



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002712

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500477-55.2022.8.26.0558, da Comarca de Catanduva, em que é apelante/apelado JOÃO VICTOR MARTIMIANO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, negaram provimento aos recursos interpostos. Vencida, em parte, a E. Desembargadora Ely Amioka.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente sem voto), ELY AMIOKA E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500477-55.2022.8.26.0558

Apelantes/Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo
e João Victor Martimiano

Corréu: Pedro D'Oliveira Filho

Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Catanduva

Voto nº 4.879

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RECURSOS RECÍPROCOS. DEFESA PRETENDE A ABSOLVIÇÃO, AO ARGUMENTO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. RESPONSABILIDADE DO ACUSADO/APELANTE E DESTINAÇÃO MERCANTIL DAS DROGAS APREENDIDAS EVIDENCIADAS. QUANTIDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS SUBSTÂNCIAS INCOMPATÍVEIS COM A POSSE PARA MERO CONSUMO. APELANTE FLAGRADO EM NOTÓRIO LOCAL DE VENDA DE DROGAS, CONTANDO DINHEIRO, APÓS TER ENTREGADO PARTE DAS SUBSTÂNCIAS AO CORRÉU - NÃO APELOU – QUE SERIAM POR ESTE ENTREGUES AOS USUÁRIOS ATRAVÉS DE DELIVERY. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PENA-BASE CORRETAMENTE FIXADA NA FRAÇÃO DE 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, POR FORÇA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/06. APELANTE FLAGRADO COMERCIALIZANDO INÚMERAS PORÇÕES DE DROGAS ALTAMENTE NOCIVAS E VICIANTES - COCAÍNA E CRACK. 2ª FASE. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA JUSTIFICOU A RECONDUÇÃO DA REPRIMENDA AO MÍNIMO LEGAL. 3ª FASE. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA BEM REVELARAM REITERAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BUSCANDO A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA

DE LIBERDADE. NÃO ACOLHIMENTO. REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO NA ORIGEM MOSTROU-SE MAIS ADEQUADO E PROPORCIONAL. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO, E MENOR DE 21 ANOS DE IDADE.

RECURSOS IMPROVIDOS.

Ao relatório da r. sentença (págs. 388/396), proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Antônio Carlos Pinheiro de Freitas, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Catanduva, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **João Victor Martimiano**, qualificado nos autos, foi processado e condenado ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento do valor correspondente a 500 (quinhentos) dias-multa, calculada a unidade no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Outrossim, foi absolvido da prática do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignadas, as partes apelaram.

Busca o Ministério Público a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da penal corporal (págs. 397/402).

Por sua vez, pretende a Douta Defesa a absolvição, sustentando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer: (i) o reconhecimento do privilégio previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006; e, (ii) abrandamento do regime prisional (págs. 403/416).

Processados e contrarrazoados os recursos (págs. 417/431 e 462/469), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do apelo do Ministério Público (págs. 219/223).

O corréu **Pedro D'Oliveira Filho** foi condenado ao cumprimento de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto – *substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo prazo da pena corporal, e prestação pecuniária em favor de entidade pública ou privada de destinação social local, no valor equivalente a um salário mínimo* –, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, calculada a unidade no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por incurso no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, não havendo insurgência pelas partes, cujo trânsito em julgado ocorreu em 15/04/2024 (pág. 440 e 448).

É o relatório.

As irresignações não comportam acolhimento.

O apelante João Victor foi processado e condenado pela prática de tráfico ilícito de drogas, porque, ao que consta da denúncia (págs. 150/153):

“(...) no dia 04 de novembro de 2022, por volta das 18h30m, na Rua Atibaia cruzamento com a Rua Mongaguá, Jardim Alpino, nesta cidade e Comarca de Catanduva-SP, PEDRO D' OLIVEIRA FILHO e JOÃO VICTOR MARTIMIANO, já qualificados nos autos, traziam com eles drogas, consistentes em 148 (cento e quarenta e oito) microtubos de “cocaína na forma de crack”, pesando 12,43 gramas e 08 (oito) microtubos de “cocaína”, pesando 1,98 gramas, a fim de entrega a consumo de terceiros (tráfico de drogas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme laudo de constatação de fls. 19/21 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 119/121.

Segundo apurado, nas circunstâncias descritas, os denunciados associaram-se para o fim de praticarem tráfico de drogas e, na data dos fatos, traziam com eles a droga acima mencionada, cujo destino

era a venda e entrega a terceiros. Todavia, policiais militares que realizavam patrulhamento de rotina, avistaram o denunciado Pedro sobre uma motocicleta Honda/NXR160, placas FVH9H67, com uma sacola plástica nas mãos e, ao lado dele, estava o denunciado João Victor contando cédulas de dinheiro.

Ao notar a presença da viatura, Pedro dispensou a sacola plástica e tentou se evadir, mas ambos foram abordados.

Realizada busca pessoal, os policiais localizaram, dentro das vestes (cueca) do denunciado Pedro 20 (vinte) microtubos de "cocaína" na forma de "crack"; no bolso da blusa encontraram 05 (cinco) microtubos de "cocaína", a quantia de R\$ 31,00 (trinta e um reais) e um aparelho celular. Já com João Victor, foi encontrado, em suas mãos, a quantia de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), e nos bolsos a quantia de R\$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais), bem como 03 (três) microtubos de "cocaína". Por fim, dentro da sacola plástica, foi localizado 128 (cento e vinte e oito) microtubos de "cocaína" na forma de "crack".

Durante a abordagem, Pedro assumiu a traficância alegando que adquiriu as drogas de João Vitor. Por sua vez, João disse que o dinheiro encontrado era proveniente de seu trabalho e as drogas encontradas com ele eram para consumo pessoal.

PEDRO D' OLIVEIRA FILHO, interrogado a fls. 06, confessou a traficância e negou ter comprado as drogas de João Victor.

JOÃO VICTOR MARTIMIANO, interrogado a fls. 07, nega os fatos que lhe foram imputados, afirmando ser usuário de drogas.

A quantidade de porções apreendidas, a forma como estavam acondicionadas e as demais circunstâncias da prisão em flagrante indicam, com segurança, que as drogas apreendidas pertenciam aos denunciados e eram destinadas ao tráfico."

A materialidade restou demonstrada pelo auto de

prisão em flagrante (págs. 01 e seguintes); boletim de ocorrência (págs. 19/13); auto de exibição e apreensão (págs. 16/17); laudo de constatação preliminar (págs. 19/21); laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para cocaína (págs. 119/121); bem como pela contundente prova oral produzida.

E a autoria é igualmente certa.

No que concerne aos depoimentos prestados em juízo, reproduzo a transcrição que constou da r. decisão impugnada, a fim de preservar a fidedignidade das falas, eis que bem compilada a prova oral produzida nos autos.

Nas oportunidades em que foi interrogado, o apelante **João** negou o cometimento do delito.

Perante a i. Autoridade Policial, relatou que:

“trazia eppendorfs com cocaína, todavia alega que se destinavam ao consumo pessoal, por ser usuário de cocaína e maconha. Declarou que os valores em dinheiro são provenientes do trabalho como servente. Afirmou que conhece PEDRO de vista e este sempre dá carona para o interrogado, tendo usado da carona de PEDRO na presente ocasião, quando foi abordado pelos militares.” – pág. 07.

Em Juízo, esclareceu:

“que tinha em seu poder somente três pinos de “cocaína”, os quais foram comprados no Conjunto Esportivo e se destinavam a seu próprio consumo; trabalhava de servente de pedreiro para seu sogro e seu avô; em razão do serviço prestado, recebeu a quantia de R\$675,00 dos dois (seu sogro e seu avô); o acusado Pedro estava no local dos fatos apenas para realizar uma corrida de mototáxi para o interrogando; Pedro lhe trouxe, de mototáxi, de Palmares Paulista para Catanduva e o estava aguardando para levar de volta para aquela localidade, ocasião em

que ambos foram abordados pela polícia; conhecia Pedro somente da função e mototaxista; nada tem contra ele; não sabia que ele estava de posse de drogas no momento da abordagem; não entregou drogas para Pedro na ocasião dos fatos; não conhecia os policiais militares. A negativa de autoria de João Victor, contudo, deve ceder diante das demais provas produzidas pela acusação.” – págs. 391/392.

Entretanto, essa singela e inconsistente negativa de autoria não se sustentou, restou isolada nos autos, desprovida de demonstração probatória de veracidade e foi infirmada pelo robusto e comprometedor acervo probatório.

Carlos Alberto Vicente Camargo e William Ayres Nascimento, nas oportunidades em que foram inquiridos, apresentaram esclarecimentos coerentes e harmônicos acerca da diligência que realizaram, que culminou com a prisão em flagrante do acusado e a apreensão de drogas e dinheiro.

Carlos Alberto, em Juízo, narrou:

“ter avistado os dois acusados em contato um com o outro, estando Pedro sobre uma motocicleta e com um saco plástico nas mãos; João Victor estava em contato com Pedro e aparentando estar contando dinheiro; Pedro tentou se evadir do local, com a motocicleta, e dispensou a sacola plástica, porém foi abordado em seguida; João Victor ali também foi abordado; confirma que apreendeu todas as drogas e o dinheiro descritos na denúncia em poder dos acusados; Pedro disse que havia comprado as drogas que dispensou pelo preço de R\$550,00, compra que se deu do acusado João Victor; Pedro disse que pretendia revender as drogas pelo sistema delivery; João Victor estava com R\$550,00, em dinheiro, nas mãos, além de um pouco mais de dinheiro e drogas; não se recorda dos dois acusados de abordagens anteriores; João Victor alegou que o dinheiro era proveniente de seu trabalho de servente de pedreiro, bem como que as drogas encontradas em poder ele eram destinadas a consumo próprio dele; João Victor negou ter vendido drogas para Pedro.” – pág. 392.

William, por sua vez, esclareceu que:

“no dia dos fatos estava na companhia do policial Carlos Alberto, realizando patrulhamento rotineiro pelo local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas, quando no cruzamento das Ruas Atibaia com a Mongaguá, avistaram o acusado mantendo contato pessoal com Pedro, que ocupava uma motocicleta. Visualizou o instante em que João apanhou o dinheiro que lhe foi entregue por Pedro, que tinha em seu poder uma sacola que segurava em cima do veículo. Resolveram proceder a abordagem e neste instante, Pedro tentou se desvencilhar da sacola e se evadir, mas foi contido. Realizada a busca pessoal, localizaram em poder dele, a quantia de R\$ 30,00 e alguns eppendorfs de cocaína na blusa de frio que vestia; dentro da cueca, localizaram 20 pedras de “crack”. Recolhida a sacola, no seu interior localizaram 128 porções de “crack”. Em poder de João, apreenderam a importância de R\$ 550,00 que ele segurava nas mãos, além de R\$ 125,00 e três pinos de cocaína que ele guardava nas vestes, embalados idênticos aos que foram apreendidos em poder de Pedro. Indagados, Pedro admitiu que adquiriu os entorpecentes de João para revender com sua motocicleta, através de “delivery”, e pagou a importância de R\$ 550,00, mesma quantia apreendida em poder do réu. O acusado negou a traficância e disse que a droga que estava consigo era para seu consumo pessoal; o dinheiro era proveniente do seu trabalho. Já abordou o apelante anteriormente, quando menor e após atingir a maioridade, em pontos de venda de drogas, inclusive, recebeu denúncias de populares dizendo que ele estava traficando entorpecentes, mas nunca aprendeu nada de ilícito com ele. Foram presos em flagrante e conduzidos à Delegacia de Polícia.

Os esclarecimentos apresentados pelos policiais são merecedores de toda credibilidade, uma vez que não se pode presumir que iriam criar injusta e gratuita acusação. Como qualquer outra testemunha, prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência que realizaram.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em

questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

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

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

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória." (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Como a prova demonstrou, portanto, policiais

militares em patrulhamento pelo local, conhecido ponto de venda de drogas, avistaram o réu e *Pedro* parados no cruzamento das Ruas Atibaia com a Mongaguá, um em contato com o outro; *Pedro* estava sobre a motocicleta e segurava uma sacola, ao passo que **João Victor** contava a importância em dinheiro (R\$ 550,00); ao notar a presença policial, *Pedro* se desfez da sacola, atirando-a ao chão, e tentou se evadir, mas foi contido; submetidos à revista pessoal, apreenderam com o apelante, na blusa que vestia, dinheiro e três *eppendorfs* de cocaína; com *Pedro* apreenderam, dentro de sua cueca, 20 pedras de “crack” e 05 microtubos de cocaína; apanharam em seguida àquela a sacola e no seu interior localizaram 128 porções de “crack”; o réu trazia consigo ainda R\$ 125,00; os três pinos de cocaína que estavam em seu poder eram embalados da mesma forma daqueles apreendidos com *Pedro*; questionados, *Pedro* disse que adquiriu as drogas do apelante e iria revendê-las pelo sistema *delivery*; o apelante não confirmou essa versão, , dizendo que os entorpecentes que portava eram destinados ao seu próprio consumo e o dinheiro fruto de seu trabalho.

Entretanto, essa singela negativa de autoria restou totalmente isolada nos autos, uma vez que o apelante não produziu prova alguma de veracidade, e isso lhe competia (artigo 156, CPP), de que a totalidade do dinheiro que contava (R\$550,00) e o que trazia consigo (R\$125,00), fosse oriundo de seu trabalho como servente de pedreiro. Ao contrário, como ressaltado, o apelante foi visto por policiais mantendo contato com o corréu *Pedro*, o qual depois de tentar fuga e ser detido, confessou ter adquirido os entorpecentes do apelante e iria revendê-los pelo sistema *delivery*; e os milicianos, antes da abordagem, viram o apelante contando àquela quantia (R\$550,00), a demonstrar, sem lugar para dúvidas, que vendeu os entorpecentes apreendidos no interior daquela sacola para *Pedro* e dele recebeu R\$550,00 como pagamento pela venda.

E, como ressaltado, fosse verídica a versão de que

teria recebido R\$ 675,00 reais pelo trabalho de servente de pedreiro que realizou com o sogro e avô, certamente toda quantia estaria junta, e não separada, parte no bolso de suas vestes e o restante – R\$ 550,00 – em suas mãos. Evidente que o apelante havia acabado de vender as drogas para *Pedro* revendê-las e contava as cédulas que recebeu pelo pagamento, como relatado pelas testemunhas policiais.

Em suma, a prova produzida se mostrou apta e segura na demonstração da responsabilidade do apelante pelo crime em apreço, ou seja, a versão firme e segura dos policiais, a quantidade expressiva de drogas diversificadas: 148 *ependorfs* de “crack”, pesando 12,43 gramas e 08 microtubos contendo cocaína, com peso líquido de 1,98 gramas (conforme auto de exibição e apreensão - págs. 16/17 – laudos de constatação e toxicológico - págs. 19/21 e 119/121), além da importância de R\$ 675,00 em dinheiro, parte fruto da venda ao corréu (R\$550,00), a versão deste último - Pedro - aos policiais, que apontou o apelante como a pessoa que lhe forneceu as drogas que carregava, cuja entrega faria aos usuários através do sistema “*delivery*”; de maneira que bem ficou demonstrada a destinação mercantil das substâncias, de modo que não é acolhida a pretensão defensiva de insuficiência probatória, ou mesmo na desclassificação para o crime do artigo 28 da lei 11.343/06, pleito, aliás, sequer buscado pela n. Defesa em razões recursais.

Passa-se à análise da reprimenda lançada.

1ª Fase. Pena-base fixada na fração de 1/6 acima do mínimo legal, o que se deu pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

A decisão está motivada dentro dos parâmetros legais previstos no ordenamento jurídico vigente, uma vez que amparada pela regra prevista no artigo 42, da lei 11.343/06. O apelante havia

acabado de fornecer ao corréu drogas altamente nocivas e viciantes, separadas por inúmeras porções.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do C. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/6 DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas justificam a exasperação da pena-base, a teor do preceito do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n. 593.818/SC, com repercussão geral reconhecida, decidiu que: “Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”. 3. Ainda que a lei não estabeleça percentual, esta Corte de Justiça tem jurisprudência consolidada de que é proporcional a fração de 1/6 de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base. 4. Agravo regimental improvido”. (STJ - AgRg no HC: 658192 SP 2021/0103231-0, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 28/09/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDENAÇÃO ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR APTA A CONFIGURAR MAUS ANTECEDENTES E A AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No caso dos autos, foram consideradas desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes e, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei de

Drogas, foram consideradas a quantidade e a natureza da droga apreendida para elevar a reprimenda básica, entendimento que se encontra de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior. 2. Condenações transitadas em julgado, ainda que atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, podem ser consideradas como maus antecedentes e, no caso do crime de tráfico de drogas, também afastam a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. 3. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicialmente fechado, pois, consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se adequado o estabelecimento do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, c/c o § 3º, do Código Penal. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido". (STJ - AgRg no HC: 507474 SP 2019/0122136-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 17/09/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2019)

2ª Fase. O apelante era menor de 21 anos de idade à época do crime (pág. 14/15), de maneira que a pena foi atenuada ao mínimo legal.

3ª Fase. Nesta etapa, o Doutro Magistrado *a quo*, deixou de aplicar o redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, assim justificando: ***“Deixo de reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da mesma lei, tendo em vista que o acusado já era conhecido dos meios policiais, sendo abordado outras vezes pelos agentes da lei, havendo notícias de seu envolvimento com o tráfico ilícito de drogas e denúncias de populares acerca do envolvimento do acusado em tal delito, conforme depôs o policial Willian, podendo concluir-se que o acusado se dedicava às atividades criminosas e fazia da traficância ilícita um meio de vida, caso em que incabível referida causa de diminuição de pena.”*** – pág. 394.

De se ressaltar que os requisitos legais para o

reconhecimento da benesse em apreço, restritivos e cumulativos, não são a “quantidade” ou a “qualidade” das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base, vide o artigo 42 da Lei nº 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas produzidas, se o acusado é “primário”, “de bons antecedentes”, “não integre organização criminosa” e “não está envolvido com atividades criminosas” (artigo 33, § 4º, segunda parte, da Lei nº 11.343/06).

E no caso *sub judice*, como já consignado, o réu se mostrou profundamente envolvido nesse comércio espúrio, dada a substancial quantidade de drogas que trazia consigo – 148 eppendorfs de “crack” e 08 microtubos contendo cocaína, com peso líquido total de 14,41 gramas – apreendidas sob a guarda e responsabilidade dele e de *Pedro*, substâncias altamente nocivas e viciantes – cocaína e “crack” –, que comprometem sobremaneira a saúde pública, revelando que promovia a venda de entorpecentes de forma reiterada e habitual, afastando os requisitos exigidos pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. E como bem pontuou o MM. Juiz sentenciante, o réu já era conhecido dos meios policiais pela prática do tráfico de drogas e foi abordado enquanto menor de idade e após atingir a maioridade pelo policial *William*, em algumas oportunidades, em locais onde se desenvolvia o comércio espúrio, além de apontado por populares como traficante.

Acrescenta-se que não se confia relevante quantidade de drogas a quem é incipiente no comércio ilícito em questão.

Eis a jurisprudência desta C. 15ª Câmara de Direito Criminal:

“A quantidade dos entorpecentes apreendidos (quase dois quilogramas de cocaína) e seu alto valor no comércio clandestino de entorpecentes demonstram envolvimento do apelado em atividades criminosas, impedindo, portanto, a incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o qual fica afastado” (TJ-SP -

Apelação Criminal nº 1522780-54.2020.8.26.0228, Relator(a): Gilda Alves Barbosa Diodatti, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 28/04/2021).

Desta forma, referida causa de redução de pena foi corretamente afastada pelo MM. Juiz a quo, não comportando qualquer alteração a r. sentença.

Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no *caput*, aliás, **ainda equiparado a hediondo** (STF - HC nº 122594/SP, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, J. 23.09.2014, DJe 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG, Sexta Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, J. 03.09.2013, DJe 17.09.2013; TJ-SP, Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, Relator J. Martins J., 08.05.2014).

Nesse sentido a jurisprudência desta C. 15ª Câmara de Direito Criminal:

“PENA - APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO, CONQUANTO PRIMÁRIO, FAZ DO TRÁFICO SEU MEIO DE VIDA - REGIME FECHADO ADEQUADO - EVENTUAL ABRANDAMENTO NÃO SERIA SUFICIENTE PARA ATENDER AO ASPECTO QUALITATIVO DA PENA - IMPROVIMENTO DO RECURSO”
(TJ-SP - Apelação Criminal nº 1500936-48.2020.8.26.0616, Relator(a): Willian Campos, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 20/04/2022).

Esclareça-se, ainda, que a quantia apreendida em poder do apelante João Vitor – R\$ 675,00 – denota que era proveniente da atividade ilícita em questão, reforçando a convicção pelo envolvimento dele nessa atividade criminosa habitual, bem demonstrando, inclusive,

que já havia comercializado significativa quantidade de drogas na oportunidade em que foi abordado.

Regime de prisão. Nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, correta a fixação do **regime semiaberto** para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, que se mostrou adequado e proporcional, tendo em vista a quantidade da pena aplicada, a menoridade do apelante, que era primário à época do crime, não comportando acolhimento a pretensão recursal do Ministério Público.

Substituição da pena e sursis. Pela quantidade da pena aplicada inviável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, I) ou a aplicação de *sursis* penal (CP, art. 77), uma vez que ausentes os requisitos legais.

Ex positis, pelo meu voto, **nega-se provimento aos recursos interpostos**, mantendo-se inalterada a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS
Relatora