



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000451344

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502269-18.2024.8.26.0544, da Comarca de Várzea Paulista, em que são apelantes/apelados LUIZ HENRIQUE TRAJANO e GUSTAVO HENRIQUE GENEROSO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **(i) negaram provimento aos apelos do Ministério Público e do acusado Gustavo Henrique Generoso; (ii) deram parcial provimento ao recurso do acusado Luiz Henrique Trajano, a fim de reduzir sua sanção para 5 anos meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 dias-multa. Mantida, no mais, a r. sentença. V.U. Foi determinada a expedição de ofício a fim de comunicar a decisão**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

LAERTE MARRONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 25.855.

Apelantes: Ministério Público, Luiz Henrique Trajano e Gustavo Henrique Generoso.

Apelados: Ministério Público, Luiz Henrique Trajano e Gustavo Henrique Generoso.

Comarca: Várzea Paulista – SP.

Apelações. Sentença que condenou os réus pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06). Recursos da acusação e da defesa. 1. Alegação de ilegalidade da busca pessoal por ausência de justa causa. Conduta dos guardas municipais que guardou juridicidade. Circunstâncias do caso a indicar que havia fundada suspeita a conferir licitude à busca pessoal. Acusados que traziam volume na mão (sacola) e que empreenderam fuga ao avistar os agentes públicos, o que motivou a busca pessoal. Não configuração de um quadro de prova ilícita. 2. Conjunto probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal dos acusados pelo crime de tráfico de drogas. Materialidade e autoria comprovadas. 3. Hipótese que não comporta a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/03. 4. Sanção do acusado Gustavo que não comporta alteração. 5. Reprimenda reduzida do acusado Luiz Henrique por conta do reconhecimento da circunstância atenuante da confissão extrajudicial. 6. Manutenção do regime inicial semiaberto, ainda que tendo em conta o tempo de prisão provisória. Recurso do Ministério Público e do acusado Gustavo improvidos. Apelo do acusado Luiz Henrique parcialmente provido.

1. A sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para condenar: **(1) LUIZ HENRIQUE TRAJANO** às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 600 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal e **(2) GUSTAVO HENRIQUE GENEROSO** às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls.

180/187).

Apelaram as partes.

O **Ministério Público** requer a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, em relação a ambos os acusados (fls. 239/245).

Por sua vez, a defesa de **Gustavo Henrique** postula: (a) a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06; (b) a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, considerada a detração; (c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 203/208).

Por fim, o apelo de **Luiz Henrique** requer a absolvição por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, alegando que a abordagem ocorreu sem fundada suspeita concreta, violando direitos e garantias constitucionais. Subsidiariamente, colima: (a) o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06; (b) a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; (c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 263/266).

Processados os recursos, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo: (i) provimento do recurso ministerial; (ii) rejeição da preliminar defensiva e desacolhimento das apelações dos acusados Luiz Henrique e Gustavo Henrique (fls. 299/316).

É o relatório.

2. Não vingam os apelos ministerial e da defesa de Gustavo. Prospera, em parte, o reclamo de Luiz Henrique.

Tudo, na linha do que se segue.

3. Segundo a denúncia (fls. 84/85):

*“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 20 de julho de 2024, por volta das 9h10, na Travessa Tupi Paulista, Vila Real, nesta Cidade e Comarca de Várzea Paulista, **LUIZ HENRIQUE TRAJANO**, qualificado às fls. 24, e **GUSTAVO HENRIQUE GENEROSO**, qualificado às fls. 19, traziam com eles 188 (cento e oito e oito) porções de maconha; 40 (quarenta) porções de de cocaína; 4 (quatro) comprimidos de ecstasy; 19 (dezenove) embalagens de lança-perfume; e 23 (vinte e três) porções de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros (cf. auto de exibição e apreensão às fls. 25/26, laudo de constatação de fls. 27/29 e laudo de exame toxicológico definitivo a ser oportunamente juntado).*

Segundo apurado, os denunciados traziam com eles os entorpecentes acima descritos, no interior de duas sacolas, para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros.

Ocorre que, guardas municipais em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, avistaram os denunciados com uma sacola plástica nas mãos. Contudo, ao perceberem a viatura, os denunciados tentaram fugir, sendo acompanhados pelos agentes de segurança, que obtiveram êxito em abordá-los.

O denunciado GUSTAVO resistiu à abordagem, sendo necessário o uso de força moderada para contê-lo. Com ele foi encontrada uma sacola plástica contendo várias drogas e dinheiro em espécie.

O denunciado LUIZ HENRIQUE TRAJANO também estava com uma sacola plástica contendo drogas diversas, dinheiro em espécie, um rádio transmissor e um celular.

No total, foram encontradas 188 embalagens de maconha, 40 tubetes de cocaína, 4 comprimidos de ecstasy, 19 embalagens de lança-perfume, 23 microtubos de crack, um rádio transmissor, um celular e o valor de R\$ 1.112,00 em espécie.

Indagados pelos guardas civis, ambos denunciados confessaram o crime. Em solo policial LUIZ e GUSTAVO novamente confessaram os fatos - fl. 10 e 11.

Assim, considerando a quantidade da droga encontrada – incomum para ser considerada de consumo pessoal -, a forma em que as encontrou, o encontro de dinheiro, e a confissão informal e formal dos denunciados é forçoso convir que a droga apreendida destinava-se à entrega e consumo de terceiros.

*Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência **LUIZ HENRIQUE TRAJANO** e **GUSTAVO HENRIQUE GENEROSO** como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/06, observado o disposto na Lei nº 8.072/1.990”.*

4. Diga-se, à partida, que não se divisa ilegalidade na ação dos guardas municipais.

Ao que se depreende dos autos (tal como será mais explicitado na sequência), os guardas municipais estavam em patrulhamento preventivo, quando avistaram os acusados Luiz Henrique e Gustavo, cada qual com certo volume na mão (sacola); e, ao notarem a presença da viatura, tentaram empreender fuga, o que chamou a atenção dos agentes públicos. Diante disso, deliberaram por acompanhar os réus e detê-los, bem como, proceder à revista pessoal dos acusados, logrando êxito em encontrar drogas, dinheiro, celular e rádio comunicador no interior das sacolas que carregavam.

Havia, sim, portanto, **dados empíricos** a desenhar um quadro de fundada suspeita de que os acusados estivessem portando drogas (ou outro bem cuja posse é proibida), a autorizar a busca pessoal e a apreensão.

Aplicáveis, na espécie, as regras previstas no artigo 240, parágrafo 2º e artigo 244, ambos do Código de Processo

Penal.

Nesse sentido:

“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.” (STF, ARE 1467500 AgR-terceiro, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 18-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 12-04-2024 PUBLIC 15-04-2024, grifei).

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. BUSCAS PESSOAL E VEICULAR. ARTS. 240, § 2º, E 244 DO CPP. FUNDADA SUSPEITA. JUSTA CAUSA. LEGALIDADE DA MEDIDA. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Não há que se falar em inobservância do disposto nos arts. 240, § 2º, e 244 do CPP, pois as buscas realizadas pelos agentes policiais se deram em vista de fundadas suspeitas de prática delitiva, sobretudo pelos elementos que envolviam a própria conduta do corréu, que buscou, ativamente, esquivar-se da equipe policial, acelerando o veículo, ignorando ordem de parada, em clara tentativa de fuga. 2. Verificada justa causa para a realização da abordagem policial, tomando-se como base o quadro fático delineado pelas instâncias antecedentes, alcançar conclusão em sentido diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via do habeas corpus. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (STF, HC 230232 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 02-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-10-2023 PUBLIC 09-10-2023).

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O agravante foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 799 dias-multa.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais na busca pessoal, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 746.064/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

Há que se considerar, para fins de determinação do conteúdo da dicção **fundada suspeita**, enquanto requisito da busca pessoal, para a temática do que se denomina, no campo doutrinário, de critérios de decisão ou standards probatórios, enquanto grau de convencimento necessário para a prática dos atos no curso da persecução penal. Na realidade, dependendo da natureza do ato, exige-se um maior ou menor grau de convencimento (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPODIVM, 6ª edição, pág. 562; **GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ**, Processo Penal, RT, 5ª edição, págs 432/434).

Neste passo, considerando que o ato se deu no limiar da persecução penal (na verdade, foi a ação dos agentes públicos que a desencadeou), não se poderia exigir um grau mais elevado de probabilidade da prática de uma infração penal, para fins de configuração de um quadro de fundada suspeita, a emprestar juridicidade à ação policial, sob pena de se inviabilizar a própria

atividade do Estado no combate ao crime.

Questões como a do caso em apreço devem ser solucionadas à luz de uma ponderação dos interesses em jogo (liberdade e intimidade, de um lado; segurança pública e interesse do Estado na punição dos crimes, de outro), tomando-se por parâmetro o princípio da proporcionalidade.

E, no caso em tela, à luz do que se explanou, sobrelevam, a emprestar legitimidade ao ato, a segurança pública e o interesse do Estado na punição dos crimes.

Anote-se que se tratava de uma situação de flagrante delito, sempre lembrando que o delito previsto no artigo 33 “caput”, da Lei nº 11.343/06, na modalidade imputada aos acusados, é de natureza permanente.

Em uma palavra, **não há que se falar, na espécie, em violação de direitos e garantias constitucionais.**

5. Evidenciada a responsabilidade penal dos acusados pelo crime de tráfico de drogas.

A materialidade do delito acha-se positivada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 03/06), auto de exibição e apreensão (fls. 25/26), e, notadamente, laudos químicos-toxicológicos (fls. 121/123 e 153/154), os quais revelaram que as substâncias apreendidas eram maconha (THC), cocaína (na forma de pó e de “crack”) e diclorometano (cloreto de metileno).

Por sua vez, certa a autoria.

Em seguros depoimentos colhidos durante a persecução penal (fls. 07/09 e 189), os guardas municipais **Ismael Aparecido Pereira de Moraes** e **Lucas Oliveira Pereira** confirmaram,

na sua essência, a imputação.

Verte dos relatos que estavam em patrulhamento preventivo de rotina pelo local dos fatos, quando, na Travessa Tupi Paulista, avistaram dois indivíduos juntos, cada qual com uma sacola plástica nas mãos. Ao perceberem a presença da viatura, ambos empreenderam fuga, motivo pelo qual passaram a acompanhá-los. Lograram êxito em abordá-los, sendo identificados como os acusados Gustavo Henrique Generoso e Luiz Henrique Trajano. Gustavo resistiu à abordagem, sendo necessário o uso de força moderada para contê-lo; estava na posse de uma sacola plástica contendo várias drogas e dinheiro em espécie. Luiz Henrique também trazia consigo uma sacola plástica contendo drogas diversas, dinheiro em espécie, um rádio transmissor pendurado no pescoço e um aparelho celular. Ambos admitiram a prática da traficância. No total, foram encontradas 188 porções de maconha, 40 tubetes de cocaína, 4 comprimidos de ecstasy, 19 embalagens de lança-perfume, 23 microtubos de “crack”, um celular e o valor de R\$ 1.112,00 em espécie. Não conheciam os acusados anteriormente aos fatos.

A circunstância de serem guardas municipais não os torna suspeitos, mostrando-se inadmissível estabelecer-se um juízo antecipado e genérico sobre o depoimento de agentes públicos, de sorte a reduzir-lhe, *a priori*, o poder de convencimento. Com efeito, **“o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, de repressão penal. O depoimento**

testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (STF, HC nº 73.518 – SP, Rel. Ministro Celso de Mello).

No caso vertente, nada há nos autos a sugerir que os guardas municipais teriam mentido. Não se entrevê motivo para que fossem acusar falsamente os acusados.

Além disso, as narrativas estão em consonância com a apreensão das drogas, do dinheiro, do aparelho celular e do rádio comunicador.

Cuida-se, pois, de um manancial denso a confortar a acusação.

Além disso, em solo policial, ambos confessaram a prática delitiva.

Gustavo, em solo policial (fls. 10), declarou que o interrogando e Luiz Henrique estavam precisando de dinheiro, pois estavam devendo para um sujeito. Então um traficante (que não quis identificar) disse que se vendessem drogas para ele, iriam ganhar um dinheiro. O interrogando e Luiz Henrique aceitaram, asseverando que já tinham vendido uma boa quantidade de entorpecentes.

Luiz Henrique, na fase inquisitiva (fls. 11), declarou que, juntamente com Gustavo, estava devendo dinheiro para um morador de rua. Aceitaram vender drogas para um traficante. Disse que estava na posse de uma boa quantidade de drogas e de dinheiro, bem

como um celular e um radinho comunicador.

Conforme anota **DAMÁSIO DE JESUS** (Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 22ª edição, pág. 182), fazendo alusão à orientação do **Supremo Tribunal Federal**, “a **confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valia desde que não elidida 'por quaisquer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados' (RCrim 1.261, DJU 2.4.76, p. 225)**”. No mesmo sentido: STF; HC nº 100.693, rel. Min. Luiz Fux; HC nº 103.205, rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC nº 75.809, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Não bastasse tudo isso, perante o juízo (fls. 189), **Gustavo** tornou a confessar a prática do tráfico de drogas, muito embora alegando que estava sozinho; e que, quando viu a viatura, correu. Foi abordado pelos agentes públicos e levado para o interior da viatura e, após uns 20 minutos, chegou o acusado Luiz, o qual desconhecia. Disse que já tinha uma passagem por tráfico de drogas e estava em liberdade provisória.

De outro norte, em juízo (fls. 189), **Luiz Henrique** contou história totalmente diversa, dizendo que estava passando pelo local dos fatos em direção a casa de um amigo, quando foi detido por um outro agente público diverso dos que prestaram depoimento em audiência. Negou estar na posse de drogas. Asseverou que Gustavo foi abordado junto e não tinha conhecimento se tal rapaz estava na posse de drogas.

Mas a negativa judicial do acusado Luiz Henrique, assim como a versão em juízo de Gustavo no ponto em que intenta isentar de responsabilidade o acusado Luiz Henrique, porque

pouco verossímeis à luz das regras de experiência comum e escoteiras nos autos, **não vingam**, carecendo de pujança para dobrar a prova acusatória.

Nessa ordem de ideias, sobrelevam, na hipótese, enquanto dados a avalizar a acusação, a prova testemunhal, confortada pela apreensão das drogas, do dinheiro e demais objetos comumente relacionados à traficância.

Ademais, não se pode partir do princípio da desonestidade dos agentes públicos, sobretudo quando não se divisa – como sucede na espécie – nenhum dado concreto mais denso a sugerir uma falsa acusação por crime tão grave, considerando que sequer conheciam os acusados.

Nessa ordem de ideias, o conjunto probatório descortina que os acusados Luiz Henrique e Gustavo, agindo em conjunto, traziam consigo, para fins de venda, drogas de espécies variadas, tal como explicitado na denúncia e no auto de exibição e apreensão.

E a hipótese é, designadamente, a de tráfico de drogas. Com efeito, (i) a quantidade e a diversidade das drogas (**188 porções de maconha, ao peso líquido de 231,30 gramas; 40 “eppendorfs” de cocaína, ao peso líquido de 34,80 gramas; 4 comprimidos de ecstasy; 19 embalagens de lança-perfume; 23 microtubos de “crack”, ao peso líquido de 3,50 gramas**); (ii) o dinheiro encontrado (R\$ 1.112,00), além do rádio comunicador e do celular; (iii) a dinâmica dos fatos, tal como explanada nos depoimentos dos agentes públicos e (iv) a confissão extrajudicial dos réus e judicial de Gustavo constituem fatores que, ajuntados, caracterizam o delito

previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Cabe remarcar que a condenação pelo tráfico, tal como composto o tipo penal – com inúmeras condutas – não reclama a identificação do fornecedor ou do comprador. Nem mesmo se exige a prova da efetiva ocorrência do ato de mercancia.

Deveras, **“é desnecessária a comprovação de qualquer ato de comércio para que seja caracterizada a conduta do agente como tráfico de entorpecentes, uma vez que o convencimento quanto à incidência do art. 12, da Lei nº 6.368/76 pode decorrer do conjunto indiciário existente nos autos”** (TJSP, Rev nº 261.898-3/2, rel. Egidio de Carvalho; no mesmo sentido, TJDF, AC 9.073, rel. Hermenegildo Gonçalves, RT 747/647, 745/633, 740/634, 739/639, 594/393, “apud” Alberto Silva Franco e outros, Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial, RT, vol. 2, 7ª edição, pág. 3.132).

Na realidade, o delito previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não possui elemento subjetivo do tipo ou o chamado dolo específico. Este **“aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direito especialmente previstas em lei. Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita”** (VICENTE GRECO FILHO, Tóxicos, Prevenção e Repressão, Saraiva, 13ª edição, págs. 150/151, grifei). O crime de tráfico de drogas, tal como concebido na legislação brasileira, não pressupõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização (STF, HC nº 69.806, relator. Ministro Celso de Mello, julgado em 09/03/1993, DJ 04/06/1993; STJ, REsp n. 1.133.943/MG, relator

Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/4/2010, DJe de 17/5/2010).

De rigor, pois, a condenação, bem decretada em primeiro grau.

6. E não é o caso de incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, (i) a quantidade e a diversidade das drogas; e (ii) o encontro de considerável quantia em dinheiro e de objetos relacionados comumente com a traficância, como rádio comunicador e celular descortinam um acentuado envolvimento dos réus com o comércio de drogas.

Além disso, (iii) não comprovaram a contento o exercício de atividade lícita,

Fatores que, somados, assentem que os acusados são pessoas dedicadas às atividades criminosas.

Cabe salientar que “a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas”, para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 09/03/2010, DJ de 16/04/2010).

Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas – situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – pode vir assentada na prova indiciária, tal como

esta se acha definida no artigo 239, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC nº 101.519, relator Min. Luiz Fux, julgado em 20/02/2012; DJ de 26/04/2012). Consoante salientado pelo **Ministro Luiz Fux**, em passagem bastante elucidativa de seu voto, **“os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas”**”.

Deveras, na interpretação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, pp. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, pp. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar – com uma sensível redução da pena – aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de **entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação dos réus.**

7. A sanção de Gustavo não comporta alteração; a reprimenda de Luiz Henrique enseja redução.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal (elevação de 1/5) – 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa –

para ambos os acusados.

De fato, importa considerar: a) a **natureza** das drogas (atente-se para o elevado potencial lesivo da cocaína e do “crack” para a saúde pública) – circunstância que, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, incrementam o grau de reprovabilidade da conduta, autorizando uma pena mais rigorosa (STF, HC nº 132.600, relator **Ministro Dias Toffoli**, julgado em 19/04/2016, DJ 30/05/2016; HC nº 107.784, relator **Ministro Ricardo Lewandowski**, julgado em 09/08/2011, DJ 05/09/2011; STJ, AgRg no HC nº 778.760/SC, relator **Ministro Messod Azulay Neto**, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgRg no HC nº 753.483/SP, relatora **Ministra Laurita Vaz**, Sexta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023; AgRg no HC nº 807.687/PR, relator **Ministro Rogerio Schietti Cruz**, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgRg no HC nº 756.962/SC, relator **Ministro Ribeiro Dantas**, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022, entre outros); b) que ambos praticaram o crime quando em liberdade provisória, circunstância também desfavorável (STJ, AgRg no HC n. 762.399/SP, relator **Ministro Messod Azulay Neto**, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 22/2/2023; AgRg no AREsp n. 1.311.359/MG, relator **Ministro Rogerio Schietti Cruz**, Sexta Turma, julgado em 9/6/2020, DJe de 17/6/2020; HC n. 472.909/SC, relator **Ministro Reynaldo Soares da Fonseca**, Quinta Turma, julgado em 4/4/2019, DJe de 30/4/2019).

São dados que justificam uma pena mais rigorosa. E o “quantum” estabelecido não se mostra desmedido.

Na segunda fase, presentes as circunstâncias

atenuantes da confissão e da menoridade, para o acusado Gustavo (à época dos fatos, contava com 19 anos, fls. 19), a sentença reduziu a pena mínimo legal – 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

No que concerne ao acusado Luiz Henrique, a decisão recorrida não alterou a reprimenda nessa fase; no entanto, também deve ser reconhecida a circunstância atenuante da confissão.

Anote-se que, no caso de a confissão na fase policial, mesmo que retratada em juízo, servir como fundamento para a condenação, deve ser reconhecida a circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal (STJ, Súmula nº 545; AgRg no HC nº 706.216/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 16/12/2021; AgRg no HC nº 638.926/SP, relator João Otávio Noronha, Quinta Turma, julgado em 10.08.2021, DJe de 13.08.2021; AgRg no HC nº 506.997/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 28/2/2020; HC nº 257.075/SP, relator Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 23/10/2014, DJe de 10/11/2014).

Nessa ordem de ideias, a pena também fica reduzida para o mínimo legal – 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Reprimendas que não sofrem alteração, na terceira fase, tendo em conta a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena

O que significa penas definitivas de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa para ambos os réus.

A despeito da quantidade, natureza e

diversidade das drogas, diante do “quantum” da reprimenda, fica mantido o regime inicial semiaberto para o início da pena privativa de liberdade (artigo 33, parágrafo 2º, “b”, do Código Penal), para ambos os acusados, os quais, acabaram confessando a prática delitiva (um deles, ainda que somente na fase policial), considerando-se, ainda, a primariedade e os bons antecedentes reconhecidos.

O grau de culpabilidade da conduta (quantidade, natureza e diversidade das drogas) não permite alteração do regime mesmo a se considerar o tempo de prisão preventiva.

O artigo 387, parágrafo 2º, do Código Processo Penal deve ser compreendido não como uma regra puramente matemática, vale dizer, em que o magistrado tome em conta somente o tempo de custódia cautelar, cotejando-o com a pena imposta, de sorte a estabelecer um regime mais brando – do que a quantidade da pena postula – apenas porque o réu ficou preso por tempo que, em sede de execução penal, viabilizaria a progressão de regime. Na verdade, trata-se de uma deliberação que envolve todas as circunstâncias relativas ao delito e ao agente, de tal arte que o juiz, diante de cada caso, sopesando vários fatores, inclusive o tempo de prisão provisória, estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Cenário que obsta a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, benefício sequer compatível com a quantidade da pena (artigo 44, I e III, do Código Penal).

8. Fica mantida a prisão preventiva dos acusados, considerando a gravidade em concreto do crime. Tem-se, pois, um quadro a assentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

De resto, não se mostra razoável desconstituir-se a custódia cautelar se o réu permaneceu preso durante todo o transcorrer do processo e se subsistentes os motivos que ensejaram a decretação da segregação provisória, vale dizer, se não alterado substancialmente o quadro no qual veio assentada a decretação da prisão preventiva (**STF, HC nº 95.685, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 16/12/2008, DJ de 06/03/2009; HC nº 89.824, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 11/03/2008; DJ de 29/08/2008; STJ, HC nº 175.538/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11/4/2013, DJe de 18/4/2013; HC nº 192.024/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 9/8/2011; HC nº 114.916/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/8/2009, DJe de 8/9/2009**).

Respeitada opinião em sentido contrário, inexistente incompatibilidade, do ponto de vista jurídico processual, entre o estabelecimento do regime semiaberto e a manutenção da prisão cautelar. No entanto, sob pena de maltrato ao princípio da proporcionalidade, urge seja compatibilizada a segregação provisória com o regime imposto na sentença, a fim de que o réu não fique sujeito a uma situação mais gravosa do que a estabelecida na decisão judicial. Ou seja, deve ele ser posto imediatamente em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto (**STJ, AgRg no HC n. 786.675/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023; AgRg no HC n. 827.560/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 31/8/2023; AgRg no HC n. 812.414/SC, relator Ministro**

Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023; AgRg no RHC n. 173.924/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023; AgRg no HC n. 761.032/RO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

Deveras, “a fixação do regime inicial semiaberto não é suficiente, por si só, para ensejar a revogação da prisão preventiva, a qual pode ser compatibilizada com o modo intermediário de cumprimento de pena” (STJ, AgRg no RHC n. 190.346/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023).

9. Ante o exposto, (i) nego provimento aos apelos do Ministério Público e do acusado Gustavo Henrique Generoso; (ii) dou parcial provimento ao recurso do acusado Luiz Henrique Trajano, a fim de reduzir sua sanção para 5 anos meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 dias-multa. Mantida, no mais, a r. sentença.

Oficie-se, comunicando.

LAERTE MARRONE

Relator