



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000428276

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500801-23.2023.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUCAS OLIVEIRA QUEIROZ DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E GRASSI NETO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

ANA LUCIA FERNANDES QUEIROGA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 2062

Apelação nº 1500801-23.2023.8.26.0457

Comarca: Pirassununga – 3ª Vara Judicial

Juiz de 1ª Instância: Dr. Jorge Corte Júnior

Apelante(s): Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado(s): Lucas Oliveira Queiroz da Silva

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

I. Caso em Exame

Lucas Oliveira Queiroz da Silva foi absolvido da acusação de tráfico de entorpecentes, apesar de ter sido encontrado com cocaína, crack e maconha, em porções prontas para comercialização. O Ministério Público recorreu, buscando a condenação nos termos da denúncia.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a suficiência das provas para a condenação por tráfico de entorpecentes e (ii) a credibilidade dos depoimentos dos guardas municipais.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade do crime foi comprovada por auto de exibição e apreensão, laudo químico-toxicológico e depoimentos dos guardas municipais.

4. Os depoimentos dos guardas municipais são considerados válidos e relevantes, não havendo motivo comprovado para suspeição.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso ministerial provido. Condenação por tráfico de entorpecentes.

Tese de julgamento:

A palavra dos policiais é relevante em crimes de tráfico de entorpecentes, especialmente quando corroborada por outros elementos probatórios.

A reincidência impede o reconhecimento do tráfico privilegiado e justifica o regime inicial fechado.

Legislação Citada:

Código Penal, arts. 33, § 3º; art. 44, inciso I; art. 59; art. 67.

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput; art. 42; art. 33, §4º.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Apelação Criminal 1510528-19.2020.8.26.0228, Rel. Machado de Andrade, j. 10/06/2024.

STJ, HC nº 113167/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.04.2009.

STJ, HC n. 393.862/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/9/2017.

Vistos,

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. sentença de fls. 242/245, que julgou improcedente a ação penal e absolveu **Lucas Oliveira Queiroz da Silva** da imputação pelo crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões de seu recurso, pleiteou o Ministério Público a condenação do apelado, nos termos da denúncia (fls. 205/212).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas as contrarrazões (fls. 287/298).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 313/317).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Consta dos autos que, no dia 01 de março de 2023, por volta das 18h50min, na Rua Mario Cantinho, 1272, Vila São Pedro,

na cidade e comarca de Pirassununga/SP, LUCAS OLIVEIRA QUEIROZ DA SILVA, conhecido como “Criança” (*nascimento em 23/01/2004 – fls. 9 – menor de 21 anos à época dos fatos*), guardava e trazia consigo, para consumo de terceiros, 15,22g (quinze gramas e vinte e dois decigramas) de cocaína, acondicionadas em 14 eppendorfs, 1,64g (um grama e sessenta e quatro decigramas) de cocaína, na forma de crack, acondicionadas em 5 pedras e 13,31g (treze gramas e trinta e um decigramas) de *Cannabis sativa L.*, substância conhecida como maconha, acondicionadas em uma porção, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls.10/11, fotos de fls.13/17 e laudo químico-toxicológico de fls.23/30.

Segundo apurado, o acusado realizava o comércio espúrio de drogas na comarca de Pirassununga, tendo a sua disposição certa quantia de maconha, cocaína e crack.

Assim é que, no dia 01 de março de 2023, guardas municipais civis foram parados por pessoa que não quis se identificar, que lhes informou que o réu havia acabado de sair de um terreno baldio com algo em suas mãos, provavelmente drogas.

Na sequência, os guardas se dirigiram até local informado e se depararam com Lucas, o qual, ao notar a viatura, adotou atitude suspeita, passando a caminhar mais rapidamente. Ao ser abordado, foi localizada, no bolso da bermuda que ele vestia, a quantia de R\$127,00 (cento e vinte e sete reais) em dinheiro (havendo suspeita de falsidade da nota de R\$ 100,00), bem como uma sacolinha plástica

contendo 5 (cinco) pedras de crack, 14 (quatorze) *ependorfs* de cocaína e 1 (uma) porção de maconha, momento em que ele tentou se evadir, mas foi impedido pelos guardas. Entretanto, na tentativa de contenção ao abordado, o GCM CARLOS e o réu vieram a cair no solo, momento em que este conseguiu empreender fuga, sendo que, devido à grande aglomeração de pessoas, não foi mais encontrado naquela ocasião.

Ofertada representação policial pela decretação da prisão preventiva do réu, foi ela deferida pelo Juízo de origem, sendo Lucas encontrado no “Bar do Carlinhos”, situado à Avenida Acácio Honda, nº 2846 – Vila São Pedro, na cidade de Pirassununga, onde foi cientificado sobre o mandado de prisão que pesava em seu desfavor, bem como sobre as buscas domiciliares deferidas. Nas buscas em sua casa, nada de ilícito ou substância entorpecente foi encontrada.

Em solo policial, o réu negou a traficância, conforme interrogatório de fls.104.

Constou na exordial acusatória que, pela diversidade e quantidade de drogas apreendidas, além das circunstâncias da abordagem, que os entorpecentes encontrados em poder do réu destinavam-se ao consumo de terceiras pessoas.

Ante tal quadro fático, o réu foi denunciado, processado e, ao final, absolvido pela r. sentença de fls. 242/245, razão pela qual o Ministério Público busca a reversão do julgado, com o fim de que o acusado seja condenado nos termos da denúncia.

Tem razão o *Parquet* em seu inconformismo.

Não resta qualquer dúvida acerca da materialidade

delitiva, em face do auto de exibição e apreensão (fls. 10/11), fotografias (fls. 13/17) e no laudo de exame químico-toxicológico (fls. 23/30), bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

O Juízo *a quo* considerou não existir nos autos prova suficiente a justificar a responsabilidade penal do réu.

Respeitado o entendimento do d. Magistrado sentenciante, tem-se que a autoria restou devidamente demonstrada.

Na fase policial e em Juízo, o réu negou a prática do tráfico.

Sob o crivo do contraditório, disse que não estava com porções de drogas em seu bolso e estava apenas com R\$ 27,00, nada sabendo sobre nota falsa. Tinha recebido R\$ 50,00 de seu genitor e gastou parte do dinheiro. Disse sofrer perseguição por parte dos guardas municipais, que sempre o abordavam. Negou ter reagido à abordagem e que estava sendo sufocado, por isso fugiu quando conseguiu, porque ficou com medo de que poderia acontecer algo consigo. Negou que estivesse com sacola com droga (vídeo E-Saj de fls. 224).

Todavia, a negativa do réu restou isola nos autos.

O guarda municipal Fabio Carlos da Silva Lepkoski relatou que estavam no bairro Vila São Pedro, quando um morador informou que um indivíduo de vulgo “Criança”, que é o réu Lucas, já conhecido nos meios policiais por esse apelido pela prática do tráfico, havia saído de um terreno ali próximo, conhecido como local em que jovens guardavam entorpecentes. Estavam próximo e avistaram o réu Lucas na rua e ele, ao perceber a presença da viatura, passou a andar

mais rápido em direção a uma casa também conhecida como local onde ocorre comércio de drogas. Ele foi visto com uma sacola na mão e realizaram a abordagem. Em busca pessoal, o depoente localizou a quantia de R\$ 127,00 com o réu. Quando o depoente percebeu a existência de entorpecentes na sacola, o acusado reagiu à prisão e foi necessário imobilizá-lo no chão. Populares começaram a ofender a guarnição e a aglomerar. O acusado começou a gritar por Igor, também conhecido pela prática do tráfico, porque o local era próximo da residência dele. Para diminuir o risco à equipe, desistiram de imobilizá-lo e o acusado acabou escapando. Recolheram a sacola e nela havia cinco pedras de crack, catorze porções de cocaína e uma porção de maconha. Levaram os objetos para Delegacia para o registro da ocorrência e o escrivão percebeu que uma nota de cem reais apreendida aparentava ser falsa. Acrescentou já ter realizado abordagem anterior do acusado em situação de tráfico e ele era visto em local que ocorre o comércio de drogas, mas sem ser de forma frequente. Populares filmaram o ocorrido. O réu tentou correr e por isso o segurou. Caíram no chão e o imobilizou até que chegasse outra viatura, que demorou a chegar. Aglomeraram muitas pessoas e ficaram em risco, motivo pelo qual, desistiu da imobilização e o réu fugiu. O depoente não estava presente quando o réu foi efetivamente preso (vídeo E-Saj de fls. 224).

No mesmo sentido seguiu-se o depoimento do guarda municipal Flávio Cesar da Silva, declarando que realizavam patrulhamento pelo bairro Vila São Pedro, quando populares informaram que o réu Lucas havia entrado em um terreno. Foram verificar e ele passou a andar mais rápido, mas conseguiram abordá-lo. Em revista, o GCM Carlos localizou dinheiro com o réu e uma sacola

plástica. Lucas tentou se evadir e o GCM Carlos tentou segurá-lo. Como a população começou a aglomerar, Lucas conseguiu fugir. Localizaram entorpecentes na sacola. Havia pedras de crack, cocaína e maconha, não se recordando a quantidade. Esclareceu que no momento em que avistaram o réu, ele já estava na rua, a cerca de cinco metros do terreno e era por volta de 18h30, sem qualquer obstáculo para visualização. Acrescentou que o GCM Carlos é quem fez a revista e como o depoente fez a segurança, não sabe onde seu colega localizou a sacola com drogas. O acusado quis fugir, Carlos tentou impedir, ambos caíram ao solo, mas Lucas conseguiu se evadir e não conseguiram mais localizá-lo. Confirmou que o local dos fatos é conhecido ponto de tráfico e no bairro ocorre tráfico intenso. O réu começou a chamar pelo nome de um rapaz e por isso iniciou uma aglomeração de pessoas. Lucas já era conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico. Informou ainda que as drogas e a quantia em dinheiro foram apreendidas e apresentadas no distrito policial, onde o escrivão desconfiou que uma das notas fosse falsa, e ficou apreendida para averiguação. O depoente não viu a sacola com drogas no momento da abordagem, porque foi o GCM Carlos quem fez a revista (vídeo E-Saj de fls. 224).

O magistrado sentenciante optou em ouvir novamente a testemunha Fabio Carlos da Silva Lepkoski que veio a esclarecer que, no momento em que avistaram o réu, ele estava bem próximo ao terreno informado pelo popular, já na rua, a cerca de dez a quinze metros. Quando o réu começou a andar mais rápido, o depoente viu que ele estava com uma sacola na mão. Quando conseguiu abordá-lo, a sacola devia estar solta no corpo dele, como se ele somente tivesse a ocultado embaixo da camiseta e, quando retirou o dinheiro e verificou

que a sacola tinha caído, Lucas tentou se desvencilhar. O GCM César fez a segurança para que ninguém chegasse próximo à equipe. Apenas quando o réu conseguiu fugir é que o depoente conseguiu olhar dentro da sacola. Mas desde o primeiro momento, o depoente, tateando a sacola, já percebeu que poderia ser entorpecente. O depoente empregou técnica de luta que aprendeu, conhecida como “cadeirinha” para segurar o réu quando ele tentou fugir, que é puxar o oponente para cima e o prender com os calcanhares pelas pernas, variando os braços por debaixo das axilas dele e com a mão na nuca. Quando ele estava se debatendo, chegou a pegar no pescoço dele com força moderada para impedir que ele pegasse sua arma, sem ser suficiente para asfixiá-lo. Acredita que o acusado gritou para tentar fugir e não para reclamar que estava sem ar. Esclareceu que a sacola com droga estava próxima à viatura quando estava imobilizando o réu, próximo ao seu parceiro, mas que depois se afastou um pouco para fazer a segurança. Acrescentou que realizaram a abordagem em uma calçada, próximo à viatura. Quando o réu tentou se desvencilhar, caminharam por cerca de quatro a cinco metros para outra calçada. Abordaram em uma calçada e entraram em luta corporal e caíram na calçada da frente, do outro lado da rua. Os objetos encontrados com o réu ficaram na calçada inicial (vídeo E-Saj de fls. 224).

Assim sendo, com todo respeito ao entendimento adotado pelo Magistrado sentenciante, a análise do conjunto probatório demonstrou, suficientemente, que era o caso de recair sobre o acusado um juízo de reprovação penal.

Deste modo, dúvida não há em relação à autoria do

crime, pois inexistente razão para recusar credibilidade aos relatos dos guardas municipais, até porque, em tema de comércio clandestino de entorpecentes, seus depoimentos merecem a normal credibilidade dos testemunhos em geral, salvo se resultar demonstrado escuso interesse em forjar falsa acusação, hipótese incorrente.

Não se olvide que em sede de crime contra a saúde pública a palavra dos policiais é extremamente relevante, tendo em vista a dificuldade de encontrar, nos tempos atuais, testemunhas civis dispostas a depor contra traficantes, ante o notório e justificado temor que estes impõem àqueles que, de alguma forma, possam causar-lhes embaraço.

A jurisprudência tem pacificado o entendimento de que a palavra de policiais e outros agentes do serviço público não pode ser infirmada sem motivo comprovado. O simples fato de exercerem a função de segurança não lhes retira a possibilidade de prestar depoimento em juízo, nem afasta automaticamente a credibilidade de suas narrativas, de sorte que não estão impedidos de depor, nem se pode lançar suspeição sobre suas declarações se para tanto não existirem razões plausíveis.

Confira-se precedente deste E. Tribunal de Justiça:

“Nem se alegue que os depoimentos de servidores públicos sejam suspeitos, para embasar um decreto condenatório, pois, isto somente ocorreria no caso de o acusado provar que os mesmos inventaram toda a história, com a intenção de prejudicá-lo. No caso destes autos este fato não ocorreu. Ademais, suas palavras foram colhidas sob o compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.” (TJSP;

Apelação Criminal 1510528-19.2020.8.26.0228; Relator (a): Machado de Andrade; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 27ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/06/2024; Data de Registro: 10/06/2024)

No mesmo sentido também já decidiu o Col. STJ:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 04 ANOS DE RECLUSÃO E MULTA, EM REGIME INICIAL FECHADO, POR PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, IV DA LEI 10.826/03). VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS, EM JUÍZO, POR POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. PRECEDENTES DESTES STJ. (...) 1. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório, tal como se dá na espécie em exame (...). (STJ - HC nº 113167/DF Quinta Turma Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 16.04.2009, DJe 25.05.2009).

No que foi que essencial, os guardas municipais foram coerentes e harmônicos em suas narrativas, demonstrando, cabalmente, o crime de tráfico cometido pelo réu, confirmando que ele já era conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o ilícito de drogas e um popular tinha indicado que ele estava em um terreno que sabiam que alguns agentes escondiam droga. Quando se dirigiram ao local, o CGM Carlos confirmou ter visto o réu com uma sacola na mão, na qual posteriormente localizaram o entorpecente apreendido.

No vídeo juntado aos autos pela defesa do acusado (link a fls. 225) apenas é possível visualizar o momento em que o GCM Carlos realizava a contenção do acusado, sendo que a abordagem de Lucas já havia ocorrido momentos antes e que não foi registrada nesta gravação, conforme esclarecido na audiência de instrução.

O GCM César esclareceu que não viu a sacola com drogas porque realizou a segurança de ambos, mas seu colega, o GCM Carlos foi categórico em afirmar que foi o responsável pela abordagem do réu e que com ele foi localizada a sacola, mas que tinha caído no momento em que realizava a busca pessoal e a partir deste momento é que o acusado tentou se desvencilhar, ambos entraram em luta corporal, culminando com a contenção realizada pelo GCM e que foi filmada por algum popular.

Portanto, não se vislumbra nenhuma dúvida que a sacola estava na posse do réu, conforme confirmado pelo GCM Carlos e restou justificado porque a sacola não apareceu na filmagem juntada pelo defensor, eis que nela consta apenas momento posterior à abordagem inicial.

De passagem, frise-se que, para caracterização do tráfico de entorpecentes não há necessidade de que se apresente, na polícia ou em Juízo, alguém que tenha adquirido a droga e tampouco que o acusado seja flagrado na prática de algum ato típico de efetiva alienação da droga, bastando que efetue uma das condutas previstas no tipo penal, conforme a jurisprudência:

“Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização” (RT 714/357).

Assim sendo, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, a forma como estavam acondicionadas, em porções

individuais, prontas para a comercialização, as circunstâncias da prisão, em local conhecido como ponto de tráfico, a apreensão de dinheiro, cuja origem lícita não foi comprovada, além de condenação anterior do réu pelo mesmo delito, constituem elementos probatórios que sustentam a conclusão, sem margem de erro, da prática do crime de tráfico, afastando a possibilidade de reconhecimento de mero porte. Sobre a viabilidade de estes elementos demonstrarem a destinação comercial dos entorpecentes, colaciona-se precedentes:

“Apelação. TRÁFICO DE DROGAS. Conjunto probatório firme e coeso para manter a responsabilização do réu, notadamente pelos relatos dos policiais e a existência de denúncias anônimas apontando o réu como sendo traficante de drogas. Quantidade e forma de acondicionamento que demonstram a destinação das drogas para a mercancia. Penas. Redução. Possibilidade - Regime prisional incensurável. PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.” (TJ-SP: Apelação Criminal nº 0004053-31.2010.8.26.0242, 10ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Rachid Vaz de Almeida, j. 16/02/2012, v.u.)

Cumpre observar que a regularidade da abordagem realizada pelos guardas municipais já foi objeto de análise por esta Colenda Câmara nos autos de *Habeas Corpus* nº 2255866-38.2024.8.26.0000, em que a ordem foi denegada, em julgamento virtual realizado em 17/09/2024, sob o seguinte fundamento:

“(...) De todo modo, ao contrário do alegado, não se vislumbra qualquer ilicitude na prisão em flagrante do paciente, efetuada pela guarda municipal, e consequente ilicitude da prova obtida.

Com efeito, extrai-se do art. 301 do Código de Processo Penal que qualquer do povo poderá prender quem quer se encontre nas hipóteses de flagrância do artigo 302, e que as autoridades policiais têm o dever de realizar o flagrante. Assim, embora a guarda municipal não se enquadre no conceito de “autoridade policial”, inequivocamente tem aptidão para realizar o flagrante facultativo.

Com o advento da Lei nº 13.022/2014, que dispôs sobre o

Estatuto Geral das Guardas Municipais, houve regulamentação e ampliação das funções desses agentes públicos, que estão autorizados a colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas, que contribuam com a paz social, o que inclui a abordagem e revista, em razão de fundada suspeita, como no presente caso, eliminando qualquer discussão acerca da restrita interpretação dada ao art. 144, § 8º, da Constituição Federal.

De mais a mais, a Lei nº 13.675/18 que disciplina a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública prevê que as guardas municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), que tem como finalidade a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 9º, §2º, inciso VII), de sorte que não há que se falar em qualquer ilegalidade na prisão pela atuação dos guardas municipais.

No mesmo sentido, a orientação do C. Supremo Tribunal Federal:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. As Guardas Municipais são previstas constitucionalmente no artigo 144, do Capítulo III, Título V (“Da segurança pública”), portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, em especial de bens, serviços e instalações do Município. 2. Diferentemente dos policiais integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar, que estão obrigados a realizar a prisão em flagrante, a guarda civil pode – como qualquer pessoa do povo - realizar o flagrante delito, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal. 3. Não há qualquer ilegalidade na ação dos guardas municipais, pois as fundadas razões para a prisão em flagrante foram devidamente justificadas no curso do processo. Precedentes. 4. Agravo Interno a que se nega provimento. (RE 1471280 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26-02-2024, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 05-03-2024 Public 06-03-2024).

Na hipótese, segundo consta dos autos de origem, os guardas municipais, realizaram a abordagem do paciente diante de fundada suspeita da prática de ato ilícito, posto que, após receberem informação de que um indivíduo que tinha saído de um terreno baldio com algo nas mãos, provavelmente drogas, se dirigiram ao local indicado, onde se depararam com o paciente, o qual, ao notar a presença da viatura, passou a caminhar rapidamente. Quando realizada abordagem, consta na exordial acusatória, que foi localizada no bolso da bermuda, quantia em dinheiro e, em uma sacolinha plástica, com as drogas indicadas na denúncia.

Perdurando a consumação do delito ao longo do tempo, o estado de flagrância persiste durante toda a posse do entorpecente. Logo, antes mesmo do encontro das drogas, o paciente, em tese, já se encontrava em estado flagrancial.

Diante da natureza permanente do crime tráfico de drogas e, consequentemente, da notória existência do estado de flagrância, que justifica a legitimidade para qualquer do povo atuar, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal, tem-se que legitima a ação dos agentes estatais e lícita a prova obtida.

Assim, nesta sede, confirma-se apenas a regularidade quanto à forma como a prova foi obtida, a despeito da reiteração da mesma tese em sede de contrarrazões de apelação. Todavia, a análise do conjunto probatório para verificação da conduta imputada ao paciente está reservada ao recurso de apelação.

Assim, apesar dos argumentos lançados na impetração, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado.

*Por todo o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM** de Habeas Corpus.”*

Em face de todo o expendido, tem-se que a condenação do apelado como incurso no crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é medida a se impor, passando-se à análise da dosimetria.

Na primeira fase da dosimetria da pena, atendendo às diretrizes contidas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42, da Lei de Drogas, fixo a pena base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de multa de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Na segunda fase, embora presente a atenuante de menoridade relativa (réu **menor de 21 anos** à época dos fatos – nascimento em 23/01/2004 – fls. 212), opera-se aumento em 1/6, por estar presente também a agravante de reincidência que no caso é **específica** (processo nº 1506541-93.2022.8.26.0457 – trânsito em julgado em 23/11/2022– fls. 216), motivo que justifica sua preponderância na forma do art. 67, do CP, já que demonstra que a

condenação não surtiu o efeito esperado e o acusado persistiu em sua dedicação ao comércio espúrio, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Na terceira etapa, inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado, pelo não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, por ser o réu reincidente.

Nem se alegue a ocorrência de “bis in idem” pelo reconhecimento da condenação definitiva como agravante de reincidência e para justificar o não reconhecimento do tráfico privilegiado, já que para este benefício o legislador exige que o agente seja primário, não sendo a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, o que permite que, na segunda fase da dosimetria, a reincidência agrave a pena, sendo este o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA SOPESADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA E COMO ÓBICE À APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. A reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal. 4. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. 5. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos elementos que obstat determinado benefício penal, não há falar em bis in idem.

Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido.”

(HC n. 393.862/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe de 2/10/2017.) (grifo nosso)

Não existem outras causas de aumento ou de diminuição de pena a aplicar. Assim, resta definitiva a pena de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal.**

A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, diante da reincidência do réu, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP. O tráfico de entorpecentes é delito gravíssimo, equiparado a hediondo, e a sociedade ordeira e trabalhadora já não suporta viver à mercê da ação de traficantes, sendo o regime fechado aquele que responde de modo mais adequado à repressão estatal, em face da elevada periculosidade daqueles que insistem em cometer tal delito, realizando o comércio espúrio, especialmente de cocaína e crack, que possui maior potencial vulnerante, dado o maior poder de dependência, colocando em risco a

saúde de incontável número de pessoas, como aqui se verifica, de modo concreto, não sendo recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Por conseguinte, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ante a previsão do art. 44, inciso I, do Código Penal, que impede a concessão da benesse quando aplicada pena superior a 04 (quatro) anos.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial, para condenar **Lucas Oliveira Queiroz da Silva** às penas de perfazendo **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.**

Transitada em julgado, expeça-se mandado de prisão e, no seu cumprimento, providencie-se formalização da execução da pena.

ANA LUCIA FERNANDES QUEIROGA

Relatora