



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000435275

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502615-27.2023.8.26.0536, da Comarca de Guarujá, em que é apelante/apelado LINCON MASCARENHAS DA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO e DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL** para, mantida a condenação de LINCON MASCARENHAS DA SILVA por tráfico de drogas, aplicar a agravante genérica da reincidência, fixadas as penas finais em 05 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado, e 583 dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença condenatória 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 FERNANDO SIMÃO (Presidente) E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

IVANA DAVID

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 35.265

Apelação Criminal nº 1502615-27.2023.8.26.0536 – Guarujá

Apelantes/Apelados: **MINISTÉRIO PÚBLICO e LINCON MASCARENHAS DA SILVA**

Corréu: JONATHAN ALEX DE JESUS

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DEFENSIVO VISANDO O RECONHECIMENTO DE ILICITUDE DA PROVA, AO ARGUMENTO DE QUE AUSENTES FUNDADAS SUSPEITAS A JUSTIFICAR A ABORDAGEM POLICIAL E, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, COM PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA E ABRANDAMENTO DA PENA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO, DESPROVIDO O DEFENSIVO.

1. Há três questões em discussão: (i) verificar se havia justificativa para a abordagem policial; (ii) se a prova da materialidade e autoria delitiva é suficiente para a condenação pelo crime apontado na inicial; e (iii) se as penas foram fixadas adequadamente.

2. Ilícitude da prova não caracterizada, se mostrando regular, na hipótese, a prisão em flagrante realizada. Réus notados em local conhecido como ponto de venda de drogas que, ao visualizarem a aproximação policial, empreenderam fuga. Justificada a abordagem. Direito da coletividade à segurança pública, ademais, que prevalece em relação a direitos individuais, não se apurando nenhum excesso na espécie. Precedentes.

3. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Palavras dos agentes da lei que merecem primazia na formação do convencimento. Descrição detalhada da conduta típica e ilícita. Inconsistente a negativa de autoria. Desclassificação para a conduta do artigo 28 da lei de drogas descabida. Tipo penal de ação múltipla, despicienda a observância do acusado em plena traditio. Condições do flagrante a denotar a finalidade mercantil do entorpecente apreendido. Condenação mantida.

4. Penas fixadas observados os artigos 59 do Código Penal e 42 da lei de drogas. Bases no mínimo. Reincidência configurada, aplicada a agravante respectiva nesta instância. Descabido o redutor. Regime fechado mantido. Descabida a detração, cuja benesse deve ser analisada pelo juízo da execução penal. Substituição e “sursis” descabidos.

5. Recurso ministerial provido, desprovido o defensivo.

Ao relatório da r. sentença de fls. 272/278, declarada às fls. 289/290 e proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. **Edmilson Rosa dos Santos**, ora fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar **LINCON MASCARENHAS DA SILVA** e **JONATHAN ALEX DE JESUS** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, recebendo Lincon as penas de **05 anos de reclusão**, no regime fechado, e **500 dias-multa**, no piso, e Jonathan as penas de **01 ano e 08 meses de reclusão**, no regime aberto, e **166 dias-multa**, no piso, concedida somente para o último a substituição por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, além de outros 166 dias-multa, no piso.

Foi concedido para ambos o direito de recorrer em liberdade.

Apelaram somente a acusação e Lincon.

O Ministério Público busca a aplicação da agravante genérica da reincidência em desfavor de Lincon (fls. 295/302).

Lincon alega, preliminarmente, nulidade processual porque ilícitas as provas por ausência de fundadas suspeitas para a abordagem policial. No mérito, busca a absolvição com fundamento no artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, quer: a) desclassificação para a conduta do artigo 28 da lei de drogas; e b) regime semiaberto. Fala, ainda, em manutenção do direito de recorrer em liberdade (fls. 337/353).

Bem processados os recursos, com oferta das contrarrazões de fls. 311/313 e 359/362, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo afastamento da preliminar, desprovimento do recurso defensivo e provimento do apelo ministerial (fls. 370/379), vindo conclusos a esta relatoria em 14 de fevereiro de 2025.

É o relatório.

Por primeiro, falece interesse recursal à Defesa ao

pugnar pela concessão do direito de recorrer em liberdade, uma vez que deferido tal direito pelo juízo de direito quando da prolação da r. sentença condenatória (fl. 278).

Cumpre, também, rejeitar a preliminar, uma vez que não se viu aqui alguma ilegalidade ou ilicitude da prova colhida.

É que, como se verá, policiais militares patrulhavam a região, ocasião em que notaram os acusados parados em local conhecido como ponto de venda de drogas, os quais, por sua vez, ao notarem a aproximação da viatura, empreenderam fuga, dispensando um deles uma sacola ao solo. Eles foram perseguidos e, alcançados, foi efetuada a abordagem.

Como se vê, os policiais militares em atuação regular depararam-se com os acusados, que imediatamente empreenderam fuga, a caracterizar evidentes e fundadas suspeitas a legitimar a atuação policial, respeitado, assim, o teor do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, decisão esclarecedora do c. Supremo Tribunal Federal, ao mencionar que *“é de considerar-se legítima a atuação dos policiais rodoviários que executaram a prisão em flagrante do acusado, especialmente porque os referidos agentes públicos agiram depois de perceberem que ele apresentava nervosismo incomum diante da abordagem de rotina realizada por agentes da Polícia Rodoviária Federal (PRF). II – Essa circunstância é elemento mínimo a caracterizar fundadas razões (justa causa) para os policiais fazerem uma revista mais minuciosa e aparelhada no caminhão, momento em que lograram encontrar quase 360kg de cocaína. De resto, a vistoria realizada pelos agentes decorre da própria função de patrulhamento e policiamento ostensivo atribuídos à PRF, não havendo falar-se, portanto, em conduta desprovida de previsão legal e em desacordo com a Constituição de 1988.”* (HC 231111 AgR/SP, Rel. Min. Cristiano Zanin, j. 09.10.2023, p. 16.10.2023).

E deste Tribunal de Justiça:

“... Ora, em patrulhamento de rotina, os policiais depararam-se com o apelante, o qual já era conhecido dos meios policiais, portando um volume na cintura que aparentava ser de uma arma. Ocorre que ele, ao notar a presença da viatura, empreendeu fuga e, durante o trajeto, dispensou um objeto. Ainda na via pública, os policiais conseguiram, enfim, abordá-lo e apreenderam a droga que fora arremessada no canteiro central da avenida. Já em revista pessoal, foi localizado o valor de R\$10,00 (dez reais) em dinheiro e, ao ser questionado, negou a propriedade do entorpecente e não indicou o motivo pelo qual teria empreendido fuga (...) Anoto que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, conforme artigo 244 do Código de Processo Penal. Da análise da dinâmica dos acontecimentos, constatou-se que, de fato, havia circunstâncias indicando a fundada suspeita sobre o comportamento do apelante e sua abordagem, sendo relevante salientar que, em hipóteses como essa, a segurança pública prevalece em relação a direitos individuais (...) Ora, diante do contexto, a lei exigia que os policiais procedessem à abordagem e busca pessoal, sob pena de incorrerem no crime de prevaricação.” (Apelação Criminal nº 1500240-66.2020.8.26.0598, 3ª Câmara de Direito Criminal, rel. Toloza Neto, j. 06.09.2022);

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Abordagem e busca pessoal que estão justificadas, pois de acordo com a lei: fundada suspeita (art. 244 do CPP). Policiais que apontaram de forma segura que, ao visualizar a aproximação da guarnição, o acusado, que se encontrava sentado em uma guia num local conhecido como ponto de tráfico, adotou atitude evasiva, denotadora de fundada suspeita de que tivesse algo ilegal consigo. Desnecessidade, inclusive diante do encontro de drogas com ele e de ser desmentido quanto a estar em outro local, que os policiais expusessem de forma mais elaborada a suspeita que os levara à revista pessoal, que, bom que se diga, independe de mandado judicial e pode ser realizada a qualquer momento, mesmo que não se trate de situação de flagrante (não há que

se confundir busca pessoal com busca domiciliar). Expertise policial que merece ser prestigiada, assim como são os depoimentos dos agentes da lei. Prova segura da autoria e materialidade. Condenação bem aplicada, merecendo, a r. sentença, ser ratificada na forma do art. 252 do Regimento Interno inclusive no que tange à dosimetria, fixada com critério. Recurso não provido.” (Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, 13ª Câmara de Direito Criminal, rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, j. 08.08.2022).

Enfim, “*se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública (...) o policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é um dever constitucional. Os suspeitos têm direito a um sistema penal democrático e a um processo penal justo, ao tempo em que a sociedade tem direito a viver com tranquilidade nas vias públicas.*” (RHC 229514 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02/10/2023, p. 23/10/2023).

Nessa linha, rejeita-se a preliminar, passando-se ao mérito.

A acusação foi a de que, no dia 20 de junho de 2023, por volta das 23h30min, na rua Joana Menezes Faro nº 01, esquina com a rua Casa Branca, Pae Cará, na cidade e comarca de Guarujá, **LINCON MASCARENHAS DA SILVA** e **JONATHAN ALEX DE JESUS**, agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios entre si, traziam consigo, para entrega a consumo de terceiros, 97 gramas de *maconha* e 04 porções de *crack* (9,0g), substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, policiais militares, em

patrulhamento de rotina, visualizaram os acusados em atitude suspeita, os quais, ao avistarem a força policial, empreenderam fuga. Durante a fuga, Lincon dispensou a sacola ao solo. Abordados após breve perseguição, foi realizada abordagem e busca pessoal, sendo que os agentes públicos apreenderam, na bolsa localizada com Jonathan, a quantia de R\$ 456,00. Os policiais então recuperaram a sacola dispensada por Lincon e apreenderam, dentro dela, diversas porções de *maconha* e 04 pedras de *crack* (**conf. denúncia – fls. 58/59**).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 25/27), auto de exibição e apreensão (fls. 18/19), auto de constatação preliminar (fls. 04/05), fotografias (fls. 22/24) e exame químico-toxicológico (fls. 123/124), com resultado positivo para *cocaína* e *maconha*, bem como pela prova oral produzida nas duas fases do processo (fls. 16/17, 20/21 – delegacia; e arquivo digital – juízo).

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Jonathan Alex de Jesus, ao ser ouvido na Delegacia de Polícia, relatou que *“nega estar realizando tráfico de drogas e que foi até o bar comprar cigarro e que não conhece Lincon e que o dinheiro o qual trazia consigo é proveniente de um aluguel de um barraco que possui.”* (fl. 16).

Em juízo, contou que as drogas apreendidas eram todas suas. Estava junto com outro indivíduo no ponto de tráfico de drogas, quando avistou o carro da polícia militar. Correu para dentro do bar e o rapaz que o acompanhava correu em outra direção e conseguiu fugir. Entrou dentro do estabelecimento quando os policiais fizeram a abordagem. Dispensou a sacola durante a fuga. Não conhece o corréu Lincoln que também foi preso. Estava vendendo na região há cerca de um mês. Ficava no ponto de venda em dias intercalados (arquivo digital).

Lincon Mascarenhas da Silva, ao ser ouvido na

Delegacia de Polícia, relatou que *“nega estar realizando traficância de entorpecentes, dizendo ainda que estava no bar jogando sinuca quando policiais o chamaram para fora e abordaram, que no momento da abordagem não trazia nada consigo e também desconhece outro indivíduo com o qual foi abordado.”* (fl. 17).

Em juízo, contou que olhava carro. Já teve problema com um carro furtado. Estava desde a manhã olhando os carros do estacionamento do mercado, e que após o estabelecimento fechar, por volta das 21h30min, foi até o bar que tem em frente ao mercado para jogar sinuca. Alguns minutos depois entrou um rapaz correndo e em sequência a polícia militar. O policial pediu para que ele saísse do estabelecimento. Só ficou sabendo das drogas na Delegacia. As drogas não lhe pertenciam e não conhece o réu que foi preso junto. Sua residência é próximo do bar e, pelo que sabe, ali não é ponto de drogas. O menino entrou correndo sozinho e a polícia já entrou atrás em segundos. Não conhecia os policiais. Não conhecia esse menino, não estava jogando sinuca com ele. Estava jogando com outro moreno, chamado Gilsinho. É inocente e não tem envolvimento com o tráfico de drogas. Nesse dia tinha trabalhado o dia todo e estava se distraindo no bar, jogando sinuca (arquivo digital).

De seu lado, os policiais militares oficiais **Anderson da Silva Cerqueira** e **Michael Ribeiro de Oliveira**, responsáveis pela prisão dos réus e apreensão dos entorpecentes, ao serem ouvidos na Delegacia de Polícia, apresentaram depoimentos firmes e substanciais, confirmando os fatos exatamente como narrados na denúncia, corroborando a prova acusatória (fls. 20/21).

Em juízo, o policial **Anderson** reiterou o quanto narrado em solo policial, oportunidade em que relatou que estava em patrulhamento próximo ao local dos fatos, e por ser tratar de uma viatura da polícia ambiental os acusados não deram atenção. Quando eles perceberam já estavam próximos

e correram para dentro de um bar, sendo que Lincoln arremessou uma sacola plástica e Jonathan estava com uma bolsa preta que e tinha cerca de quatrocentos reais. Ao retornar para o local que os dois indivíduos estavam antes de correr, foi encontrado uma sacola que continha *maconha* e *crack*. Diante dos fatos foi dado voz de prisão. Durante a abordagem eles falaram que não eram eles. Na Delegacia, a mãe do mais branquinho afirmou que o filho era do tráfico de drogas, mas que naquele momento ele não estava “trabalhando”. Não conhecia os réus de outras abordagens. Durante a abordagem uma pessoa ligou na companhia e informou que as duas pessoas abordadas eram mesmo aquelas que traficavam no local, o que foi informado pela companhia aos policiais ainda durante a abordagem. Dentro do bar reconheceu os indivíduos pelas vestes e pela posição que estavam no fundo do bar, sendo que os proprietários afirmaram que eles haviam sido os últimos a entrarem. Não os perdeu de vista. Um usava um moletom cinza e outro um moletom escuro. Não visualizaram atos de traficância, mas ambos correram do local, que é conhecido como ponto de tráfico. Metade da droga apreendida estava na sacola e outra metade no mato. Não usava a câmera corporal por ser do patrulhamento ambiental (arquivo digital).

No mesmo sentido, as falas do policial **Michael**, quem disse que estava fazendo patrulhamento pela região quando avistou os dois réus presentes em uma região conhecida como ponto de tráfico de drogas. Ao avistarem o carro da polícia militar, eles correram para dentro de um bar. Jonathan vestia um moletom escuro e Lincon um moletom cinza. Eles correram e durante a fuga Lincon arremessou uma sacola no chão, em cujo interior havia *maconha* e *crack*. A distância do bar para o ponto do tráfico de drogas era cerca de vinte metros. Ao fazer a abordagem, Lincoln relatou que ele não tinha nada haver com a situação. Na abordagem pessoal do Jonathan com ele foi encontrado uma pochete preta que continha uma quantidade de dinheiro. Diante dos fatos foi dado voz de prisão. Na Delegacia, a mãe de

Lincon relatou que realmente o filho faz tráfico de drogas, mas que naquele dia ele estava só passando e que ele não tinha nada haver com a situação. Dentro do bar, eles ficaram próximo a uma mesa de sinuca disfarçando como se estivessem consumindo, mas não estavam consumindo nada. Não utilizam câmera corporal por ser policiamento ambiental. Convidou as pessoas do local para prestar depoimentos, mas não quiseram por correrem riscos (arquivo digital).

Destaco que, conforme jurisprudência dominante, não há qualquer impedimento no depoimento de policiais, que é idôneo para embasar um decreto condenatório, uma vez que não armariam uma situação para incriminar inocentes, principalmente quando seus depoimentos são coerentes com as demais provas, colhido sob o crivo do contraditório, como na hipótese dos autos.

Sobre a idoneidade dos depoimentos dos agentes públicos, o E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: “...*esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.*” (AgRg no AREsp 1.917.106/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 14.03.2023, DJe 17.03.2023).

Ainda: STF, ARE 1406375/SC, rel. Min. André Mendonça, j. 12.03.2023, pub. 13.03.2023; STJ, HC 814.576/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 12.04.2023, DJe 14.04.2023.

Para afastar-se suas presumidas idoneidades seria preciso constatar divergências em seus relatos ou demonstrar alguma desavença séria com o réu que os tornassem suspeitos ou capazes de prejudicar inocentes. Cabendo à Defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (HC nº 165.561/AM, rel. Min. Nélfi Cordeiro, j. em 2.2.2016). Mas disso não se

cuidou aqui.

Despicienda, outrossim, a qualificação de testemunhas civis e isentas, que supostamente teriam presenciado o flagrante, uma vez que, em situações como a dos autos, tem-se enorme dificuldade em arrolar testemunhas civis, caso contrário a própria defesa teria buscado produzir tal prova.

Sabido ainda o temor que as pessoas têm em narrar o ocorrido às autoridades competentes, dado o poderio intimidador da criminalidade organizada, que, aliás, fomenta o tráfico de drogas.

Ademais, a legislação processual penal vigente não obriga a presença de testemunhas civis no momento da prisão em flagrante.

E não socorrem os acusados, o depoimento da testemunha **Jéssica Caroline Jesus dos Santos**, quem disse que estava no bar bebendo junto com suas amigas quando os policiais chegaram perguntando quem foi que correu para dentro do bar. As pessoas que estavam dentro do estabelecimento ficaram em silêncio e que quando os policiais avistaram Lincoln, foram em direção a ele e falaram “*vem cá, você mesmo*”, puxando-o para fora do bar. Os dois estavam jogando sinuca. Conhece os réus de vista por que frequentam o mesmo ambiente, mas nunca conversaram. Os policiais fizeram uma varredura pelo estabelecimento e perguntaram o nome das pessoas ali presentes, mas não chamaram ninguém para ser testemunha (arquivo digital).

A testemunha **Wilson Amaro Matias** disse que conhece os réus de vista. No dia do ocorrido chegou cerca de 20h no bar e estava jogando sinuca e bebendo. Por volta das 22h a polícia militar entrou no local pedindo para que as pessoas que estavam presentes se retirassem e que iria ser realizado uma abordagem pessoal. Foram pedido os documentos e os policiais militares foram em direção de Lincoln e começaram a puxá-lo para fora do bar, do nada. Lincoln já estava dentro do estabelecimento jogando sinuca. Não

conhece o réu Jonathan. Viu a abordagem. Não saberia informar se o outro correu. Conhece Lincoln de vista. Sempre que vai trabalhar o vê na rua. Não sabe com o que ele trabalha (arquivo digital).

Certo é que completamente estranha suas condutas, uma vez que, caso realmente tivessem presenciado tamanha injustiça contra os acusados, não compareceram na Delegacia de Polícia para narrar o que viram, cabendo repetir, ainda, que os agentes públicos apresentaram relatos uníssonos corroborando a acusação, não havendo nenhum indício de que atuaram para prejudicar os acusados.

Ressalto que a quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como o modo como estavam acondicionados (**97 gramas de maconha e 04 porções de crack - 9,0g**), próprias para a venda, corroborada pela ausência de petrechos destinados ao consumo, denota, sem dúvidas, o intuito mercantil, tornando impossível a desclassificação para a conduta do artigo 28 da lei de drogas, não sendo crível que possuísem considerável quantidade de entorpecentes para o consumo próprio. Sem comprovação escoreita da condição de usuários ou dependentes químicos, aliás.

Ainda que fosse comprovada a dependência química, tal não afastaria a traficância, pois é sabido que muitos passam a traficar para sustentar o próprio vício.

E, diante da extensiva tipificação penal, não se exige qualquer ato de comércio para a incidência no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, bastando que a conduta do agente conste dentre os núcleos verbais nele referidos, no presente caso, aquele de “**trazer consigo**” as substâncias entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros. Assim, ainda que não flagrados em plena *traditio*, o crime de tráfico de drogas já estava consumado da mesma forma, porquanto, se trata de delito de ação múltipla.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais: “*Ressalte-se que a configuração do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei*

11.343/2006 prescinde da flagrância do ato de venda ou entrega da substância entorpecente, já que o delito é de mera conduta. Em outras palavras, não prevê e não exige eventual resultado como pressuposto para sua caracterização. Logo, basta que o agente pratique um dos verbos contidos no dispositivo legal, cuja destinação comercial é presumida pelas circunstâncias do caso concreto, causando perigo à incolumidade e à saúde pública. Por esses motivos, diante das circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante, é inegável que o recorrente, na data dos fatos, trazia consigo as drogas com o objetivo de comercializá-las, motivo pelo qual não comporta provimento o pleito defensivo de absolvição.” (Habeas Corpus nº 816.768-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24.04.2023).

Devemos lembrar, também, que o Magistrado ao analisar o caso e optar pela desclassificação para a figura do porte, deve se ater ao disposto no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei Antidrogas, ou seja, verificar se a droga apreendida em poder do acusado seria mesmo destinada ao seu consumo ou conforme dispõe o citado artigo: “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Assim, a prova é farta e coesa, estando perfeitamente caracterizada a prática do tráfico de entorpecente, não comprovando a Defesa de forma escorreita a tese apresentada em juízo, o que lhe cabia, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, ficando seus argumentos somente nas alegações.

Passo à dosimetria das penas imposta ao apelante.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, as bases foram fixadas no mínimo legal, partindo-se, assim, de **05 anos de reclusão e**

500 dias-multa, no piso, porquanto se reputaram ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase sua pena permaneceu inalterada, sendo necessário, contudo, o reconhecimento da agravante da reincidência (fls. 28/30 e 31/32 – processo nº 1503262-32.2017.8.26.0536 – roubo majorado e corrupção de menores), ficando, assim, majoradas as reprimendas em 1/6, de sorte a se obter **05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**, no piso.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, as reprimendas não sofrem alterações, tornando-se definitivas porque ausentes outras circunstâncias modificadoras.

Era realmente inviável a concessão do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que a reincidência (fls. 28/30 e 31/32 – processo nº 1503262-32.2017.8.26.0536 – roubo majorado e corrupção de menores), por si só, obsta a aplicação do benefício.

Há expressa vedação legal, negando a concessão do redutor para reincidentes e portadores de maus antecedentes, não havendo se falar, portanto, em ilegalidade ou ocorrência de “*bis in idem*”, porque novamente apenado pelos crimes precedentes ou porque utilizadas as circunstâncias nas primeiras fases da dosagem. Trata-se, na verdade, de mais um instrumento a individualizar a pena, uma vez que não deve o apelante ser tratado da mesma forma que alguém que nunca teve passagem criminal.

Também não há se falar em inconstitucionalidade da proibição na concessão do redutor. Nesse sentido, a jurisprudência da Instância Especial: AgRg no AREsp 1382648/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 18.06.2019, DJe 27.06.2019; e HC 326267/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, j. 17.05.2016, DJe 25.05.2016.

E o regime inicial de cumprimento deveria ser mesmo o **fechado** o único cabível na hipótese, ainda que não fosse pelo *quantum* das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta. Outro nem seria

recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Contudo, nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, **quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal** (Apelação Criminal nº 1501748-68.2022.8.26.0536, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 27.04.2023).

Reitere-se: como já se decidiu recentemente, *“a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso” (AgRg no REsp n. 1.994.397/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022).*” (AgRg no HC nº 754.645/SP, rel. Min. Jesuíno Rissato, j. em 17.04.2023 - grifo nosso).

Fato é que a conduta penal aqui apurada é grave, a par de provocar desassossego à sociedade, ocasionando sérios problemas de saúde pública, sem falar na personalidade distorcida e ousada do acusado, que praticava o delito sem qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros.

Aliás, a reincidência, por si só, exige a fixação do regime mais gravoso (art. 33, § 2º, do Código Penal).

Inviável, neste momento, aplicar-se a regra da detração (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal), porquanto, nesse momento, não há elementos para avaliar os requisitos necessários à eventual progressão de regime, e, também, porque o Juiz das execuções penais ainda é competente para decidir sobre essa questão, nos termos do artigo 66 da Lei das Execuções Penais.

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou “*sursis*”, porque não recomendáveis e porque os requisitos legais não se veem como satisfeitos (artigos 44 e 77 do Código Penal), dada a reincidência e o montante da pena aplicada, superior a quatro anos, o que afasta a aplicação de tais benesses.

Diante do exposto, afastada a preliminar, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO e DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL** para, mantida a condenação de LINCON MASCARENHAS DA SILVA por tráfico de drogas, aplicar a agravante genérica da reincidência, fixadas as penas finais em **05 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado, e 583 dias-multa**, no piso, mantida, no mais, a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o competente Mandado de Prisão.

Por derradeiro, em razão do contido nos autos, determino a extração de cópias integrais do feito, inclusive dos arquivos digitais, e remessa para o Ministério Público da comarca de 1º grau, a fim de se apurar a eventual prática de crime de falso testemunho por parte das testemunhas **Jéssica Caroline Jesus dos Santos e Wilson Amaro Matias**.

IVANA DAVID
Relatora