



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000000916

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500804-46.2024.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes/apelados GUSTAVO MARCELO RODRIGUEZ VARGAS e GABRIEL VIEIRA DE NOVAIS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento à irresignação acusatória e deram parcial provimento aos recursos defensivos, 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 MARCO DE LORENZI (Presidente) E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

FREIRE TEOTÔNIO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº. 1500804-46.2024.8.26.0617

5ª Vara Criminal de São José dos Campos - SP

Apelantes: Gabriel Vieira de Novais

Gustavo Marcelo Rodriguez Vargas

Apelado : Ministério Público

Voto nº. 8.163

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO ACUSATÓRIA DESPROVIDA E RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I. Caso em Exame

Apelação interposta contra sentença que condenou Gabriel Vieira de Novais e Gustavo Marcelo Rodriguez Vargas por tráfico de drogas, com penas de 5 anos e 4 meses e 6 anos de reclusão, respectivamente, no regime semiaberto. O Ministério Público requer o agravamento do regime prisional imposto. As defesas buscam absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, reconhecimento do tráfico privilegiado, fixação do regime aberto, com substituição da privativa por restritivas de direitos.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar a adequação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por depoimentos de policiais e confissão de um dos réus. A quantidade de droga apreendida (9.868g de maconha) inviabiliza o reconhecimento do tráfico privilegiado. 4. A fixação do regime semiaberto é mantida, considerando a primariedade dos réus e a ausência de circunstâncias que justifiquem regime mais gravoso. A quantidade punitiva imposta impede a substituição da privativa por restritivas de direitos.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recursos defensivos parcialmente providos para redimensionar a pena dos apelantes para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso. Tese de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo: 1. A quantidade de droga apreendida pode justificar a negativa do tráfico privilegiado. 2. O regime semiaberto é adequado para réus primários com pena-base no mínimo legal.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de págs. 202/208, cujo relatório se adota, que condenou Gabriel Vieira de Novais à pena de 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 532 (quinhentos e trinta e dois) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da lei nº11.343/06 e Gustavo Marcelo Rodriguez Vargas à pena de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da lei nº11.343/06.

Inconformados, insurgem-se a Justiça Pública e a Defesa dos réus.

O Ministério Público requer a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena (págs. 270/276).

As defesas dos réus buscam a

absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, almejam o reconhecimento do tráfico privilegiado, a redução da pena base no mínimo legal e a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena, com a substituição da privativa por restritivas e direitos. (págs. 255/262 e 264/269).

O recurso foi regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões defensivas e ministeriais (págs. 285/289, 291/294 e 295/312).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo dos acusados e pelo provimento da irresignação ministerial (págs. 321/333).

É, em síntese, o relatório.

Consta da denúncia, resumidamente, que, no dia 02 de maio de 2024, por voltas das 17h30min, na altura do Km 94,5 da Rodovia Governador Carvalho Pinto, no bairro Capuava, na cidade e Comarca de São José dos Campos-SP, os ora apelantes, em concurso e com unidade de propósitos, transportavam para fins de comércio e consumo de terceiros 9.868g de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade do delito restou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (pág. 01), boletim de ocorrência (págs. 02/06), auto de exibição e

apreensão (págs. 11/12), laudo de constatação (págs. 19/21) laudo químico toxicológico (págs. 129/131), bem como pela prova oral.

A autoria e prática da infração pelo apelante, de igual modo, são inequívocas.

Em juízo, os policiais militares Alisson César e Lucas Luís, narraram que durante uma operação na Rodovia Carvalho Pinto, no km 92, na praça do pedágio, ao darem sinal de parada a um Chevrolet/Ônix, placas FMV4H50, o condutor empreendeu fuga. Após aproximadamente um quilômetro de perseguição, os policiais notaram que o indivíduo que ocupava o lugar do carona jogou uma caixa pela janela. Os depoentes afirmaram que em seguida, cerca de mais um quilômetro depois, conseguiram abordar o veículo, oportunidade em que o motorista se entregou e o passageiro Gustavo tentou fugir, no entanto, foi perseguido e detido. Disseram que o corréu Gustavo, resistiu à prisão, sendo que o policial Alisson que teve a calça rasgada e o braço direito levemente lesionado. Ao retornarem, encontraram a caixa dispensada pelos indivíduos e notaram que se tratava de 10 (dez) tijolos de maconha. O motorista foi identificado como o ora acusado Gabriel e, ao ser questionado afirmou que teria comprado as drogas pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e as recebido na Rodovia Presidente Dutra, na divisa entre São José dos Campos e Jacareí. Gabriel mencionou que rumavam com o entorpecente para Ubatuba, local onde reside. Gustavo permaneceu em silêncio. Ato contínuo, os policiais encaminharam os acusados ao DP.

Cabe consignar que os policiais militares que efetuaram a detenção nenhuma razão tinham para incriminar os apelantes injustamente, devendo ser considerados válidos e com valor probante os seus testemunhos.

Destaca-se precedente do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se frisa que “[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, da 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” (HC 73518, **Rel. CELSO DE MELLO**, j. 26-03-1996, DJ 18-10-1996 PP-39846, EMENT VOL-01846-02 PP-00293).

Recente julgado desta Colenda Câmara corrobora o posicionamento: “Cumprе frisar, por necessário, que a prova calcada em depoimentos de policiais é bastante à condenação, mesmo porque, no caso dos autos, não há sequer indícios de que tivessem eles interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa os ora apelantes. Inquestionável a validade dos depoimentos

*prestados por agentes policiais. Consoante a legislação vigente, os policiais, civis ou militares, como toda e qualquer pessoa, podem servir como testemunha (art. 202 do Código de Processo Penal), mesmo porque, como cidadãos comuns, estão sujeitos ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho” (Apelação Criminal nº 1504536-22.2020.8.26.0408, Rel. **Des. FERNANDO TORRES GARCIA**, j. 03-11-2021).*

O apelante Gabriel confessou a autoria do delito. Declarou que estava transportando o entorpecente para Ubatuba, sendo que receberia R\$ 800,00 pelo serviço. Afirmou que aceitou a proposta porque estava precisando, uma vez que já havia recebido R\$ 300,00 e receberia o restante na entrega da droga para um indivíduo chamado Marcelo. Por fim, disse que chamou Gustavo para acompanhá-lo, mas ele não sabia de nada.

O apelante Gustavo negou a autoria do delito. Narrou que estava em companhia de Gabriel até São Paulo, retornando para Ubatuba quando foram parados pela fiscalização e Gabriel começou a fugir. Logo depois, quando viu que ele não parou, desconfiou de algo errado e jogou uma caixa fechada pela janela a pedido dele.

Cabe frisar, por oportuno, que para a caracterização do crime de tráfico de drogas não é necessária a prova flagrante do comércio ilícito, sendo suficientes os elementos indiciais apurados no caso concreto, bem como as circunstâncias da prisão, para evidenciar tal atividade ilícita.

Confira-se: “Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, 'contrario sensu'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente” (RT 584/347, grifei).

E os elementos apurados nestes autos, tais como a prisão dos réus que empreenderam em fuga ao receberem a ordem de parada; a forma de acondicionamento do entorpecente, a resistência à prisão do corréu Gustavo e a confissão do apelante Gabriel evidenciam que a droga localizada em poder dos acusados se destinava ao tráfico, de modo que inviável o acolhimento do pleito de absolvição por insuficiência probatória.

Irretocável, portanto, o decreto condenatório.

Registre-se, pela pertinência: “Os indícios, quando veementes, convergidos e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi comprovados autorizam a condenação” (JTACRESP 51/342-3).

Passo, então, à análise da dosimetria.

Observo que a pena de partida foi balizada em 1/6 acima do mínimo legal, em razão da natureza e quantidade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei de Drogas). No entanto, a quantidade de droga confiscada não pode ser considerada para essa finalidade, pois, como se verá, servirá de lastro para a negativa da causa especial de diminuição de pena.

Assim, retorno a pena de partida ao mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, unidade no piso.

Na segunda fase, em relação ao apelante Gabriel, acertadamente foi reconhecida pelo magistrado *a quo* a aplicação da atenuante da menoridade e da confissão espontânea, contudo em observância da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça deixo de proceder à diminuição da sanção, visto que não permitida redução aquém do mínimo legal.

Em relação ao apelante Gustavo ausentes atenuantes e agravantes.

Na derradeira, não era mesmo o caso de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas para nenhum dos apelantes.

Isto porque a quantidade de droga apreendida (9.868g de maconha) indica não se tratar de pequenos traficantes, frustrando a intelecção do

dispositivo, reservado ao que se desviou com quantidade mínima, como uma oportunidade, não àquele que vem distribuindo quantidade considerável e em variedade. Correta a negativa.

A propósito, reforça a doutrina: "A apreensão de grande quantidade de drogas (bem como a diversidade da natureza dos entorpecentes encontrados), a depender das peculiaridades do caso concreto, é circunstância hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo do narcotráfico, ainda que ele seja primário e não possua maus antecedentes". (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, Lei de Drogas: aspectos penais processuais 2021, p. 107).

Assim, sem outras causas modificadoras, a sanção final para os apelantes, convolou-se definitiva em 05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, no piso.

Outrossim, no que se refere ao regime inicial de cumprimento, mesmo diante de todas as circunstâncias expostas, há que se considerar a primariedade dos réus, não havendo motivo para regime mais gravoso, sendo, pois, mantida a fixação no semiaberto.

Destaco julgado recente da 14ª

Câmara Criminal, no mesmo sentido, a saber: "...Por fim, inviável manter a fixação do regime inicial fechado. Apesar de comprovada sua dedicação à atividade criminosa, tendo em vista os atos infracionais anteriores, deve-se levar em conta que o réu é primário e que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, mostrando-se excessiva a aplicação do regime mais gravoso, em conformidade com a Súmula 719 do E. Supremo Tribunal Federal. Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo para reduzir a base ao piso legal, sem reflexo, no entanto, na pena final e para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena". (TJSP – 14ª Câmara Apelação Criminal nº 1501138-72.2020.8.26.0180 – Voto nº 473735 – Desembargador **MIGUEL MARQUES E SILVA** – 29/06/2022).

Assim também decide o Superior Tribunal de Justiça: "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades. 2. As instâncias ordinárias afastaram, fundamentadamente, a incidência da benesse pretendida sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciam a dedicação do paciente à atividade criminosa. 3. Destacou a sentença que o paciente, além de haver sido preso com considerável quantidade de cocaína 35 (trinta e cinco) invólucros plásticos – em conhecido ponto de venda

de entorpecentes, fazia "do crime seu meio de vida", não comprovando o exercício de qualquer atividade lícita e já ostentando registro anterior na Vara da Infância e Juventude por ato infracional equiparado a tráfico de drogas. 4. Indeferida a aplicação do redutor de pena com base em motivação idônea, inviável se torna, na via do writ, o revolvimento de provas com o fim de verificar a justiça da decisão. 5. **O regime semiaberto é o recomendável, já que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o paciente é primário, e a reprimenda não ultrapassa o patamar de oito anos (Súmula nº 440 do STJ).** 6. Ordem parcialmente concedida" (STJ HC no 212704/SP rel. Min. **OG FERNANDES**, Sexta Turma j. 15/9/2019- nosso grifo) .

Consigne-se, por derradeiro, que a quantidade punitiva imposta, objetivamente, impede a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como a concessão de "sursis", nos termos dos artigos 44 e 77, ambos do Estatuto Repressivo.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento à irresignação acusatória e dou parcial provimento aos recursos defensivos, para excluir o aumento da base, redimensionando a pena dos apelantes para 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, no piso,** mantidos os demais termos da r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREIRE TEOTÔNIO

Relator