



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000447596

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1524732-29.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL ANDRADE RODRIGUES DA SILVA, é apelado 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: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) E FREITAS FILHO.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº: 1524732-29.2024.8.26.0228

Apelante: Rafael Andrade Rodrigues da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 21ª Vara Criminal de São Paulo

Juíza de 1ª Instância: Drª Camila Rodrigues Pinho Nunes

Voto nº 2353

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABORDAGEM POLICIAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE DA PROVA. PROXIMIDADE DE ESCOLA. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ARTIGO 40, III, DA LEI DE DROGAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta por Rafael Andrade Rodrigues da Silva contra sentença que o condenou a 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, c.c. artigo 40, III, da Lei nº 11.343/2006. A defesa postula a absolvição por ausência de justa causa para a abordagem policial e consequente nulidade da prova, nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal, ou, alternativamente, a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 e o afastamento da majorante do artigo 40, III, da Lei de Drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há três questões em discussão: (i) definir se a abordagem realizada por guardas municipais foi lícita, não havendo nulidade na obtenção da prova; (ii) estabelecer se estão presentes os requisitos para aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; (iii) determinar se a causa de aumento do artigo 40, III, da mesma lei, deve incidir pela proximidade com instituição de ensino.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A atuação da Guarda Civil Municipal se revela legítima, diante de fundada suspeita decorrente do comportamento do réu e demais indivíduos que empreenderam fuga ao avistarem a viatura. A jurisprudência do STF admite a busca

pessoal quando baseada em elementos objetivos, como o nervosismo e a tentativa de fuga em local sabidamente vinculado ao tráfico de entorpecentes.

A prisão em flagrante e a apreensão da droga foram realizadas por guardas municipais no exercício de atribuições de segurança pública previstas no artigo 144 da Constituição Federal. A atuação em flagrante delito é permitida a qualquer do povo, conforme artigo 301 do Código de Processo Penal, não se tratando de atividade investigativa ilícita.

As provas testemunhais produzidas, em especial os depoimentos dos guardas civis, são firmes e coesas quanto à posse da droga pelo apelante, corroborando a materialidade e a autoria do crime de tráfico.

A aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas é legítima, pois a jurisprudência do STJ entende que a mera proximidade do fato com estabelecimento de ensino é suficiente, independentemente de se comprovar a destinação da droga aos alunos.

Embora o réu possua ações penais em andamento por fatos similares, não ostenta condenações definitivas, sendo primário e não havendo elementos suficientes que evidenciem dedicação habitual ao tráfico. Assim, deve ser reconhecido o tráfico privilegiado do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

A quantidade e diversidade de drogas, embora não ínfimas, tampouco justificam o afastamento total da minorante, sendo proporcional a redução da pena em 1/2 (metade), conforme precedentes do STJ.

Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena deve ser substituída por duas restritivas de direitos, conforme artigo 44 do Código Penal, diante do quantum fixado e do preenchimento dos requisitos legais pelo réu.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso parcialmente provido.

Tese de julgamento:

A abordagem realizada por guardas municipais é válida quando fundada em suspeita decorrente de conduta evasiva em local conhecido pela prática de tráfico.

A incidência da majorante do artigo 40, III, da Lei de Drogas independe da efetiva mercancia da droga a frequentadores de escola, bastando a proximidade do local do fato ao estabelecimento de ensino.

A existência de inquéritos ou ações penais em curso não afasta, por si só, a incidência do tráfico privilegiado do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A quantidade e variedade das drogas apreendidas podem justificar a modulação da fração de redução do tráfico privilegiado, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase da dosimetria.

Reconhecido o tráfico privilegiado e atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, admite-se a substituição da

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 144; CPP, arts. 301 e 386, V; CP, arts. 44 e 46; Lei nº 11.343/2006, arts. 33, caput e § 4º, e 40, III.

Jurisprudência relevante citada:

STF, ARE 1467500, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 18.03.2024, DJe 15.04.2024;

STF, AgR no RE 1.468.558/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 03.12.2024;

STJ, AgRg no REsp 1.926.887/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 19.04.2022, DJe 25.04.2022;

STJ, AgRg no HC 860.367/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 09.09.2024, DJe 13.09.2024;

STJ, REsp 2.123.684/MG, Rel. Min. Daniela Teixeira, 5ª Turma, j. 17.12.2024, DJe 23.12.2024.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **RAFAEL ANDRADE RODRIGUES DA SILVA** em face da R. Sentença de fls. 107/114 que o condenou ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, piso mínimo, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei Federal nº 11.343/2006.

Inconformada, recorre a Defesa, postulando a absolvição do réu, com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

Argumenta que os guardas municipais atuaram como polícia preventiva, sem competência constitucional para tanto, e não visualizaram qualquer infração penal para justificar a abordagem do acusado, pois a atitude suspeita não é crime, logo não

tinham respaldo legal para realizarem a abordagem e a prisão do acusado.

Nesse contexto, as provas foram obtidas por meio ilícito, sendo necessário o desentranhamento.

Alternativamente, alega que não há provas suficientes para a condenação, pois não foram acostados aos autos elementos que comprovem a narrativa do órgão acusatório.

Caso afastado o pleito absolutório, pugna pelo afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/2006.

Sustenta que nenhuma prova foi produzida no sentido de que o réu estaria se aproveitando da proximidade escolar para o comércio de drogas.

O recorrente preenche as condições necessárias para ter o redutor reconhecido, pois é primário; foi apreendida pequena quantidade de entorpecente; não há prova que indique que o réu participe de organização criminosa; nenhum dos policiais relataram que ele era conhecido pela prática de tráfico na região.

Outrossim, o tema de repercussão geral 1139, do E. Superior Tribunal de Justiça determina que “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria

da pena”.

Reconhecido o redutor, de rigor, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 130/148).

Contrarrazões da Acusação pela manutenção da sentença (fls. 151/156).

Recurso tempestivo, bem processado, com manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 167/169).

É o breve relatório que se acrescenta ao da R. Sentença.

De início, registre-se que o feito não padece de qualquer nulidade.

Ao contrário do que alega a Defesa, a abordagem e revista pessoal do réu foram realizadas com base em seu próprio comportamento.

Denota-se da prova colhida nos autos que guardas municipais faziam patrulhamento nas proximidades do CEU Perus, momento em que avistaram quatro indivíduos que ao avistarem a viatura, correram. Lograram êxito em alcançar um dos rapazes que depois foi identificado como Rafael Andrade Rodrigues da Silva.

Rafael trazia nas mãos uma sacola plástica, com substâncias que aparentavam ser entorpecentes.

Indagado, informalmente, o réu admitiu o tráfico.

Assim, restou evidente que havia fundada suspeita e razão suficiente para que os guardas municipais fossem atrás dos indivíduos que fugiram, logo após terem avistado a viatura.

Por isso, não é possível reconhecer qualquer irregularidade na ação dos agentes públicos.

Nesse sentido, a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA PARA A ABORDAGEM DEVIDAMENTE COMPROVADA. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. É incabível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca pessoal, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência. 2. O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. Precedentes. 3. A atitude suspeita do acusado e o nervosismo ao perceber a presença dos militares que realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de tráfico de drogas, evidenciam a existência de justa causa para a revista pessoal, que resultou na apreensão de diversas porções

entorpecentes destinados à mercancia ilícita. 4. Agravo Regimental e Recurso Extraordinário com Agravo a que se dá provimento”. (grifos nossos). (STF - ARE: 1467500 SC, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18/03/2024, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 12-04-2024 PUBLIC 15-04-2024).

In casu, ao contrário do que sustentado no presente recurso verifica-se a presença de fundadas razões exigidas pela lei processual, para permitir a abordagem do apelante, em função de seu comportamento.

Nem se diga que não era permitida a atuação da Guarda Civil Municipal, no caso dos autos.

A conduta dos mencionados agentes públicos de segurança não se amolda àquela vedada pelo entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça destacado no julgamento do REsp nº 1.977.119, uma vez que não se tratou de abordagem de rotina, e sim de prisão por flagrante delito que, nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal, poderia ser realizada por qualquer do povo.

Em julgamento recente, o E. Supremo Tribunal Federal validou a busca domiciliar e prisão feitas por guardas municipais:

“Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. INGRESSO NO DOMICÍLIO DO RECORRENTE. CRIME PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - CASO EM EXAME 1. Agravo Regimental interposto contra decisão por meio

da qual dei provimento ao Recurso Extraordinário para reconhecer a legalidade da prisão em flagrante do recorrido e das provas dela decorrentes, determinando, por consequência, o prosseguimento do processo nº 1501370-30.2022.8.26.0628, do Juízo da Vara Única da Comarca de Embu Guaçu/SP.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

(...) 4. Alegação de que a prisão decorreu “do desempenho de atividades investigativas e abordagem ilegal realizada por guardas municipais”.

5. Inexistência de fundadas razões para o ingresso em domicílio.

III. RAZÕES DE DECIDIR III. RAZÕES DE DECIDIR 6. 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.

7. Diferentemente dos policiais integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar, que estão obrigados a realizar a prisão em flagrante, no caso da guarda civil, dá-se a mesma coisa que qualquer do povo. A guarda civil pode - não está obrigada, mas não está proibida - realizar o flagrante delito. Aqui se inverte: ela não está obrigada, mas também não está proibida.

8. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 603.616 (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/5/2016, Tema 280), fixou tese no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem permear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito, como na hipótese. Precedentes.

9. Os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem

são suficientes para demonstrar que a prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais se revelou lícita, sendo as circunstâncias do caso concreto aptas a encerrar qualquer discussão acerca de uma suposta inocorrência de situação flagrancial.

10. Em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, nas modalidades “trazer consigo” e “ter em depósito”, a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime.

IV. DISPOSITIVO

11. Agravo regimental a que se nega provimento. Atos normativos citados: Regimento Interno do STF, art. 317, § 1º; art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Jurisprudência citada: RE 1470511 AgR-segundo, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, Dje 10/06/2024; RE 1471280 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Dje 06/03/2024; HC 227997 AgR, Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, Dje 23/2/2024; Rel 57762 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Dje de 2/3/2023; RE 1.281.774-AgR-ED-AgR, Redator para acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, Dje de 26/8/2022; RE 1.281.774/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dje de 19/8/2021; RE 846.854/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, Dje 7/2/2018; RE 603.616/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Dje de 10/5/2016.” (Ag.Reg. no RE Nº 1.468.558/SP – Ministro Alexandre de Moraes – Dje 03/12/2024).

O acusado já se encontrava na posse das porções de drogas, razão pela qual o ilícito já havia se configurado, posto que se trata de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, por deliberação exclusiva de seu agente ativo.

Ademais, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental (ADPF 995), firmou entendimento no sentido de que as guardas municipais integram o Sistema de Segurança Pública, afastando as interpretações que excluía tais instituições do escopo de atuação em Segurança Pública.

Inexistente qualquer vício, afasta-se, assim, a matéria preliminar arguida pela Defesa.

De acordo com a denúncia de fls. 51/54, no dia 16 de outubro de 2024, por volta das 9h30, na Rua Bernardo Lorena, Vila Malvina, Capital, nas proximidades da Instituição de Ensino CEU EMEI Jorge Amado, Rafael Andrade Rodrigues da Silva guardava e trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 60 (sessenta) porções de maconha, com peso de 23,10g; 86 (oitenta e seis) porções de cocaína, com peso de 20,80g; 01 (uma) porção de cocaína, na forma de *crack*, com peso de 0,2g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, Rafael guardava e transportava as drogas mencionadas em uma sacola preta, nas proximidades de um local conhecido pelo comércio de entorpecentes.

Os guardas municipais, em patrulhamento de rotina pela área e se dirigindo ao CEU Perus avistaram quatro indivíduos que, prontamente, ao perceberem a viatura, tentaram fugir. Após breve perseguição, um dos indivíduos, posteriormente identificado como Rafael foi detido.

Em revista pessoal, foi encontrada em posse de Rafael uma sacola plástica onde estavam armazenados os

entorpecentes descritos anteriormente. Além disso, foi encontrada, ainda, a quantia de R\$84,75, em espécie, proveniente do tráfico.

Indagado informalmente, Rafael confirmou a realização do comércio ilícito de drogas.

Interrogado quanto aos fatos, Rafael optou por exercer o direito ao silêncio, perante a Autoridade Policial (fl. 05).

As circunstâncias da prisão, a quantidade, variedade e a forma de acondicionamento da droga evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes pelo denunciado.

É certo que o delito em apreço ocorreu nas imediações de um estabelecimento de ensino.

Em que pesem os argumentos apresentados, não há absolvição possível.

A materialidade delitiva está consubstanciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 06/08), auto de exibição e apreensão (fl. 11), laudo de constatação provisória (fls. 21/24) e exame químico e toxicológico (fls. 43/45).

Quanto à autoria, a responsabilidade criminal do acusado encontra amparo na prova oral colhida, consistente nos depoimentos dos guardas civis Vinícius Jovelino, Marcus Vinícius de Jesus e Andrey Allysson (fls. 03/04 e 97/98).

Silente, na Polícia, em Juízo o recorrente negou a prática delitiva.

Alegou que estava no local dos fatos, onde havia outras três pessoas, sendo que pretendia comprar maconha.

Havia dois traficantes no local que correram tão logo viram a viatura e deixaram uma sacola de cor verde, no chão, onde estavam armazenadas as drogas, ao seu lado.

Os agentes lhe atribuíram a propriedade da sacola, no entanto, estava no local para comprar maconha, e para isso, possuía R\$46,00, em espécie, em seu bolso.

Indagado, disse que estava com duas bermudas, porque joga futebol. Havia acabado de chegar no ponto, quando a guarda civil apareceu.

Na fase judicial, foram ouvidos os guardas civis que informaram que faziam estavam em ronda escolar pelo CEU Perus, que é bem próximo do local, onde visualizaram quatro indivíduos que empreenderam fuga, logo que avistaram a guarnição.

Apenas o guarda civil Allysson diverge quanto ao número de pessoas que estavam no local. Disse que viu o acusado e mais um garoto.

O que chamou a atenção dos agentes no acusado foi que ele tinha uma sacola verde em mãos.

Alcançado, lograram apreender a sacola onde havia porções de entorpecentes.

Em busca pessoal no acusado que usava duas

bermudas, encontraram na bermuda de dentro, dinheiro trocado.

Na sacola, havia 86 porções de cocaína, 80 de maconha e 2 pedras de *crack*.

Esclareceu que o acusado nada falou a respeito do dinheiro, mas admitiu o tráfico.

Não conheciam o apelante de outras ocorrências.

Os demais indivíduos que lograram êxito na fuga, não traziam nada nas mãos, apenas com o acusado, que possuía uma sacola verde, dentro de uma sacola de papel da mesma cor, uma dentro da outra.

No local, havia o CEU Perus, distante 50 a 80 metros do sítio dos acontecimentos.

Essa a prova dos autos e do seu exame não há como afastar a condenação lançada na r. sentença.

Coerentes e harmônicos em seus depoimentos, os guardas municipais não demonstraram outro interesse, senão o de apontar o verdadeiro culpado, não tinham motivos para apontar pessoa inocente que sequer conheciam.

No caso em questão, nada há no sentido de desmerecer os depoimentos dos guardas civis.

Como agentes estatais gozam de presunção de legitimidade (artigo 37, da Constituição Federal).

Dessa forma, até prova cabal, em contrário, deve-se se ter por certo de que falaram a verdade, quando ouvidos nos autos.

Outrossim, as discrepâncias nos depoimentos dos agentes públicos, não têm o condão de macular a prova.

Pequenas contradições pinçadas dispersamente, na prova oral, não comprometem o teor probante, contanto que haja coerência, no essencial, o que se verifica no presente caso.

O importante é que os depoimentos se coadunem no principal, sendo irrelevantes pequenos detalhes esquecidos ou confundidos.

A prova oral colhida aponta, com segurança, que a sacola em que foram encontrados os entorpecentes estava na posse do apelante.

Anote-se, por oportuno, que para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que se comprove a mercancia das substâncias, bastando que o agente pratique uma das dezoito condutas previstas no artigo 33, da Lei de Drogas.

As provas produzidas nos autos não deixam dúvidas que os entorpecentes apreendidos com o acusado se destinavam a venda a terceiros, ante a quantidade e variedade de drogas encontradas e as circunstâncias que envolveram sua prisão.

Outrossim, outras testemunhas de acusação não foram arroladas pela própria natureza da detenção. Embora os fatos tenham ocorrido nas proximidades de escola, certamente os terceiros que ali estavam não estariam dispostos a narrar sobre o ocorrido, sob pena de colocarem suas vidas em risco.

A causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Federal nº 11.343/2006, foi corretamente aplicada, pois a mera proximidade física do local do tráfico com estabelecimento de ensino é suficiente para a incidência da referida majorante, independentemente de a droga ter sido comercializada diretamente para alunos.

Nesse sentido, a Jurisprudência:

“[...] 4. O Tribunal de Justiça reconheceu a majorante mesmo em período de férias escolares, o que não contraria a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia da droga aos frequentadores dessas localidades. (AgRg no AREsp 1860725/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 2/3/2022). [...] 7. Agravo regimental desprovido.”. (AgRg no REsp n. 1.926.887/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

No caso dos autos, a acusação logrou êxito em comprovar a autoria e materialidade do crime de tráfico.

Destarte, nada do que alegou a Defesa foi capaz de abalar o fundado convencimento sobre a efetiva

responsabilidade do réu, pelos fatos narrados na denúncia, de modo que, não há falar em ausência ou fragilidade probatória.

Mantida a condenção, passa-se à análise das penas.

Estabelecida a pena-base no patamar mínimo para a espécie: 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, piso mínimo, na segunda etapa a reprimenda permaneceu inalterada, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, reconhecida a causa de aumento da proximidade escolar, a sanção foi aumentada de 1/6, e se tornou definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O Juízo deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas pois, embora o acusado seja primário e sem maus antecedentes, ele ostenta uma condenação não definitiva por tráfico de drogas, por fato praticado em 20/03/2024, bem como um processo em curso também por tráfico, com denúncia já recebida, por fato praticado em 12/12/2023.

Justificou, ainda, que em que pese a garantia constitucional da presunção de inocência, tais fatos não podem ser desconsiderados na valoração da minorante em apreço, uma vez que um dos seus requisitos é a dedicação atividade criminosa.

E à luz dos processos a que responde o

acusado, temerário concluir que ele não se dedica ao tráfico de entorpecentes.

É certo que o réu responde pela prática de outros crimes nas ações penais nºs 1507471-51.2024.8.26.0228 (fato praticado em 20/03/2024) e 1503692-47.2023.8.26.0544 (fato praticado em 12/12/2023), como consta da Certidão Estadual de Distribuições Criminais.

No entanto, processos em andamento não podem afastar a aplicação do referido redutor, nos termos da Tema 1139, do E. Superior Tribunal de Justiça “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, § 4º, da lei Federal nº 11.340/2006”.

Destarte, de rigor, o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Registre-se que não há qualquer ilegalidade na utilização dos critérios de quantidade e natureza das drogas apreendidas, para a escolha da fração do redutor.

De acordo com recente julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ARTIGO

33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. POSSIBILIDADE. PENABASE NO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. TRÂNSITO EM JULGADO DO DECRETO CONDENATÓRIO. MANEJO DO **WRIT** COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECLUSÃO TEMPORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (STJ - AgRg no HC: 860367 SC 2023/0368306-7, Relator.: Ministro MESSOD AZULAY NETO, Data de Julgamento: 09/09/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2024).

A vedação existente é de que se a quantidade de drogas e a natureza for utilizada para estabelecer a pena-base, nos termos do artigo 42, do referido diploma legal, não pode servir para justificar a escolha da fração, na terceira etapa.

Nesse sentido:

“[...] 4. A quantidade e a diversidade de drogas apreendidas podem ser utilizadas como critério para modular a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase da dosimetria, o que não configura bis in idem (STJ, AgRg no HC 842.630/SC). 5. No caso concreto, a quantidade de drogas apreendidas, embora relevante (19,70g de maconha; 60,10g de cocaína; e

50,50g de *crack*), não é expressiva a ponto de justificar o afastamento completo da minorante. Contudo, também não é ínfima, o que impede a aplicação da fração máxima de redução. 6. Mostra-se proporcional e adequada a aplicação da fração de 1/5 para a redução da pena, conforme estabelecido pelo Juízo de primeiro grau. 7. Com a aplicação da fração de 1/5, a pena do recorrente é redimensionada para 4 anos e 8 meses de reclusão, além de 466 dias-multa. O regime inicial semiaberto é mantido, em conformidade com os critérios do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA RESTABELECER A PENA FIXADA NA SENTENÇA EM 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO E 466 DIAS-MULTA, COM FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA” (STJ - REsp: 2123684 MG 2024/0044128-1, Relator.: Ministra DANIELA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 17/12/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/12/2024).

Nesse contexto, ante a quantidade, a natureza e a diversidade de entorpecentes apreendidos, deve ser fixada a causa de redução na metade, estabelecida a pena final em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa

Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena privativa de liberdade deverá ser substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo

mesmo período da sanção corporal, nos termos do artigo 46, do Código Penal e prestação pecuniária fixada em 01 (um) salário-mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, a ser determinada pelo Juízo da Execução Criminal.

Em caso de descumprimento das penas alternativas, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto.

Posto isto, **AFASTA-SE A MATÉRIA PRELIMINAR e DÁ-SE PARCIAL** provimento ao recurso para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/2006, reduzida a pena final para 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixada em 01 (um) salário-mínimo.

Isaura Cristina Barreira
Relatora