



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000435798

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1534935-84.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE DA SILVA MACIEL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso defensivo, 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 CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), ELY AMIOKA E CONCEIÇÃO VENDEIRO.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1534935-84.2023.8.26.0228

Apelante: Alexandre da Silva Maciel

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 27ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo

Voto nº: 5.595

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E RESISTÊNCIA (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 E ARTIGO 329, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO, SUSTENTANDO PRECARIEDADE PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES EM HARMONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS FRACIONADAS INCOMPATÍVEIS COM A POSSE PARA MERO CONSUMO PESSOAL. APELANTE RESISTIU À PRISÃO, MEDIANTE VIOLÊNCIA AOS POLICIAIS MILITARES. CONDENAÇÃO PRESERVADA.

DOSIMETRIA. 1. TRÁFICO DE DROGAS. ANTECEDENTE CRIMINAL DO APELANTE E QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS - 125 PORÇÕES DE MACONHA, 47 PORÇÕES DE “DRY”, VARIANTE DA MACONHA, 15 PEDRAS DE “CRACK”, 152 PORÇÕES DE COCAÍNA E 03 PORÇÕES DE “SKUNK” – QUE JUSTIFICARAM A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **2ª FASE:** AUSENTES CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. CARACTERIZADA E COMPROVADA A REINCIDÊNCIA, QUE ENSEJOU O AUMENTO DA REPRIMENDA NO PERCENTUAL DE 1/6. **3ª FASE:** AUSENTES CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO, NÃO SENDO CASO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA DO DELITO, ANTE A AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTENTE *BIS IN IDEM* NA

UTILIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA PARA A MAJORAÇÃO DA PENA E, POSTERIORMENTE, PARA O DECOTE DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MANTIDO O REGIME PRISIONAL FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA, TRATANDO-SE DE CRIME APENADO COM RECLUSÃO. **2. RESISTÊNCIA.** PENA-BASE FIXADA NA FRAÇÃO DE 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, DIANTE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DO APELANTE. 2ª FASE: AUSENTES CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES, RECONHECIDA A REINCIDÊNCIA, QUE ENSEJOU O AUMENTO DA REPRIMENDA EM MAIS 1/6. 3ª FASE: AUSENTES CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO NA ORIGEM COMPORTA ABRANDAMENTO PARA O INTERMEDIÁRIO, TENDO EM VISTA QUE O CRIME É PUNIDO COM DETENÇÃO, OBSERVADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA COMPROVADA.

SUBSTITUIÇÃO DE PENA: INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DE PENA OU A CONCESSÃO DE SURSIS PENAL, ANTE A AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 413/422), que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Alexandre da Silva Maciel**, qualificado nos autos, foi condenado por r. sentença proferida pela MM. Juiz de Direito Dr. Sirley Claus Prado Tonello, da 27ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, ao cumprimento de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 02 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção, no regime inicial fechado, e ao pagamento correspondente ao valor de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no menor valor unitário, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e a artigo 329, *caput*, do Código Penal.

Irresignado, insurge-se o acusado buscando a absolvição, ao argumento de insuficiência de provas e, com relação ao crime de resistência, por atipicidade da conduta. Subsidiariamente, pleiteia: (i) a fixação das penas-bases no mínimo legal; (ii) a concessão da figura privilegiada do tráfico de drogas, salientando ser vedado o uso dos antecedentes para a exasperação da pena-base e, posteriormente, para o afastamento do redutor, sob pena de *bis in idem*; e (iii) o abrandamento do regime prisional (págs. 439/447).

Processado e contrarrazoado o recurso (pág. 468/470), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento (págs. 523/526).

É o relatório.

A irresignação comporta parcial acolhimento.

O apelante foi processado e condenado pela prática dos crimes de tráfico ilícito de drogas e resistência porque, segundo consta da denúncia (págs. 01/05):

“(...) no dia 11 de dezembro de 2023, por volta das 22h40, na Rua Professor Miguel Mauricio Rocha, altura do nº 860, Campo Belo, nesta cidade e comarca, ALEXANDRE DA SILVA MACIEL, qualificado às fls. 38, trazia consigo e guardava, para fins de entrega a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 125 porções de substâncias contendo TETRAHIDROCANNABINOL, na forma popularmente conhecida como maconha, 47 porções de substâncias contendo TETRAHIDROCANNABINOL, na forma popularmente conhecida como “dry”, 15 pedras de cocaína na forma de “crack”, 151 porções de cocaína, 01 porção de cocaína e 03 porções de substâncias contendo

TETRAHIDROCANNABINOL, na forma popularmente conhecida como “skunk”, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme o auto de exibição de fls. 26/17 e 28, e laudo de constatação de fls. 30/34, bem como uma folha de anotações de contabilidade e a quantia de R\$17,00.

Consta, por fim, que ainda que, no dia 11 de dezembro de 2023, por volta das 22h40, na Rua Professor Miguel Mauricio Rocha, altura do nº 860, Campo Belo, nesta cidade e comarca, ALEXANDRE DA SILVA MACIEL opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo.

Segundo o apurado, na data dos fatos a Polícia Militar estava realizando operação na comunidade do Zoião (R. Miguel Maurício) contra o tráfico de drogas. Por tal motivo, várias equipes da Polícia Militar se dirigiram à referida comunidade, e lá ingressaram por pontos de acesso diversos.

[...]

Ao mesmo tempo em que os fatos acima se davam, os policiais militares Marina da Silva Luz e Felipe Prado Tavares ingressaram na comunidade pela R. Miguel Maurício da Rocha e avistam o ora denunciado ALEXANDRE, em ponto conhecido de venda de drogas, carregando uma sacola preta, pelo que resolveram abordá-lo. ALEXANDRE, que foi surpreendido pela chegada dos policiais, entrou em luta corporal com os milicianos, tentando se evadir, mas foi contido. Em revista pessoal, os policiais encontraram, em um dos bolsos de ALEXANDRE, uma porção de cocaína e a quantia de R\$17,00. Já no interior da sacola preta que ALEXANDRE carregava, foram encontradas 125 porções de maconha, 47 porções de “dry”, 15 pedras de crack, 151 porções de cocaína, 03 porções de skunk, e uma folha contendo anotações de contabilidade.

Conduzidos à delegacia de polícia, JOÃO e ALEXANDRE permaneceram em silêncio (fls. 09 e 10)”

Insta consignar que, na mesma ocasião em que o apelante foi preso pela prática dos crimes de tráfico de drogas e resistência, houve, ainda, a prisão em flagrante do corréu João Pedro Santos Ferreira.

Porém, o corréu celebrou acordo de não persecução penal com o Ministério Público (págs. 347/349), prosseguindo a ação penal apenas em relação ao apelante.

Pois bem.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (págs. 06 e ss.); boletim de ocorrência (págs. 18/22); auto de exibição e apreensão (págs. 31/32); laudo de constatação (págs. 35/39 e 315/318); laudos periciais (págs. 303/307; 308/310; 311/313); laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para *cocaína* e *tetrahidrocannabinol* nas substâncias examinadas (págs. 319/322); imagens das câmeras corporais dos policiais (link à pág. 387); bem como pela contundente prova oral produzida.

Anote-se, nesse ponto, que, nos termos do artigo 50, § 3º, da Lei nº 11.343/06, é possível a realização da perícia da droga apreendida por amostragem, nada havendo nos autos a indicar que a droga apreendida foi manipulada ou, ainda, que o resultado da perícia estaria equivocado.

Aliás, a realização do exame pericial por

amostragem é aceita pela Jurisprudência:

“Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 'inexiste ilegalidade na realização do exame pericial por amostragem' (in AgRg no REsp n. 2.038.492/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 31/3/2023).

Não se há falar, assim, em ausência de prova da materialidade delitiva.

E a autoria é igualmente certa.

Silente na fase policial (pág. 15), o apelante negou a imputação em juízo, aduzindo, em pretório, que:

“no dia dos fatos havia acabado de auxiliar a senhora Flavia no estabelecimento na frente de sua casa. Saiu do local e voltou para casa, mas sua filha pediu para comprar tapioca, então o réu saiu novamente de casa para buscar o alimento. Decidiu aproveitar para comprar entorpecentes na "loja", que fica em uma viela próxima, pois é viciado em cocaína. Comprou quatro pinos de cocaína e já estava retornando para pegar a tapioca quando foi abordado por um policial, que já foi dizendo "perdeu", "já era". Tentou se esquivar da abordagem, pois não achou justo ser acusado de uma delito que não cometeu. O policial deu-lhe um mata-leão e então entraram em luta corporal. Não entende o motivo pelo qual está sendo acusado pelos policiais. A comunidade fez vaquinha para ajudar a pagar advogada. Errou no passado, mas decidiu recomeçar sua vida, realmente não praticou o delito. Já foi condenado por tráfico de drogas e roubo, cumpriu todas as penas, estava na rua fazia mais de dois anos. Trabalhava como ajudante em uma padaria, ganhava em materiais de construção. A renda familiar era composta principalmente pela renda de sua esposa. É dependente químico. Conhecia os policiais de vista, pois patrulhavam na região” (págs. 417/418).

Porém, sua exculpatória restou isolada nos autos e

foi cabalmente refutada pelas provas produzidas.

Os policiais militares, sempre que inquiridos, apresentaram esclarecimentos coerentes e harmônicos a respeito da diligência que realizaram, confirmando a abordagem e apreensão de drogas em poder do acusado, bem como a resistência à prisão, mediante emprego de violência.

Gabriel Uzun Troiano, policial militar, ratificando o depoimento prestado na fase extrajudicial (págs. 09/10), confirmou, em juízo, que **atuou exclusivamente na abordagem do corréu João Pedro**, não tendo participado da prisão do apelante, mas **confirmando ter ouvido de seus colegas que houve o encontro de entorpecentes em poder do apelante**, aduzindo que:

“[...] participou da operação realizada no endereço descrito na denúncia. Várias viaturas foram convocadas para possibilitar o cerco na comunidade. A equipe se dividiu para cobrir todas as saídas da comunidade. O depoente foi o responsável pela prisão do réu João Pedro, com o qual foi encontrado rádio comunicador, aparelho celular e algumas porções de maconha e cocaína, além de cerca de R\$ 120,00 em dinheiro. Não foi possível efetuar pesquisa no celular. Enquanto fazia o algemamento do réu João, ouviu pedido de apoio de outra equipe policial, a qual teria detido o réu Alexandre. O depoente não presenciou a abordagem de Alexandre, quando o avistou ele já estava detido e algemado por outra equipe policial. Posteriormente, soube pelos colegas policiais que o réu Alexandre estaria com uma quantidade maior de entorpecentes, mas não sabe dizer se ele admitiu a prática delitiva” (pág. 416).

Já as testemunhas Marina da Silva Luz e Felipe Prado Tavares, policiais militares, ratificando os depoimentos que prestaram em solo policial (págs. 11/12), **confirmaram, em juízo, a**

abordagem e o encontro de drogas em poder do apelante, o qual resistiu à prisão, mediante emprego de violência.

Colhe-se do depoimento judicial de Felipe:

“[...] entrou na comunidade pela Rua Miguel, instante em que avistou três indivíduos correndo. Visualizou o réu Alexandre correndo com uma sacola preta nas mãos, instante em que optou pela abordagem, mas o réu resistiu, entrando em luta corporal com o depoente. Nesse instante, o réu dispensou a sacola ao solo, e populares tentaram pegá-la, mas a policial Marina conseguiu evitar e apreendeu os entorpecentes. Na sacola havia maconha, crack, cocaína, dry e skank, em quantidade que não se lembra, mas não era mínima. O réu admitiu a prática delitiva. O depoente não entrou na comunidade pelo mesmo local que o policial Gabriel, inclusive acredita que o réu Alexandre tenha corrido em sua direção ao tentar se esquivar dos policiais que entraram na comunidade pelo outro lado. Não conhecia o réu anteriormente. O local é conhecido como ponto de tráfico” (pág. 416).

No mesmo sentido, os esclarecimentos prestados por Marina, a qual afirmou:

“[...] o parceiro Felipe desembarcou sozinho da viatura para correr no encalço do réu enquanto permaneceu na segurança. Perdeu o parceiro de vista por alguns instantes, e pouco depois notou que ele estava em luta corporal com o réu Alexandre. Seu parceiro pediu ajuda, logo tendo comparecido outro policial para apoiá-lo. Viu o réu correndo com a sacola preta, tem certeza de que foi a mesma encontrada no chão, pouco depois e recuperada pela depoente. Dentro da sacola havia uma quantidade expressiva de entorpecentes variados. Não conhecia o réu anteriormente. Ele confessou a prática delitiva” (pág. 416).

Já a testemunha André, embora estivesse, a princípio, acompanhando o policial Gabriel, que deteve João Pedro,

confirmou, em juízo, que auxiliou o policial **Felipe que estava em luta corporal com o apelante**, que resistiu à prisão, confirmando, ainda, que **Alexandre se desfez da sacola que continha os entorpecentes apreendidos**, aduzindo, em pretório, que:

"[...] viu seu parceiro Gabriel detendo e abordando João Pedro, constatando que ele trazia rádio comunicador e celular. Logo após o algemamento de João Pedro, o depoente ouviu pedido de apoio do policial Tavares que estava em luta corporal com o réu Alexandre. Foi no auxílio do parceiro, mas Alexandre continuou resistindo e derrubou os dois no chão, dispensando nesse momento a sacola preta contendo os entorpecentes. Nesse instante outros policiais chegaram, inclusive a policial Luz, que logrou apreender a sacola. Toda a ação foi registrada nas câmeras corporais. Já havia abordado Alexandre anteriormente, mas nada de ilícito foi com ele encontrado, não houve qualquer entrevero" (págs. 416/417).

Os esclarecimentos apresentados pelos policiais militares são merecedores de toda credibilidade, porque não se pode presumir que iriam criar injusta e gratuita acusação.

Como qualquer outra testemunha, prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência que realizaram.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

"Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na

medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado" (STJ - AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 – Quinta Turma, DJe em: 21/02/2022).

"Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (STF - HC nº 74438/SP, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJe em: 14/03/2011).

Frise-se que inexiste nos autos qualquer indício de animosidade entre os policiais e o apelante. Ademais, o delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de qualquer uma das condutas alternativas do tipo, todas de natureza permanente e preexistentes à atuação policial.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. 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. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a

caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Os depoimentos das testemunhas de defesa, por outro lado, não têm o condão de afastar o robusto conjunto probatório a incriminar o apelante, na medida em que ***não presenciaram a abordagem e o encontro das drogas.***

Colhe-se do depoimento da testemunha de defesa Flávia de Araújo:

“[...] não presenciou a ação delitiva ou a prisão do réu. Disse que o réu trabalhou para ela na padaria, ele era pessoa honesta e trabalhadora. No dia dos fatos o réu estivera em sua padaria, não tinha nada em mãos. No dia seguinte soube que Alexandre havia sido preso após ter saído da padaria, o que a depoente estranhou” (pág. 417).

Extraí-se do depoimento da testemunha de defesa Lucilene Rodrigues dos Anjos que:

“[...] não presenciou o exato instante da prisão do réu, mas relatou que momentos antes da abordagem policial o réu Alexandre pedira uma tapioca em seu comércio. Quando o pedido ficou pronto, sua filha procurou o réu para entregar o produto, então ficou sabendo que a polícia o havia detido. Não se aproximou do local onde o réu estava abordado. Nunca soube do envolvimento dele com tráfico” (pág. 417).

A variedade e quantidade expressiva de drogas –

125 porções de maconha (com massa líquida de 213,18g), 47 porções de “dry”, variante da maconha (com massa líquida de 7,31g), 15 pedras de “crack” (com massa líquida de 2,37g), 152 porções de cocaína (com massa líquida de 42,68g) e 03 porções de “skunk”, variante da maconha (com massa líquida de 0,16g), conforme laudo de constatação (págs. 35/39) –, embaladas individualmente, prontas para a venda, sob a guarda e responsabilidade do acusado, além da apreensão de R\$ 17,00 em espécie, bem demonstraram que destinadas à mercancia, impossibilitando se cogitar em posse de drogas variadas e fracionadas para consumo próprio.

No mais, é certo que a condição de usuário - e até mesmo a de dependente - não excluem, *a priori* e por si só, a de traficante, mormente porque é de conhecimento geral que a maioria dos agentes que se envolvem no tráfico de drogas buscam também satisfazer o próprio vício, recebendo, por vezes, porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam.

Ademais, as diversas porções de drogas diversificadas apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, somadas às demais circunstâncias do flagrante, como a apreensão de dinheiro e de anotações relacionadas ao tráfico, revelam que seriam revendidas, inviabilizando a desclassificação do crime denunciado para a figura típica prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido:

“Apelação. Tráfico de drogas. Pleito objetivando a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o crime de porte de drogas para consumo próprio. Impossibilidade. Conjunto probatório seguro e coeso, demonstrado que

o recorrente foi surpreendido por policiais militares trazendo consigo, para fins de comercialização, 15 porções de cocaína (3,9 g) e 10 porções de crack (2,9 g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, assim como a quantia de R\$ 360,00, em notas diversas. Acervo documental e pericial corroborado pelos depoimentos firmes e coerentes prestados pelos policiais militares responsáveis pelo flagrante. Quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, assim como forma de acondicionamento, que indica a traficância. Condenação mantida. Condenação mantida. Basilar devidamente fixada no patamar mínimo. Irretocável a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a primariedade do acusado e a inexistência de elementos concretos indicando eventual dedicação habitual a atividades criminosas. Em relação ao quantum de diminuição, razoável a redução à razão de 2/3. Regime inicial aberto irreprochável. Viável, contudo, a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo, em favor de entidade a ser indicada pelo juízo da execução. Parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1500875-69.2022.8.26.0180; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Espírito Santo do Pinhal - 1ª Vara; Data do Julgamento: 07/05/2024; Data de Registro: 07/05/2024).

Quanto ao crime de resistência, é certo que restou devidamente caracterizado, na medida em que a prova produzida confirmou que o apelante resistiu à prisão mediante emprego de violência aos policiais, tendo entrado em luta corporal com o agente Felipe, que o abordou.

Anote-se que o mero fato de que o apelante se opôs, mediante violência, à sua prisão em flagrante não torna atípica a conduta.

A propósito:

“O fato de que o recorrido se opunha à sua própria prisão em flagrante não torna atípica a prática do crime de resistência” (REsp n. 1.388.316/RS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe de 10/4/2014).

Desse modo, as provas produzidas bem demonstraram a responsabilidade penal do apelante pelos crimes previstos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e no artigo 329, *caput*, do Código Penal, não comportando alteração a r. sentença condenatória.

Passa-se à análise das reprimendas lançadas.

1. Tráfico de entorpecentes.

1ª Fase. Pena-base foi fixada na fração de 1/6 acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em razão de antecedente criminal que ostenta o apelante (processo nº 0083420-16.2001.8.26.0050, condenação com trânsito em julgado para a Defesa em 20/11/2003: págs. 49/50) e da quantidade e natureza das drogas.

Com efeito, a quantidade de drogas apreendidas - 125 porções de maconha (com massa líquida de 213,18g), 47 porções de “dry”, variante da maconha (com massa líquida de 7,31g), 15 pedras de “crack” (com massa líquida de 2,37g), 152 porções de cocaína (com massa líquida de 42,68g) e 03 porções de “skunk”, variante da maconha (com massa líquida de 0,16g), conforme laudo de constatação (págs. 35/39) – somada à maior lesividade parte delas (cocaína e crack), altamente nociva e viciante – evidencia gravidade concreta da conduta, de modo a autorizar

o incremento da basilar com fulcro no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

2ª Fase. Na segunda etapa, inexistentes circunstâncias atenuantes, a pena foi aumentada de 1/6, perfazendo 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, em razão da reincidência (processo nº 0052141-02.2007.8.26.0050, condenação com trânsito em julgado para a Defesa em 15/01/2010, ainda em cumprimento de pena - processo de execução nº 7004204-37.2008.8.26.0050: págs. 47 e 49).

3ª Fase: Não há que se falar em reconhecimento da figura privilegiada do delito, pois ausentes seus requisitos legais, quais sejam a “primariedade” e “bons antecedentes” do acusado.

Além disso, não se verifica o alegado *bis in idem* pelo afastamento do privilégio em razão de maus antecedentes e da reincidência do apelante, na medida em há previsão expressa no texto legal no sentido de que a figura privilegiada do delito pressupõe primariedade do agente, o que não é o caso do acusado, que também é reincidente.

Nesse sentido:

“Não configura bis in idem a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado” (in RHC n. 169.753, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe de 09/09/2022).

“A utilização da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I - CP) não impede que seja utilizada na terceira, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado

(art. 33, § 4º - Lei 11.343/2006). Trata-se de situação processual utilizada com finalidades diversas e com expressas previsões legais. Precedentes" (AgRg no HC 662.329/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 11/03/2022).

Regime prisional. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33 do Código Penal, pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência reconhecidas, circunstâncias que bem demonstram a necessidade da adequada resposta penal, correta a fixação do REGIME FECHADO para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada.

2. Resistência.

1ª Fase: A pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, em 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, em razão de antecedente criminal (processo nº 0083420-16.2001.8.26.0050, com trânsito em julgado para a Defesa em 20/11/2003: págs. 49/50), nada havendo a se alterar a esse respeito.

2ª Fase: Na segunda etapa, inexistentes circunstâncias atenuantes, a pena foi aumentada de 1/6, perfazendo 02 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção, em razão da reincidência (processo nº 0052141-02.2007.8.26.0050, condenação com trânsito em julgado para a Defesa em 15/01/2010, ainda em cumprimento de pena - processo de execução nº 7004204-37.2008.8.26.0050: págs. 47 e 49).

3ª Fase: Ausentes causas de aumento e de diminuição, a sanção tornou-se definitiva.

Regime prisional. A sentença comporta reparo

em relação regime prisional relativo à pena imposta ao crime apenado com detenção (resistência), nos termos da regra prevista no art. 33, caput, do Código Penal.

Nesse sentido:

“Verifica-se que o caso dos autos não se refere à unificação das penas para fins de execução penal, mas para definição do regime inicial de cumprimento da pena. Nesse contexto, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, nos termos dos arts. 69 e 76 do Código Penal e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal” (AgRg no REsp n. 1.935.456/GO, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 26/5/2022).

No mesmo sentido:

“Tratando-se de fixação de regime inicial de cumprimento da pena, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, pois aplica-se o disposto nos arts. 69 e 76 do CP e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal, que cuida da hipótese de unificação das penas na execução” (in REsp n. 2.045.412, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe de 03/02/2023).

Assim, nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33 do Código Penal, pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência reconhecidas, circunstâncias que bem demonstram a necessidade da adequada resposta penal, o REGIME SEMIABERTO para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao crime de resistência mostra-se mais adequado, uma vez que apenado com detenção.

Substituição da pena: Cediço que, na hipótese de concurso de crimes, o total das penas deverá ser considerado para a

verificação do cabimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Nesse sentido:

“Em caso de concurso material de crimes, a análise do preenchimento dos requisitos objetivos para a concessão da permuta da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou do sursis deve considerar a soma das penas fixadas, nos termos da Jurisprudência desta Corte Superior” (in HC nº 591249 – SP, Relatoria: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 04/05/2021).

Assim, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência reconhecidas, além da fixação de pena privativa de liberdade superior a 4 anos, incabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de *sursis*, diante da ausência dos requisitos legais (artigos 44, incisos II e III, e 77, incisos I e II, do Código Penal).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento ao recurso defensivo** apenas para, preservada a condenação, fixar o regime prisional semiaberto para início de cumprimento da pena atinente ao crime de resistência, punido com detenção, mantendo-se, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora