



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000417316

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500456-76.2024.8.26.0601, da Comarca de Socorro, em que é apelante ABNER NIKSON SIQUEIRA PINTO, 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: **afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos 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, 30 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO N.º 9800

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1500456-76.2024.8.26.0601

Apelante: Abner Nikson Siqueira Pinto

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Socorro

Apelação Criminal. Tráfico (artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06). Preliminar. Nulidade das provas obtidas mediante atuação da guarda municipal. Prisão em flagrante. Ofensa a preceito Constitucional não verificado. Preliminar afastada. Sentença condenatória. Pretensão à absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos dos agentes de segurança. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu reincidente. Bis in idem. Inocorrência. Inaplicável o redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Regime fechado mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Abner Nikson Siqueira Pinto contra a r. sentença (fls. 203/206) em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa da liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 221/225), o apelante arguiu, preliminarmente, a nulidade das provas encartadas aos autos, posto que obtida por meio de atuação ilegal da guarda municipal. No mérito, pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, o afastamento da circunstância agravante da reincidência sob a alegação de *bis in idem* e a fixação de regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 244/247), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **não provimento** do apelo (fls. 256/267).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **ABNER NIKSON SIQUEIRA PINTO** foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque segundo consta na denúncia, no dia 24 de julho de 2024, na Rua Coronel Euclides Figueiredo, próximo ao n.º 165, Bairro Vila Nova, na Cidade e Comarca de Socorro, trazia consigo para o fornecimento ao consumo de terceiros um tablete de maconha, pesando aproximadamente 506,7g, droga essa causadora de dependência física e psíquica, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 14/15, e auto de constatação preliminar de substância entorpecente fls. 18/19.

Segundo restou apurado, “(...) o denunciado praticava o tráfico de drogas nesta cidade de Socorro, sendo que trazia consigo o entorpecente que seria utilizado para entrega ao consumo de terceiros.

Ao que se apurou, na data dos fatos, a Guarda Civil Municipal pelo local dos fatos, quando avistou a motocicleta XRE, placa FUB4G26, de cor vermelha, que se encontrava parada, com duas pessoas sentadas nela, sendo um indivíduo do sexo masculino que estava na condução e um do sexo feminino na garupa.

Ao avistar a motocicleta da Guarda Civil Municipal, o denunciado Abner jogou a motocicleta no chão e passou a correr a pé, enquanto a mulher, cujo nome é Hillary Raqueli Camargo Neves, permaneceu no local. O guarda civil municipal Danilo da Silva Pinto passou a acompanhar o DENUNCIADO, e, durante o trajeto, o denunciado arremessou uma pochete preta dentro do quintal de uma residência .

Quando o guarda civil municipal Danilo da Silva Pinto alcançou o denunciado, deu ordem para que ele parasse, a qual ele acatou. Foi feita uma varredura no local em que o denunciado havia jogado a pochete e encontrou-se um tablete de maconha, mais algumas porções já cortadas, e R\$ 10,00 (dez reais) em espécie.

À vista da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, a quantidade localizada em poder do denunciado, bem como as demais circunstâncias do fato, é certo que o denunciado exercia o tráfico ilícito de entorpecente. (...)”.

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.

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar arguida pela D. Defesa.

No presente caso não se verifica qualquer infringência ao disposto nos artigos 144, da Constituição Federal e 301 do Código de Processo Penal, devendo ser afastada a alegação de inconstitucionalidade da atuação da Guarda Civil Municipal e de ilegalidade das provas obtidas através da atuação dos agentes de segurança.

Não obstante a função constitucional das guardas municipais ser restrita à proteção dos bens, serviços e instalações dos entes municipais, não se avista irregularidade alguma na ação que culminou na prisão em flagrante do réu, pois 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.*”

Na hipótese dos autos, o réu não foi abordado aleatoriamente pelos guardas municipais. A abordagem se deu, inicialmente porque no momento em que realizavam o moto patrulhamento de rotina pelo bairro, o réu estava montado sobre uma moto de cor vermelha estacionada na rua, em conhecido ponto de venda de droga, e tão logo avistou as viaturas conduzidas pelos guardas municipais, jogou a motocicleta ao solo, evadindo-se a pé, dispensando pelo caminho uma pochete no quintal de uma residência, sendo alcançado por um dos guardas civis, que após a varredura no local, encontrou o objeto dispensado, em cujo interior foi localizado um tablete de maconha, dinheiro e porções já fracionadas da mesma substância entorpecente.

Em situação análoga à analisada nestes autos, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, decidiu: “*(...) Conforme jurisprudência consolidada desta Corte Superior, os integrantes da guarda municipal têm função delimitada, não*

tendo atribuição de policiamento ostensivo, podendo, todavia, atuar em situação de flagrante delito, respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal. 3. Consoante o quadro fático narrado pela Corte local, em sede de habeas corpus, a situação de flagrância era evidente, pois os guardas municipais, que faziam patrulhamento de rotina na região, avistaram o ora paciente e um adolescente comercializando entorpecentes. Ao notar a aproximação dos agentes, o adolescente tentou empreender fuga, porém foi detido. Constatou-se, então, que na sacola plástica entregue pelo paciente havia 30 porções de cocaína, pesando aproximadamente 53 gramas, sendo que, entre outras funções, o menor realizava a venda direta aos usuários, ao passo que o paciente guardava a maior parte dos entorpecentes em sua residência e, quando necessário, buscava novas porções e entregava ao menor, abastecendo o ponto de venda. Portanto, verifica-se que o entendimento assentado pela Corte local, no julgamento do writ originário, encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da legalidade da prisão por guardas municipais em situação de estado flagrancial visível, não havendo falar, nessa oportunidade, em ilicitude das provas daí decorrentes.(...)” (AgRg no HC n. 809.245/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 14/6/2023.)

*Em reforço, 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** – g.n.).*

Desse modo, afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito do recurso interposto.

Pois bem. Em que pesem os argumentos expostos pela D. Defesa, o conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao réu.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), termos de depoimento (fls. 2/3 e 4), boletim de ocorrência (fls. 8/11), auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 18/19), fotografias (fls. 20/22), comprovante de depósito do valor apreendido (fls. 67 e 70), laudo pericial, ilustrado por uma fotografia (fls. 73/75), relatório final (fls. 76), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 96/98), que atestou a ilicitude da substância apreendida, bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Danilo da Silva Pinto e Jefferson Corrêa de Moraes, guardas civis municipais responsáveis pela prisão em flagrante do réu (fls. 2/4 e 183 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo pela douta Magistrada sentenciante (fls. 204), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Danilo, Guarda Municipal, disse que estavam em patrulhamento preventivo e quando cruzaram a esquina viram o réu e mais uma pessoa em uma motocicleta. Ao avistar a viatura ele jogou a moto no chão e saiu correndo. Ele tinha uma pochete com ele. Saiu atrás do réu e viu durante a fuga quando ele jogou algo dentro do quintal de uma residência. Ele foi abordado. Retornou ao local e encontrou a pochete com a maconha. O local onde ele estava com a moto é conhecido como ponto de venda de droga (fls. 183).

O Guarda Municipal Jefferson confirmou o que foi dito por seu colega. Estavam em patrulhamento pelo local e depararam com a moto parada em frente a uma casa. Era um homem e uma mulher. Quando ele viu a viatura, largou a moto e saiu correndo. Abordou

a mulher e Danilo foi atrás do réu. Depois a moça acabou fugindo. Seu parceiro conseguiu abordar o réu e localizar a pochete que estava com ele. Na pochete estava a maconha. A moça disse que não sabia de nada (fls. 183). (...)”.

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

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

Aliás, os depoimentos dos agentes de segurança constituem meio idôneo a corroborar o conjunto probatório e ainda embasar o decreto condenatório, conforme já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça: “*O depoimento*

dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo, podendo embasar a condenação do réu. Assim, por exemplo, as declarações dos policiais militares responsáveis pela efetivação da prisão em flagrante constituem meio válido de prova para condenação, sobretudo quando colhidas no âmbito do devido processo legal e sob o crivo do contraditório. A defesa pode demonstrar, no caso concreto, que as testemunhas não gozam de imparcialidade, sendo, contudo, ônus seu essa prova”. (STJ. 5ª Turma. HC 395.325/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/05/2017).

Logo, consoante entendimento sedimentado da jurisprudência pátria, o depoimento de agentes de segurança goza de validade e relevante importância probatória, sobretudo quando submetido ao contraditório e em consonância com outras provas existentes no processo, como na espécie.

Os guardas civis descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, 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 a intenção dos depoentes em incriminarem injustamente o réu, sendo certo que os esforços empreendidos pelos agentes não se mostram coerentes ou críveis para uma simples falsa incriminação.

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

Por sua vez, o réu, no inquérito policial (fls. 7), manifestou seu direito constitucional ao silêncio. Em **juízo** (fls. 183 – mídia audiovisual e 204), sem sucesso negou a prática delitiva, tendo assim afirmado: “(...) *trabalha de motoboy e a moça pediu para levá-la até aquele local. Cobrou 200 reais. Entrega lanche e pizza no Domingo. No local a mulher disse que ia usar o banheiro. Assustou quando viu a viatura da polícia. Veio de Bragança com a moça. Ela disse que vinha buscar a bolsa de uma amiga. Não estava com pochete pendurada. A moça que gritou que tinha droga e por isso saiu correndo. A moça era Hillary, da cidade de Toledo. A droga não era do depoente, nem para uso. Já teve outro processo por tráfico, mas*

não lembra se foi condenado. (...)”.

Sem credibilidade alguma, a palavra do acusado, que não encontrou eco na prova, revelando o profissionalismo de quem pactua com o crime. Nesse ponto, têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*“praesumptiones hominis”*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 155 e 239, todos do Código de Processo Penal e art. 375 do Código de Processo Civil.

Não se desincumbiu o apelante do ônus que lhe é imposto no art. 156, do Código de Processo Penal. 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). Preleciona **Júlio Fabbrini Mirabete**: *“... ônus da prova (onus probandi) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes”* (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed. São Paulo: Atlas. p. 474/475).

É ônus da defesa provar o que alega, pois *allegare sine probare et non allegare paria sunt* — alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 179). Com todo o vigor tem cabida, como referido, o brocardo *allegare sine probare et non allegare paria sunt* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar). Nesse sentido leciona também **HÉLIO TORNAGHI**: *“O sentido do artigo 156 (do CPP) deve ser esse: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos deve ser provados pelo réu”* (HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1959, IV/232).

Cabe notar que o agente foi flagrado em lugar que se constitui em ponto de venda de drogas como frisou o guarda municipal, que ganhou publicidade, em razão da reiterada prática da narcotraficância, trazendo consigo 1 tablete de “maconha” e porções fracionadas da mesma substância entorpecente, com peso

líquido de 491,4g, bem como dinheiro, revelando o propósito de venda dos entorpecentes.

Pois bem, após a análise de toda a prova colhida em contraditório judicial, vê-se que razão não assiste à Defesa quanto ao pleito absolutório, pois, de fato, as provas são satisfatórias e permitem a segura conclusão da imputação ao réu do crime de tráfico de drogas.

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, bem como pela droga e dinheiro apreendidos (1 tijolo e pedaços grandes já fracionados, contendo Tetrahydrocannabinol (THC), substância popularmente conhecida como “maconha”, com peso líquido de 491,4g; R\$ 10,00 – fls. 14/15, 18/19, 67, 70 e 96/98), 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 substâncias ilícitas, 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).

Outrossim, oportuno registrar que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câmara Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010 g.n.). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito.*

*Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes” (TJRS, Ap. 697.020.717, Câ., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633 – g.n). Nesse sentido: “**Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime**” (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA – g.n.).*

No caso em julgamento, em que pese a presença de elementos suficientes nos autos a indicar que o apelante trazia consigo drogas, inviável a desclassificação de seu comportamento para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, notadamente, porque o réu afirmou que a droga não seria utilizada para seu uso, o que inviabiliza a referida desclassificação pretendida, por ausência de dolo, consistente na especial finalidade de consumir a droga.

Pela clareza do exposto, cumpre destacar trecho extraído do depoimento do réu em juízo (fls. 204):

“(...) A droga não era do depoente, nem para uso. (...)”.

Assim, examinando-se a natureza da droga apreendida – “maconha” – mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, a apreensão de dinheiro cuja origem lícita não restou suficientemente demonstrada, o local em que se deu a ação criminosa, conhecido ponto de venda de entorpecentes, mostrando que a repetição da mercantilização das drogas no lugar ganhou publicidade, a segura incriminação feita pelos agentes estatais e as inadmissíveis alegações do apelante, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 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 no supracitado dispositivo legal e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

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

Na primeira fase, nos termos do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, a MM.^a Juíza *a quo* estabeleceu a pena-base no mínimo legal, fixando-a em 05 (cinco) ano de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, a circunstância atenuante da menoridade relativa foi integralmente compensada com agravante da reincidência (Processo n.º 1503071-27.2023.8.26.0099 – trânsito em julgado para a defesa em 04/03/2024), mantendo-se a reprimenda como fixada na primeira fase.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição de pena, tornaram-se as penas definitivas tal como fixadas 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 ostenta reincidência específica (fls. 115) e foi pilhado em situação flagrancial, em conhecido ponto de tráfico de drogas, com expressiva quantidade de “maconha” (1 tijolo e pedaços grandes já fracionados, com peso líquido de 491,4g), com potencial para atingir inúmeros usuários, bem como dinheiro de origem não justificada (R\$ 10 – fls. 70), o que revela que se dedicava às atividades criminosas e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, seu modus vivendi*.

Assim, no caso em apreço, diferentemente do quanto alegado pela ilustre Defesa, não há falar em *bis in idem* quando da utilização da agravante da

reincidência na segunda etapa dosimétrica e o afastamento da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, já que a simples reincidência por si só, já é elemento suficiente para impedir a incidência do redutor.

Nessa linha de raciocínio, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA N. 691 DO STF. SUPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ARTS. 312 E 387, 1º, DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o explicitado na Constituição Federal (art. 105, I, "c"), não compete a este Superior Tribunal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão denegatória de liminar, por desembargador, antes de prévio pronunciamento do órgão colegiado de segundo grau. Em verdade, o remédio heroico, em que pesem sua altivez e sua grandeza como garantia constitucional de proteção da liberdade humana, não deve servir de instrumento para que se afastem as regras de competência e se submetam à apreciação das mais altas Cortes do país decisões de primeiro grau às quais se atribui suposta ilegalidade, salvo se evidenciada, sem necessidade de exame mais vertical, a apontada violação ao direito de liberdade do paciente.

Somente em tal hipótese a jurisprudência, tanto do STJ quanto do STF, admite o excepcional afastamento do rigor da Súmula n. 691 do STF (aplicável ao STJ).

2. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza

abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

3. O Juiz de primeira instância apontou, de forma idônea, a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para decretar a prisão preventiva, ao salientar a reincidência específica do paciente.

4. Em razão das indicadas circunstâncias do fato, as medidas cautelares alternativas à prisão não se mostram adequadas e suficientes para evitar a prática de novas infrações penais.

5. No que tange à alegação de *bis in idem*, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que 'não há se falar em *bis in idem*, sob o argumento de que a reincidência fora utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria e impedira a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006'.

6. Assim, não se identifica ilegalidade manifesta no ato, fazendo a ressalva de que não preclui o exame mais acurado da matéria, em eventual impetração que venha a ser aforada já a partir da decisão colegiada do tribunal competente.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 788.613/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023 – g.n.).

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na r. sentença, e não caracterizado o *bis in idem*.

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, inciso III, todos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se o *quantum* da reprimenda, a natureza de crime equiparado a hediondo e a reincidência ostentada pelo réu, a obstar, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 44 do Código Penal.

A respeito, destacam-se precedentes desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. **Tráfico de drogas.** Sentença condenatória. Recurso defensivo. Insurgência do acusado, restrita à reprimenda aplicada. Não acolhimento. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. A natureza e quantidade das substâncias devem ser consideradas na primeira fase de dosimetria da pena. Crack e K9 que têm efeito avassalador à saúde e à sociedade. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Afastamento da causa de diminuição. Primariedade do acusado não implica na concessão automática do benefício. Circunstâncias que demonstram que o réu se dedicava a atividades criminosas, não tendo direito ao redutor. Não é o caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a quantidade de pena aplicada. **Regime fechado adequado. Crime equiparado a hediondo.** Pena bem dosada. Benefício da justiça gratuita que deve ser avaliado pelo Juízo das Execuções Penais. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1502453-83.2023.8.26.0616; **Relatora: Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/11/2024; Data de Registro: 04/11/2024 – g.n.).

“APELAÇÃO. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES.** (1) DESCABIMENTO DO RECURSO ADESIVO EM MATÉRIA CRIMINAL. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (3) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS.

VALIDADE. (4) INDÍCIOS. (5) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (6) CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. (7) CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO NÃO CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. (8) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (9) DOSIMETRIA DA PENA. A NATUREZA DA DROGA PERMITE A FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. (10) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. (11) REGIME PRISIONAL FECHADO. (12) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (13) RECURSO ADESIVO DA DEFESA NÃO CONHECIDO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

“(...) 11. **Regime prisional.** Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código. Nesse sentido, **mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes, ou mesmo a depender da natureza e quantidade de drogas apreendidas.** Precedentes do STF (HC 223.498 AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 07/03/2023; HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022; RHC 208.937 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 03/02/2022; HC 182.352 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 21/12/2020 – DJe de 10/02/2021). 12. Impossibilidade de substituição da pena privativa

de liberdade, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, pela quantidade da pena imposta. Ainda que assim não fosse, o réu dedica-se às atividades criminosas e o benefício não seria suficiente à prevenção e repressão do crime, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. 13. Recurso adesivo da defesa não conhecido e parcial provimento do recurso Ministerial, para os fins de exasperar a pena-base do réu e fixar o regime prisional fechado.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500403-86.2023.8.26.0583;

Relator: Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/11/2024; Data de Registro: 29/11/2024 – g.n.).

Deve suportar o réu, que não tem os mecanismos repressão e prevenção do Estado como aptos a demovê-lo do ímpeto criminoso, devendo cumprir todas as etapas para ressocialização.

Diante de tais considerações, afastada a preliminar, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator