



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000409904

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1517043-80.2023.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante ROBERT GABRIEL SILVA DE PAULO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **afastadas as preliminares, negaram provimento ao recurso, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios fundamentos. 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 TOLOZA NETO.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9792

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1517043-80.2023.8.26.0320

Apelante: Robert Gabriel Silva de Paulo

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Limeira

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Preliminares afastadas. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Penas escoarritas. Pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes ostentados pelo réu. Réu reincidente. Inaplicável o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Regime fechado mantido. Recurso não provido

Trata-se de recurso de apelação interposto por Robert Gabriel Silva de Paulo contra a r. sentença (fls. 140/144) que julgou procedente a ação penal para condená-lo como incurso no art. 33, “caput”, da Lei n.º 11.343/06, a cumprir, em regime inicial fechado, a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, bem como ao pagamento de 680 dias-multa, no patamar mínimo.

Em suas razões recursais (fls. 173/186), o apelante arguiu, preliminarmente, a nulidade das provas encartadas aos autos posto que obtidas por meio de atuação ilegal da guarda municipal com infringência ao artigo 240, §2º e seguintes do Código de Processo Penal. Quanto ao mérito, pugnou por sua absolvição por ausência de elementos sólidos de materialidade e autoria para lastrear a condenação criminal. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 198/203), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 214/232).

É o relatório.

Infere-se dos autos que o apelante ROBERT GABRIEL SILVA DE PAULO foi processado como incurso no art. 33, “caput”, da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 13 de dezembro de 2023, por volta das 10h50min, na Avenida Doutor Sebastião C. Calazans, nº1, Jardim Santa Eulália, cidade e Comarca de Limeira, trazia consigo, para fins de tráfico, 65 eppendorfs com cocaína, pesando no total aproximadamente 32,3 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão a fls. 19 e laudo de constatação a fls. 25/27 (numeração dos autos antes do oferecimento da denúncia).

Segundo se apurou “(...) na data dos fatos, Guardas Municipais estavam em patrulhamento pela região do bairro, quando avistaram o denunciado com grande e suspeito volume no interior de sua bermuda. Como estava em um local conhecido como ponto de venda de drogas e o denunciado já era conhecido por outras abordagens, resolveram verificar.

Ao realizar a revista, constatou-se que havia um saco plástico contendo 65 (sessenta e cinco) eppendorfs com cocaína.

Indagado, afirmou aos guardas que estava ali para comercializar as drogas que trazia consigo. O denunciado foi preso em flagrante. (...)”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem. Inicialmente, mister analisar as preliminares arguidas pela d. Defesa, que não merecem acolhimento.

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 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.)

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).

Da mesma forma, cumpre notar que, no presente caso, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas em decorrência da violação do artigo 240, §2º e seguintes do Código de Processo Penal.

No momento dos fatos, os guardas municipais avistaram o réu em ponto conhecido pela prática do tráfico de drogas com um volume anormal sob as roupas do corpo.

Com efeito, a abordagem e a revista pessoal realizadas pelos agentes de segurança decorreram de fundada suspeita da traficância exercida pelo réu, ressalta-se que a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência deram conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas, inexistindo nos autos qualquer prova de desmotivação, excesso ou ilegalidade.

A esse respeito, destaca-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).

Rejeitadas as preliminares arguidas, passa-se a análise do mérito.

Isto posto, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 04), termos de depoimento (fls. 05/08), auto de exibição e apreensão (fls. 22), boletim de ocorrência (fls. 19/21) e do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 28/30 e 85/87) que atestaram que as substâncias apreendidas eram proibidas.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações dos guardas municipais, responsáveis pela prisão em flagrante delito do apelante, Helvecio Julião de Oliveira e Alexandre de Sordi.

Os guardas municipais, na fase inquisitorial (fls. 05/06), narraram em uníssono que “(...) *em patrulhamento preventivo pelo local dos fatos, avistou o indiciado com grande e suspeito volume no interior da bermuda, sendo que por se tratar de ponto conhecido de venda de drogas e pessoa já conhecida de várias outras abordagens em pontos de venda de drogas, resolveram abordá-lo. Os GCMs suspeitaram que o indiciado tinha ali uma arma escondida, mas ao revistar o indiciado, constataram que o que ele levava escondido era um saco plástico transparente dentro do qual havia 65 (sessenta e cinco) eppendorfs com cocaína. O indiciado foi indagado sobre a droga a firmou que estava ali para vendê-la. Diante dos fatos o indiciado recebeu voz de prisão em flagrante. (...)*”. Em Juízo (fls. 139 – mídia audiovisual), foi ouvido somente o guarda Helvécio que ratificou o quanto declarado na fase administrativa.

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 do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*.
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO

CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016).

Os guardas descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição dos guardas no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes da autoridade 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 apelante, na fase inquisitorial (fls. 08), escolheu o silêncio como forma de defesa. Em juízo (fls. 139 – mídia audiovisual), indicando sua capacidade moral para delinquir, experiente em figurar no polo passivo de

relação jurídica-processual criminal, negou a autoria delitiva. Disse que as drogas apreendidas foram forjadas pelos guardas municipais por ter se negado a lhes dar dinheiro.

Inferre-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas da autoria do delito imputado ao réu.

Ensina Guilherme de Souza Nucci: *“Álibi é a alegação feita pelo réu, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de onde ocorreu o delito, razão pela qual não poderia tê-lo cometido. É, como regra, ônus seu provar o álibi, embora tal mecanismo não possa levar à isenção da acusação de demonstrar o que lhe compete (...).”* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 346).

O réu, que se aventurou alegar inocente, não empreendeu esforços para demonstrar o alegado álibi, como lhe competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal. Nesse sentido: *“TJSC: “Quem afirma o álibi deve comprová-lo sob pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria” (JCAT 59/288-9). TACRSP: “Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante”. (RT 747/692)”, in Código de Processo Penal Interpretado. Júlio Fabbrini Mirabete. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se inverte. Neste sentido: “Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão (4º Grupo de Câmaras do TACRIM-SP, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do TACRIM-SP, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v. u. - Rel. Juiz Sérgio Pitombo)” (Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, “Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação” (JTACRESP*

51/342). Nesse sentido: *“PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.”* (JUTACRIM 54/243, Rel. VALENTIM SILVA). No mesmo sentido, já se decidiu que *“de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.”* (STJ, Col. 5ª Turma, Habeas Corpus nº 44.376/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 17.11.2005); *“O álibi incomprovado depõe contra o réu que o ofereceu, pois a ele incumbiria fazer prova de total alheamento com a imputação que lhe é lançada, principalmente quando, na fase do inquérito, confessara a prática do delito ”* (Revisão n.º 353.184/3 —Col. 6º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal —Relator Juiz RENATO NALINI —j. 15-5-2000).

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao réu, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas (65 *eppendorfs* com cocaína, pesando no total aproximadamente 32,3 gramas), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo drogas e transportava 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 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 das drogas apreendidas, como dito, mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos 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 apelante às formas puníveis do art. 33, “caput”, da Lei de Drogas 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 aplicados na resp. sentença.

Na primeira fase, atento aos ditames do artigo 59, “caput”, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, o MM. Juízo “a quo”, sopesando negativamente os maus antecedentes ostentados pelo réu (fls. 135/136) fixou a pena-base, acrescida de 1/6, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Nesse ponto, incensurável o reconhecimento dos maus antecedentes ostentados pelo apelante, uma vez que a condenação definitiva por fato anterior, transitada em julgado posteriormente ao delito em questão, é apta a recrudescer a pena-base. Nesse sentido: “*Segundo a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, "a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes"* (AgRg no REsp 1.840.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2019)”.

Na segunda fase, ausente circunstâncias atenuantes e por ser o réu reincidente específico (fls. 135/136), a reprimenda foi acrescida de 1/6, perfazendo 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torna-se a pena definitiva tal como fixada na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou 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 é reincidente e ostenta maus antecedentes que aliada a nocividade das drogas apreendidas, revelam que o réu dedicava-se à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*.

Nesse sentido já entendeu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.”

(Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018).

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).

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na resp. sentença.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para

cumprimento da pena pelo crime de tráfico de drogas, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se a reincidência e os maus antecedentes ostentados pelo réu aliados a nocividade das drogas apreendidas o que também obstam 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 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.)

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*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.)

Diante de tais considerações, afastadas as preliminares, **nega-se provimento** ao recurso, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator