fase, não incidiram causas de diminuição da pena.

Foi negada a aplicação do redutor, e nem poderia ser diferente, tendo em vista o que foi acima ponderado, pois trata-se de réus já profundamente envolvidos com a narcotraficância, sendo Guilherme reincidente específico e possuindo Alexandre maus antecedentes pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, além de considerar a quantidade (***212 porções***), diversidade e natureza das

drogas encontradas em poder dois réus - ***“crack”, cocaína, maconha, lança-perfume, ecstasy e k9 --***, substâncias altamente nocivas, capazes de abastecer muitos usuários.

Não há que se falar, pois, na ocorrência de *bis in idem* ao se considerar a reincidência e os maus antecedentes para majorar a pena e, ao depois, negar a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, pois, conforme já decidido, ***“....na aplicação do preceito em foco, o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena, não se podendo falar em bis in idem por ter sido a reincidência considerada para aumentar as sanções e também impedir a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois a aplicação de tal dispositivo exige a ocorrência simultânea de todas as condições mencionadas, ou seja, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa e nem integrar organização criminosa, o que não é o caso do acusado. Conforme já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, “não há que se falar em bis in idem mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico a reincidência quando foi***

agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente” (HC 118403/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 15.12.2009).”
(Apel. Crim. Nº 990.10.184009-0, 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Tristão Ribeiro).

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO FORMAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ELEMENTO VÁLIDO PARA MAJORAR A PENA NA SEGUNDA FASE E PARA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 3. O reconhecimento da reincidência do réu é elemento suficiente para impedir a aplicação do redutor, por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos

termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como para majorar a pena na segunda fase, sem se falar em bis in idem. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ - AgRg no AREsp 1346573 / RS; Quinta Turma Rel. Min. Ribeiro Dantas; j. 13.12.2018).

Por fim, anote-se que o **regime fechado** foi adequadamente fixado pelo Magistrado sentenciante, pois, como dito, Guilherme é reincidente específico e **Alexandre**, cumprindo pena por crime de tráfico ilícito de drogas, voltou a reiterar a mesma prática criminosa, demonstrando personalidade voltada para a prática de crimes, bem como conduta social deturpada.

Há de se ressaltar, ainda, a gravidade concreta da conduta dos apelantes, tendo em vista, ainda, a quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos, que revelam elevada danosidade social, a reclamar regime mais gravoso.

Saliente-se que o tráfico de entorpecentes é equiparado aos crimes hediondos, o que demonstra a necessidade de atuação mais ostensiva do Estado na fixação do regime inicial para cumprimento da reprimenda. Não se podendo olvidar que o crime praticado envolveu quantidade considerável de droga de alto poder

viciante, não havendo que se falar em ofensa às súmulas nº 440 do STJ, e nº 718 e 719 do C. STF.

Esse é o entendimento desta Colenda Câmara:

APELAÇÃO — TRÁFICO DE DROGAS - Materialidade e autoria delitiva nitidamente demonstradas nos autos e que não foram objeto do recurso — Recurso Ministerial voltado para a dosimetria e contra o regime inicial e substituição das penas — Pena base - Quantidade e natureza da droga que preponderam, nos termos do art. 42 da Lei 11343/06 — Aumento — Necessidade -Reconhecimento da reincidência e consequente afastamento do privilégio - Regime fechado é de rigor — Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, porque não recomendável socialmente, devendo ser afastada - Recurso ministerial provido. (TJ-SP - APR: 15006707820218260599 SP 1500670-78.2021.8.26.0599, Relator: Edison Brandão, Data de Julgamento: 27/01/2022, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 27/01/2022)

Do mesmo modo, na medida em que a pena reclusiva ultrapassa os respectivos limites legiferados, incabíveis na

espécie a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP: “superior a 4 anos”) e também o *sursis* penal (art. 77, caput, do CP: “superior a 2 anos”).

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

Ante todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos apelos defensivos, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida pelo seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora