



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001515

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500239-97.2024.8.26.0612, da Comarca de Monte Alto, em que são apelantes IGOR VINÍCIUS DA SILVA e LUCAS FERREIRA ONOFRE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram dos recursos, concederam ao acusado Lucas os benefícios da justiça gratuita e, no mérito, por v.u. deram-lhes parcial provimento para: a) em relação ao réu Lucas, afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixar a pena base no mínimo legal, readequando a pena final para 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06; b) em relação ao réu Igor: i) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a pena base no mínimo legal; b) reconhecer a figura do tráfico privilegiado e impor, na terceira fase da dosimetria, a redução da pena em 2/3; c) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; d) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução.**

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9160

Apelação Criminal nº 1500239-97.2024.8.26.0612

Apelantes: Igor Vinicius da Silva e Lucas Ferreira Onofre

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo da 1ª Vara da Comarca de Monte Alto

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS DEFENSIVOS.**

I. CASO EM EXAME. Recursos de apelação interpostos pelas defesas dos réus Igor Vinicius da Silva e Lucas Ferreira Onofre contra a r. sentença que condenou o réu Igor à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, e o réu Lucas à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, como incursos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO. Segundo a denúncia, guardas municipais realizavam patrulhamento, quando avistaram os acusados em um “escadão” conhecido como ponto de tráfico. Os réus foram abordados e submetidos a revista pessoal. Na posse de Igor, foram encontradas 15 porções de maconha, dinheiro e um aparelho celular. Com Lucas, os guardas encontraram 11 pinos de cocaína e dinheiro.

3. RAZÕES DE DECIDIR.

3.1. Pedido de isenção do pagamento das custas processuais por ser o réu pessoa pobre, sem condições de suportar as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento. Cabimento.

3.2. Condenação adequada. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos guardas municipais indicando a abordagem dos acusados em local conhecido como ponto de tráfico após o recebimento de denúncias que reportavam as suas características e localização. Encontro de porções de drogas e dinheiro na posse dos réus. Pequena divergência quanto às circunstâncias que motivaram a abordagem dos acusados que não macula a credibilidade dos relatos dos guardas municipais. Versão apresentada pelos acusados que, além de inverossímil, não restou comprovada quando confrontada com os elementos probatórios produzidos.

3.3. Pleito objetivando a desclassificação para o delito previsto pelo art. 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Acusados que foram detidos em local conhecido pelo tráfico de drogas, na posse de dinheiro e de porções individualizadas de maconha e cocaína. Circunstâncias que, aliadas aos relatos apresentados pelos guardas municipais, conduzem à conclusão de que os entorpecentes se destinavam à comercialização.

3.4. Dosimetria. Da pena aplicada ao réu Lucas. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pena base fixada no mínimo legal. Agravante da reincidência corretamente reconhecida. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado e justifica a imposição de regime prisional mais severo, afastando a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Da pena aplicada ao réu Igor. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis com a fixação da pena base no mínimo legal. Tráfico privilegiado caracterizado. Acusado primário sem antecedentes criminais. Inexistência de elementos que afirmem a sua dedicação às atividades criminosas ou o envolvimento com organização criminosa. Quantidade não expressiva de drogas. Aplicação do redutor em seu patamar máximo. Imposição do regime fechado em sentença. Acusado primário. Pena aplicada abaixo de 4 anos. Modificação para o regime aberto. Cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Afastamento do caráter hediondo uma vez reconhecido o tráfico em sua forma privilegiada. Substituição por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

IV. DISPOSITIVO. Recursos conhecidos e parcialmente providos para: a) em relação ao réu Lucas, afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixar a pena base no mínimo legal, readequando a pena final para 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06; b) em relação ao réu Igor: i) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a pena base no mínimo legal; ii) reconhecer a figura do tráfico privilegiado e impor, na terceira fase da dosimetria, a redução da pena em 2/3; iii) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; iv) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006; v) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais

serão detalhados pelo juízo da execução.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º; art. 28. Código Penal, art. 33, §2º; art. 44; art. 77. Código de Processo Civil, art. 99, §3º. Constituição Federal, art. 5º, XI.

Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Criminal 0000704-48.2018.8.26.0530, Rel. Otávio de Almeida Toledo, j. 23/01/2020. TJSP, Apelação Criminal 1500200-65.2019.8.26.0551, Rel. Newton Neves, j. 29/01/2020. STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, j. 21/08/2018. STJ, AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/12/2017. STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/02/2017. STJ, AgRg no HC 485.746/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, j. 04/06/2019. STJ, HC 482.234/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/06/2019. STJ, AgRg no REsp 1777922/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 07/05/2019.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas defesas dos réus **IGOR VINICIUS DA SILVA** e **LUCAS FERREIRA ONOFRE** contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Gilson Miguel Gomes da Silva, da 1ª Vara Criminal Comarca de Monte Alto**, que, julgando procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenou o réu **Igor** à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e o réu **Lucas** à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 365/377).

Em razões de apelação, a defesa de **Igor** insurge-se contra a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes. Aduz não haver elementos que indiquem o envolvimento do apelante na prática da mercancia ilícita de entorpecentes, destacando que as drogas encontradas em sua posse se destinavam ao próprio consumo. Postula, destarte, pela desclassificação do delito imputado para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena no mínimo legal, com a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º, do

artigo 33, da Lei de Drogas, apontando o preenchimento dos requisitos para tanto. Pleiteia, por fim, a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça (fls. 499/408).

A defesa de **Lucas**, por seu turno, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Assevera que as provas produzidas estão circunscritas aos relatos oferecidos pelos guardas municipais, os quais devem ser recebidos com cautela, uma vez que fornecidos com parcialidade. Sustenta, ademais, não haver elementos que indiquem o envolvimento do apelante na traficância, destacando que nada de ilícito foi encontrado em sua posse por ocasião da abordagem. Argumenta, por outro lado, que o acusado apresentou relatos coerentes, afirmando tratar-se de dependente químico. Pleiteia, destarte, pela desclassificação do delito imputado para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena no mínimo legal, com a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, apontando o preenchimento dos requisitos para tanto. Consequentemente, requer a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (409/428).

Contrarrazoados os recursos (fls. 450/453), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo interposto por **Lucas** e parcial provimento do recurso interposto por **Igor**, para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (fls. 460/476).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e

interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita

A defesa de **Lucas** pleiteia a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o réu não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a declaração, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo na presente Câmara:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse. Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais.

(TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019).

3. Do recurso interposto pela defesa dos réus Lucas e Igor

3.1. Dos fatos provados

Os apelantes foram denunciados porque, no dia 21 de junho de 2024, por volta das 11h20, na Avenida Oliano Zucarato, Jardim Centenário, na cidade e comarca de Monte Alto, traziam consigo e guardavam 15 invólucros contendo maconha e 11 *eppendorfs* contendo cocaína, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação

legal e regulamentar.

De acordo com o narrado pela denúncia, os acusados eram conhecidos nos meios policiais pelo seu envolvimento com o comércio ilícito. Na data dos fatos, Guardas Municipais realizavam patrulhamento, quando os avistaram em um escadão conhecido como ponto de tráfico e resolveram abordá-los. Durante a revista pessoal, encontraram nas roupas íntimas de **Igor** 15 porções de cocaína, R\$ 42,00 e um aparelho celular. Com **Lucas**, localizaram 11 pinos de cocaína e R\$ 10,00 em espécie (fls. 128/129).

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01). Submetidos à audiência de custódia, os acusados tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva (fls. 77/78). Por decisão proferida em sede de *habeas corpus*, **Igor** foi agraciado com a liberdade provisória condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. O alvará de soltura foi cumprido em 24 de julho de 2024 (fls. 172). Finda a instrução, os réus foram condenados nos termos da denúncia.

3.2. Das provas produzidas

A materialidade foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para maconha e cocaína (fls. 19/20). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 116/121).

Sob o crivo do contraditório, o guarda municipal André confirmou os relatos apresentados em solo policial. Segundo narrou, recebeu denúncia via CAD dando conta de que dois indivíduos estavam comercializando drogas em um “escadão” conhecido como ponto de tráfico. De acordo as informações fornecidas naquela oportunidade, um dos indivíduos era branco, magro e trajava uma camiseta branca com detalhes vermelhos. O outro era negro, magro, trajava camiseta branca, bermuda, e estava na posse de uma bicicleta. Munido daquelas informações, resolveu patrulhar o local dos fatos. Ali chegando, visualizou dois indivíduos sentados no “escadão”, cujas características coincidiam com aquelas fornecidas. Ao avistarem a viatura, os indivíduos se levantaram, despertando as suspeitas que motivaram a sua

abordagem. Em revista pessoal, encontraram com o indivíduo identificado como **Lucas** 11 *ependorfs* contendo cocaína e R\$ 10,00 em espécie. Com o agente identificado como **Igor**, localizaram 15 porções de maconha, R\$ 42,00 em notas diversas e um aparelho celular. Foram, então, conduzidos para a delegacia.

O guarda municipal Jefferson, por seu turno, relatou em juízo o recebimento de informações dando conta de que dois indivíduos, cujas características foram descritas, estariam comercializando drogas em um “escadão” conhecido como ponto de tráfico. Dirigiu-se até aquele local pela manhã, porém não visualizou qualquer situação que despertasse suspeitas. Quando tornou a passar pelo escadão, avistou os acusados, cujas características coincidiam com aquelas informadas, entregando algo ao condutor de uma motocicleta. A cena motivou a abordagem. Em revista pessoal, encontrou na posse de ambos porções de drogas e valores em espécie. Ambos foram, em seguida, conduzidos para a delegacia. Asseverou ter realizado diversas abordagens no local, onde era comum presenciar indivíduos comercializando substâncias ilícitas.

As narrativas, note-se, são coesas e uniformes em pontos essenciais da narrativa. Não se vislumbram elementos que possam fragilizar as versões apresentadas. A alegação de que a prova estaria circunscrita aos depoimentos prestados pelos policiais não é, por si, suficiente a ponto de afastar a validade daquelas provas. Como é cediço, a legislação processual não acolheu o sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. A bem da verdade, adotou-se o sistema do livre convencimento motivado. As provas, portanto, devem ser examinadas de forma livre, expondo o magistrado o percurso lógico para a conclusão.

No caso em apreço, os depoimentos prestados devem ser considerados. A par da uniformidade dos relatos nos pontos essenciais da narrativa, não há registros de desvios funcionais anteriores que, de alguma forma, fragilizassem a confiabilidade das narrativas. Assim, os depoimentos prestados pelos policiais assumem importante valor probatório para o deslinde da causa. Nesse sentido, alinha-se a jurisprudência:

Tráfico de drogas. Conduta de trazer consigo e guardar porções de cocaína. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Pretendida absolvição. Inadmissibilidade. Apreensão do entorpecente em poder do acusado. **Depoimentos de guardas municipais que efetuaram a prisão. Validade e suficiência para a procedência da ação penal.** Circunstâncias da prisão e modo de acondicionamento indicativos do intuito mercantil. Condenação mantida. (...)

(TJSP; Apelação Criminal 0000704-48.2018.8.26.0530; Relator (a): Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sertãozinho - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/01/2020; Data de Registro: 23/01/2020)

TRÁFICO – Nulidade da prisão efetuada por Guardas Municipais – Ausência de legitimidade dos Guardas Municipais para realização de busca pessoal – Ilicitude das provas colhidas – Prisão em flagrante que pode ser realizada por qualquer pessoa do povo – Art. 301 do CPP – Nulidade não reconhecida – Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito – **Depoimentos de guardas municipais – Inexistência de contradição ou confronto com as demais provas – Análise que se faz em cada caso concreto** – Ausência de dúvida que justifica o decreto condenatório – Condenação mantida – Pena-base reduzida ao mínimo legal – Acusado reincidente – Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas – Regime inicial fechado justificado pela reincidência - Recurso parcialmente provido – (voto nº 41452).

(TJSP; Apelação Criminal 1500200-65.2019.8.26.0551; Relator (a): Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araras - Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/01/2020; Data de Registro: 29/01/2020)

Em juízo, a testemunha de defesa Edmar nada soube dizer sobre os fatos. Disse que trabalhava na lavoura e, meses dos fatos, contratara **Igor** para auxiliá-lo esporadicamente. Todavia, **Igor** não lhe prestava serviços há aproximadamente 20 dias. Não soube dizer se era usuário de drogas.

Ouvido em sede preliminar, o réu **Lucas** relatou que se deslocava até uma loja de assistência técnica para promover reparos em seu aparelho celular, quando avistou **Igor** caminhando pela mesma rua. Pouco depois, foram abordados e revistados. Muito embora os guardas municipais não tenham localizado nada de ilícito em sua posse, os colocaram na viatura. Em dado momento, visualizou uma outra equipe de guardas municipais realizando buscas a alguns quarteirões de distância de onde estava. Possivelmente, as drogas foram encontradas naquele local.

Negou a propriedade dos entorpecentes, aduzindo que nada de ilícito trazia consigo. Asseverou, por fim, que os valores encontrados em sua posse eram fruto de seu trabalho como servente de pedreiro.

Interrogado em juízo, negou a propriedade das drogas apreendidas. Disse que, na data dos fatos, se dirigiu até o local dos fatos, conhecido como ponto de tráfico, a fim de adquirir porções de maconha. Ali chegando, foi abordado pelos guardas municipais, que lhe imputaram falsamente a propriedade dos entorpecentes apreendidos.

O réu **Igor**, por seu turno, relatou em solo policial que se deslocava para um supermercado, quando foi abordado por guardas municipais. Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em sua posse. Enquanto era entrevistado, **Lucas**, um conhecido que passava pelo local, também foi abordado. Não soube dizer se **Lucas** trazia drogas consigo. Ambos foram embarcados na viatura enquanto os guardas realizavam buscas pelas imediações. Em dado momento, visualizou outra equipe de guardas municipais vasculhando área situada a alguns quarteirões de distância de onde se encontrava. As drogas provavelmente foram encontradas naquele local. Negou a propriedade daquelas substâncias. Negou, igualmente, o envolvimento com a traficância. Asseverou, por fim, que o valor que trazia consigo se destinava à aquisição de leite para a sua filha.

Em juízo, disse que se deslocava até o supermercado para comprar leite para a sua filha, quando encontrou **Lucas**, com quem trabalhara anteriormente. O cumprimentou e permaneceu por algum tempo parado no “escadão” conversando. Nesse ínterim, três rapazes que ali estavam deixaram o local. Momentos depois, foi abordado pelos guardas municipais e conduzido para a viatura. Enquanto aguardava, os guardas lhe apresentaram as drogas cuja propriedade lhe atribuíram. Negou, contudo, o envolvimento com o comércio ilícito.

O vínculo entre os réus e os entorpecentes é indubitável. Os guardas municipais apresentaram relatos consistentes e uniformes os quais coincidem em pontos essenciais da narrativa com aqueles fornecidos em sede preliminar. Segundo narraram, receberam denúncia dando conta de que dois indivíduos, cujas características foram descritas, comercializavam drogas em um “escadão” conhecido

como ponto de tráfico. Munidos daquelas informações, iniciaram patrulhamento pelo local indicado, até que avistaram dois indivíduos cujas características coincidiam com aquelas informadas. Ambos foram abordados e, em suas posses, foram encontradas porções de maconha e cocaína, além de valores em espécie.

De fato, verifica-se uma pequena divergência quanto à cena que motivou a abordagem dos acusados. Em sede preliminar, ambos os guardas disseram que os réus estavam sentados no “escadão” e, ao avistarem a viatura, se levantaram. Tal narrativa, note-se, foi integralmente reproduzida pelo guarda André sob o crivo do contraditório. Por outro lado, o guarda Jefferson afirmou em juízo ter visualizado os acusados se aproximando de uma motocicleta, despertando suspeitas de que estivessem comercializando drogas. Apesar da divergência, os guardas narraram de maneira uníssona todas as demais circunstâncias que conduziram à detenção dos acusados e ao encontro das drogas. Não se trata, portanto, de inconsistência apta a macular os seus relatos, os quais, frise-se, convergiram em todos os demais pontos da narrativa.

Os acusados, por sua vez, confirmaram em juízo que a abordagem ocorreu no “escadão” situado no local dos fatos. Disseram, contudo, que os policiais lhes atribuíram falsamente a propriedade das drogas apreendidas. A versão não se sustenta. Além de inverossímil, não veio acompanhada de qualquer elemento de convicção que sustentasse, minimamente, aquela narrativa. As acusações são graves e não poderiam ser acolhidas sem que houvesse algum fundamento que conferisse o mínimo de plausibilidade. Não há, nesse sentido, qualquer elemento que demonstre a má intenção dos policiais militares em acusar falsamente o réu por tão graves crimes.

É preciso considerar, ainda, que os acusados apresentaram narrativas incongruentes ao longo da persecução penal. Em sede preliminar, **Lucas** disse que se deslocava até um estabelecimento comercial, quando foi abordado pelos guardas. Em juízo, contudo, afirmou que se dirigira até o escadão para adquirir porções de maconha. **Igor**, por sua vez, relatou em sede preliminar que se dirigia ao supermercado quando os guardas o abordaram. Sob o crivo do contraditório, disse que conversava com **Lucas** no “escadão”. As divergências são substanciais e, por si só, maculam a credibilidade de seus relatos.

Nesse cenário, a narrativa dos réus não resiste quando confrontadas

com os relatos coerentes apresentados pelos guardas municipais responsáveis pela prisão em flagrante.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição dos réus pela prática do crime previsto pelo artigo 33 da Lei de Drogas.

Irrepreensível, nesse aspecto, a decisão de primeiro grau.

3.3. Da qualificação jurídico-penal dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença.

A tese desclassificatória para a figura delitiva prevista no art. 28 da Lei de Drogas não merece prosperar. O fato de não terem sido flagrados executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo art. 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria guarda de substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. (...) 7. **É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários**

verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017). (...) 13. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. TRÁFICO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. NULIDADES. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. SÚMULA 7/STJ. REPETIÇÃO DE TESES EXAUSTIVAMENTE AFASTADAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. **O crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito.** (...) 10. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 4. **O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.** 5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

fato, a quantidade de entorpecentes apreendida não era excessiva. Tratava-se de 38,66 gramas de maconha e 12,17 gramas de cocaína (fls. 116/121), fracionadas em porções individuais, próprias para a venda a usuários. Parte das drogas estava com **Igor** e parte com **Lucas**. Além do mais, os acusados foram detidos em um “escadão” conhecido como ponto de tráfico. De acordo com a prova oral produzida, estavam sentados no “escadão”, não havendo notícias da presença de outras pessoas naquele local. Durante a revista pessoal, não foram encontrados petrechos comumente utilizados para o consumo das drogas, que permitissem concluir pela sua condição de usuários. Por outro lado, os acusados traziam consigo valores em espécie cuja origem lícita não restou comprovada. É evidente que os réus ali estavam para comercializar as drogas. Correta, portanto, a subsunção dos fatos comprovados ao tipo penal dado pelo art. 33, caput, da Lei de Drogas.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Os réus são plenamente imputáveis.

4. Da dosimetria

4.1. Do réu Lucas

Na primeira fase, o i. Magistrado fixou a pena 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão, e ao pagamento de 583 dias-multa. Para tanto, considerou a maior reprovabilidade da conduta, representada pela prática do delito mediante concurso de agentes.

Sem embargo dos fundamentos expostos, o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes, no caso em apreço, não reclama maior juízo de censura, haja vista que não tornou mais reprovável a conduta realizada. A pena, portanto, é devolvida ao mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, foi corretamente reconhecida a agravante da reincidência, consubstanciada pela condenação definitiva proferida nos autos do processo 1506275-82.2022.8.26.0368, outrora em trâmite perante a 1ª Vara da

Comarca de Monte Alto, com trânsito em julgado para as partes em 11 de dezembro de 2023 (fls. 53). O aumento aplicado, na fração de 1/6, se mostra adequado. Obtém-se, assim, a pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, e ao pagamento de 583 dias-multa.

Na terceira fase, a reincidência afastou a possibilidade de reconhecimento do tráfico em sua forma privilegiada, uma vez não preenchidos os requisitos dados pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

O regime inicial não comporta modificação. O réu, reincidente, foi condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão. Assim, ao contrário do alegado pela defesa, o regime fechado não foi aplicado em decorrência da gravidade abstrata do delito, mas sim em razão da aplicação do art. 33, §2º, do Código Penal. Anote-se, no mais, ser incabível a aplicação da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a pena aplicada ao acusado é superior a 4 anos de reclusão.

A quantidade de pena aplicada e os antecedentes são incompatíveis com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, nos termos do art. 44 e 77 do Código Penal.

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte do réu. Assim, o valor do dia-multa é estabelecido em seu menor padrão monetário.

4.1. Do réu Lucas

Na primeira fase, o i. Magistrado fixou a pena 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão, e ao pagamento de 583 dias-multa. Para tanto, considerou a maior reprovabilidade da conduta, representada pela prática do delito mediante concurso de agentes.

Sem embargo dos fundamentos expostos, o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes, no caso em apreço, não reclama maior juízo de censura, haja vista que não tornou mais reprovável a conduta realizada. A pena,

portanto, é devolvida ao mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, o i. Magistrado afastou a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada por entender que o acusado se dedicava, habitualmente, às atividades criminosas¹.

O reconhecimento do tráfico privilegiado, contudo, é de rigor. Não há, no caso em apreço, razões impeditivas do benefício. Afinal, o acusado é primário e não possui antecedentes criminais. Não há, ademais, indícios de que integre organização criminosa ou que estivesse dedicado às atividades ilícitas. Não há registros de investigação prévia. Em poder do acusado, não foi encontrada vultosa soma em dinheiro, documentos com anotações referentes à movimentação e contabilidade do tráfico ou mesmo petrechos usualmente empregados para aquela atividade ilícita. A quantidade de drogas, por sua vez, não era excessiva. Lado outro, a afirmação de que era conhecido nos meios policiais pelo seu envolvimento com o comércio ilícito, desacompanhada de qualquer elemento que a corroborasse, não constitui motivação idônea para afastar a aplicação do redutor.

Assim, os requisitos previstos pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 estão presentes e autorizam a aplicação do redutor no patamar máximo de 2/3. Obtém-se, assim, a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e o pagamento de 166 dias-multa.

Com relação ao regime prisional, fixou-se o fechado para início de cumprimento de pena. O acusado, contudo, é primário e não registra antecedentes criminais. A quantidade de drogas não era expressiva. A despeito da existência de processo em andamento versando sobre a prática do crime de roubo, não há notícias de condenação definitiva. Por outro lado, afirmada a figura do tráfico privilegiado, resta afastada a equiparação com os crimes hediondos, conforme já estabelecido pelo

¹ No caso em tela, ao acusado Igor, conforme se depreende da certidão de fls. 59/60, embora o réu seja tecnicamente primário e nada tenha sido produzido nos autos a indicar que faça parte de organização criminosa, tenho que não há falar que o réu não se dedique a atividades criminosas, diante do quanto afirmado pelas testemunhas arroladas pela acusação em Juízo (fls. 313/322), que narraram que o réu já era conhecido nos meios policiais pela prática da traficância (fls. 372).

Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 118.533/MS. Nesse quadro, a fixação do regime aberto mostra-se proporcional à luz do princípio retributivo que orienta a individualização da pena.

É, ademais, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Além do aspecto objetivo, relativo à quantidade da pena imposta, o acusado ostenta condições subjetivas favoráveis. Ademais, uma vez reconhecida a figura do tráfico privilegiado, delito não equiparado aos crimes hediondos, afasta-se a vedação prevista na parte final do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pela jurisprudência. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO. PACIENTE PRIMÁRIA. MINORANTE DO § 4º APLICADA NO MÁXIMO. PENA FINAL: 1 ANO E 8 MESES. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Considerando a primariedade da paciente, a inexistência de circunstância judicial negativa, a aplicação da minorante do § 4º no patamar máximo e a natureza da droga apreendida, mostra-se cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos. Tendo sido proferida em consonância com a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre o tema em debate, a decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. Agravo desprovido.

(STJ, AgRg no HC 485.746/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...) 3. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).

5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(STJ, HC 482.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019)

(...) VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, A CARGO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

(...) 7. Possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, notadamente diante do entendimento firmado pela Suprema Corte na hipótese do preenchimento dos requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010; e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).

8. No julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem (HC n 487.684/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 11/3/2019).

9. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1777922/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS

JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

Assim, reconhecidos os requisitos dados pelo art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e à limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo.

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte do réu. Assim, o valor do dia-multa é estabelecido em seu menor padrão monetário.

5. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço dos recursos, concedo ao acusado **Lucas** os benefícios da justiça gratuita e, no mérito, dou-lhes parcial provimento para:

a) em relação ao réu Lucas, afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixar a pena base no mínimo legal, readequando a pena final para 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06;

b) em relação ao réu Igor: i) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a pena base no mínimo legal; b) reconhecer a figura do tráfico privilegiado e impor, na terceira fase da dosimetria, a redução da pena em 2/3; c) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; d) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida.

MARCOS ZILLI

Relator