



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001437

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500092-37.2024.8.26.0591, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante DYLSON BUSTELLI SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau. V.U.**", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

TOLOZA NETO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 1500092-37.2024.8.26.0591

Apelante: **DYLSON BUSTELLI SANTOS**

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Segunda Vara da Comarca de Pacaembu – SP

Voto nº 48.254

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. LAUDO PERICIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE EXASPERADA COM EXCESSIVO RIGOR. READEQUADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INADMISSIBILIDADE. REGIME FECHADO MANTIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelante condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 dias-multa, por guardar e ter em depósito, para fins de tráfico, 9 invólucros contendo cocaína (na forma de “crack”), com massa líquida total de 3,49g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2. Recurso defensivo: (i) absolvição, por insuficiência de provas acerca da autoria e materialidade delitivas, (ii) subsidiariamente, desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, (iii) fixação da pena no mínimo legal, (iv) a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo, (v) abrandamento do regime prisional, detraindo-se, para tanto, o tempo de prisão cautelar.

3. A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AREsp 1.598.105/SC).

4. O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito (Tese 13 – Jurisprudência em Teses do STJ – 131ª Edição – Compilado: Lei de Drogas).

5. Laudo de exame químico-toxicológico que detectou a presença de cocaína, nas amostras analisadas.

6. A apreensão dos entorpecentes em poder do apelante,

embalados individualmente e prontos para a venda, somada aos demais elementos de prova, são suficientes à demonstração da destinação comercial das substâncias.

7. Pena-base elevada com excessivo rigor, em 1/5 (um quinto), diante do reconhecimento de uma condenação anterior para fins de maus antecedentes, e por isso readequada. Parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa em consonância com a jurisprudência dominante (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.943.477/SP).

8. Inadmissível o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, diante da dedicação do apelante à atividade criminosa, o qual, além de ostentar maus antecedentes, praticava o tráfico havia, pelo menos, dois meses.

9. Sob o mesmo fundamento, mantido o regime inicial fechado, mais adequado às circunstâncias do caso em apreço.

10. Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Rodrigo Antônio Menegatti, que condenou **Dylson Bustelli Santos** à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, calculados no mínimo legal, por guardar e ter em depósito, para fins de tráfico, 9 (nove) invólucros contendo cocaína (na forma de *crack*), com massa líquida total de 3,49g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O apelante, em razões de recurso, requer sua absolvição, por insuficiência de provas acerca da autoria e materialidade delitivas, argumentando que as provas colhidas nos autos não comprovaram que estivesse praticando o tráfico de entorpecentes, notadamente em razão da ausência de apreensão de apetrechos comumente utilizados na preparação e no acondicionamento de droga.

Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, com a aplicação das penas elencadas nos incisos I, II, e III, do referido artigo. Se mantida sua condenação, almeja a fixação da pena no mínimo legal; a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo; o abrandamento do regime prisional, detraindo-se, para tanto, o tempo de prisão cautelar.

Em contrarrazões, o Ministério Público requer o desprovimento do recurso.

No mesmo sentido, manifestou-se o Procurador de Justiça, opinando pelo não provimento do apelo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

A materialidade do crime está provada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 01/81, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, pelo laudo de constatação provisória de substância entorpecente de fls. 22/26, pelas fotografias de fls. 36/39, pelo boletim de ocorrência de fls. 40/43, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 89/91 e pela prova oral colhida.

Os policiais militares Luciano Leme Barboza e Wesley Inácio da Silva, na fase extrajudicial (fls. 02 e 04, respectivamente), relataram que, na noite dos fatos, realizavam patrulhamento pelas imediações da casa do apelante Dylson, vulgo “Costela”. À época, Dylson vinha sendo constantemente denunciado anonimamente por estar usando sua casa como ponto de revenda de drogas. Permaneceram a certa distância, em observação. Em determinado momento, visualizaram um rapaz que foi até o portão de Dylson e ambos “trocaram objetos”, motivo pelo qual decidiram abordar aquele rapaz desconhecido, isso a cerca de 150 metros de distância do local onde estavam. O rapaz foi identificado como José Pedro da Silva Neto. Realizada a revista pessoal, foi encontrada, no bolso da sua bermuda, uma porção de “crack” embalada em papel alumínio. Indagado, José Pedro afirmou que havia acabado de comprar aquela porção de “Costela”, tendo pagado, por ela, R\$50,00, isso em uma única nota de papel moeda, alegando ser usuário desse tipo de entorpecente. Diante disso, o depoente e seu parceiro Wesley retornaram à residência

de Dylson, tendo sido atendidos por sua mulher, Aurea Maria da Silva, a qual lhes franqueou a entrada na casa. Ela informou-lhes que o restante das drogas de Dylson estava em um pote vermelho, sobre o armário da cozinha, informação esta que também lhes foi repassada pelo usuário. A mulher de Dylson também indicou o local onde ele guardava o dinheiro obtido com a venda das drogas, ou seja, em uma gaveta existente no mesmo armário onde encontraram as drogas. Lá, localizaram R\$150,00, sendo uma nota de R\$100,00 e outra de R\$50,00, esta, muito provavelmente, tendo sido a nota entregue por José Pedro a Dylson, conforme mencionado pelo primeiro. Diante dessas evidências, deram voz de prisão ao apelante pela prática de tráfico de entorpecentes e o conduziram ao Plantão Policial.

Ouvido em Juízo (fls. 212/gravação audiovisual), o policial militar Luciano Leme Barboza relatou que recebiam informações de familiares e moradores daquela rua, dando conta de que ali, na casa do apelante, era praticado o tráfico de drogas. Eram informados que pessoas, durante a madrugada, batiam palma na casa, existindo uma grande frequência de usuários naquela rua. Ressaltou que eram muitas as informações nesse sentido. Então, passaram os policiais a patrulhar aquela rua de modo mais intenso. Na noite dos fatos, passaram várias vezes pela rua da casa do apelante e pelas imediações. Em um desses momentos, em que os policiais estavam passando, viram um rapaz descendo a via pública. Assim, pararam um quarteirão antes do local, embaixo de uma árvore, de modo que o rapaz não notou a presença da viatura. Esse sujeito foi até a casa do apelante Dylson e eles trocaram informações pelo muro, trocando também alguma coisa com a mão e, a seguir, o indivíduo foi embora. No momento em que ele saiu, os policiais deram a volta no quarteirão e abordaram esse indivíduo, de alcunha “Neto”, sendo que ele estava mexendo no celular e nem mesmo percebeu a aproximação dos policiais. Abordaram-no sem que Dylson visse a situação, vez que isso foi feito no quarteirão de trás. Durante a abordagem, encontraram uma porção de droga sob sua posse, sendo que “Neto” disse ser usuário e que havia comprado a droga para seu uso. Acrescentou que havia pagado a quantia de R\$50,00, e que era dependente. Colocaram-no no “guarda preso” da viatura, solicitaram viatura de apoio e assim que o apoio chegou, foram até a casa de Dylson, dar voz de prisão a ele. A abordagem do apelante foi feita ali, próximo ao muro, tendo o depoente dado voz de prisão a Dylson por tráfico. A mulher do apelante estava na sala, assistindo televisão, sendo que também saiu e conversaram com ela, explicando a

situação. A mulher, de nome Aurea, com receio de ser presa, contou que ele realmente fazia “as coisas erradas dele”, mas que ela “não tinha nada a ver”. Durante a vistoria, encontraram, em um pote vermelho, certa quantidade de droga, igual àquela que havia sido encontrada com “Neto”. Inclusive, Aurea mostrou-lhes quantia em dinheiro que ele guardava na gaveta. Havia R\$150,00, divididos em uma nota de R\$100,00 e uma de R\$50,00. Os agentes de segurança abordaram-no, e ele nada disse. Inicialmente, afirmou apenas que não havia vendido os entorpecentes, que não entregou nada. Posteriormente, os policiais encontraram a droga, e o apelante ficou calado. Reiterou o declarante que Aurea, mulher do apelante, com muito medo de também ser presa, falou que tinha os netos para cuidar e ela foi e indicou onde estava o dinheiro e a droga. Ressaltou que o entorpecente foi localizado em um pote vermelho, sendo que “Neto” havia, de fato, afirmado que a droga vendida por Dylson estava em um pote vermelho.

Na fase judicial (fls. 229/gravação audiovisual), o policial militar Wesley Inácio da Silva relatou que se encontrava em patrulhamento, juntamente com o Sargento Barbosa, nas proximidades da residência do apelante, de alcunha “Costela”. Informou que havia diversas denúncias versando sobre a venda de entorpecentes por ele. Assim, na noite dos fatos, visualizaram um indivíduo, a uma certa distância, na residência do apelante. De longe, observaram que os dois indivíduos faziam uma troca, um entregou algo para o outro. Em seguida, quando aquele indivíduo, de alcunha “Netão”, foi embora, decidiram abordá-lo. Em seu bolso, foi encontrado um invólucro de alumínio contendo certa quantidade de uma substância, aparentando ser “crack”. Ele disse que havia comprado do apelante, de alcunha “Costela”, por R\$50,00, e que era usuário. Foram até a residência do apelante, sendo que a entrada foi franqueada por Aurea, a qual os informou de que a droga estava no armário da cozinha, num pote vermelho, onde foi localizada certa quantidade também envolvida em papel alumínio. Em outra gaveta, foi encontrado o dinheiro, que segundo Aurea, era proveniente da venda da mercadoria, somando um valor total de R\$150,00. A droga encontrada com “Netão” estava embalada da mesma forma que aquela localizada na residência do apelante, envolta em papel alumínio.

A testemunha Aurea Maria da Silva, na fase policial (fls. 06), declarou que vive em união estável com o apelante Dylson, há cerca de dezoito anos, acreditando que ele faz uso de “crack”

há bastante tempo. Além disso, há pelo menos dois meses, Dylson também passou a vender drogas, situação esta que a depoente nunca aceitou e sempre o alertou para que ele parasse, pois, senão, iria ser preso. Na noite dos fatos, por volta das 21h30, a depoente, que já estava dormindo, foi acordada por policiais militares. Eles a avisaram que teriam prendido um rapaz, o qual havia acabado de comprar drogas de Dylson. Prontamente, a depoente autorizou a entrada dos agentes públicos em sua moradia e mostrou-lhes a localização do pote rosa, no qual Dylson guardava suas drogas, que estava sobre um armário da cozinha. Mostrou-lhes, também, o dinheiro oriundo do tráfico, localizado dentro de uma gaveta do mesmo móvel. Os policiais deram voz de prisão a Dylson por tráfico de drogas. A depoente afirmou que nunca concordou com a conduta de Dylson e que sempre o alertava sobre as consequências que poderia vir a sofrer.

Em Juízo (fls. 212/gravação audiovisual), a depoente Aurea declarou que foi encontrada a droga e os policiais foram até a residência. Era por volta de 19h, 20h, e a depoente já estava deitada, para assistir à novela das 21h. Como dorme com a janela da casa aberta, percebeu uma “claridade” dentro de casa, e imaginou que seria a Polícia. Relatou que os policiais “entraram com tudo”, tendo sido localizada a droga. Afirmou que o entorpecente pertencia, de fato, a seu marido. É pessoa do lar mas, praticamente não para em sua casa, porque tem dois netos de quem cuida desde crianças. Todavia, afirma que se seu marido vendia os entorpecentes, ela não sabia, que nunca viu pessoa alguma ir à sua casa comprar drogas. Não viu o outro indivíduo, de nome José Pedro, chegar à sua casa, porque estava deitada. O apelante fumava na casa, no corredor, porque ele sabia que a declarante “não mexe com essas coisas”.

A testemunha José Pedro da Silva Neto, na fase policial (fls. 08), declarou que faz uso esporádico de “crack” e, na noite dos fatos, decidiu ir até a casa de um rapaz de vulgo “Costela”, situada nas proximidades de uma serraria de madeiras, para comprar uma pedra. Lá chegando, foi até o portão e já foi atendido pelo próprio “Costela”, que autorizou sua entrada na área, momento em que disse a ele que queria uma porção de “crack”. “Costela”, então, foi até o interior do imóvel e retornou com um pote de cor rosa. Em seguida, “Costela” entregou-lhe uma porção de “crack” envolta em papel alumínio, tendo pagado a “Costela” a importância de R\$50,00 em uma única nota. Após adquirir a droga, o depoente deixou o local e foi abordado por policiais

militares, que encontraram a porção de “crack” em seu poder. Relatou os fatos aos agentes públicos e eles prenderam “Costela”. Acrescentou estar muito arrependido do seu ato, asseverando que não fará mais uso de “crack”.

Em Juízo (fls. 212/gravação audiovisual), o depoente José Pedro declarou que adquiriu a droga, mas que o apelante, “Costela”, era usuário. O declarante estava em depressão e o apelante lhe passou a droga, mas o conhece apenas como usuário. Adquiriu uma pedra de “crack”. Teve de pagar a ele a quantia de R\$50,00, mas ressaltou que não se tratava de tráfico. Não havia feito isso antes.

O apelante Dylson, quando de sua prisão em flagrante delito (fls. 09), valeu-se do direito constitucional de permanecer calado, para manifestar-se apenas em Juízo.

Em seu interrogatório judicial (fls. 212/gravação audiovisual), Dylson afirmou que ficava “até com vergonha de dizer isso”, mas que faz uso de drogas. José Pedro estava em sua casa, sendo que o conhece há muito tempo. Estavam fumando juntos, mas não fez venda alguma a ele. “Arrumou” um pouco da droga, para que ele também fumasse lá, na casa do interrogando. Ele havia bebido muito, estava tarde, e o interrogando arrumou um pouco do entorpecente. Sempre aos finais de semana ele compra para si, para seu uso.

A análise do conjunto probatório conduz à conclusão de que o apelante realmente praticou o delito que lhe foi imputado, não havendo de se falar em insuficiência probatória ou em aplicação do princípio do “in dubio pro reo”.

Anote-se, inicialmente, que não resta dúvida alguma acerca da posse do apelante sobre as drogas apreendidas nos autos. Ele, de fato, confessou a posse das porções do entorpecente, as quais totalizavam 3,49g de massa líquida. Todavia, alegou que elas serviriam ao seu próprio consumo.

As alegações defensivas, porém, não merecem prosperar.

Com efeito, narraram os policiais, de maneira

uníssona e segura, a dinâmica da empreitada delitiva. Afirmaram terem recebido diversas denúncias anônimas envolvendo a prática do tráfico de drogas na residência do apelante, as quais informavam sobre a presença de usuários de entorpecentes naquela rua, assim como de pessoas que frequentavam a casa do apelante durante a madrugada.

Dessa forma, relataram que, ao realizarem patrulhamento nas imediações da residência, observaram um indivíduo se aproximando do portão do apelante Dylson, tendo ambos trocado objetos. Logo, ao abordarem referida pessoa, de nome José Pedro, localizaram sob sua posse uma porção de “crack”, tendo ele confessado que havia acabado de adquiri-la do apelante, pelo valor de R\$50,00. Ainda, José Pedro afirmou que a droga era armazenada em um pote de cor rosa.

Ademais, os agentes de segurança relataram que a entrada na residência do apelante foi franqueada por sua companheira, Aurea, a qual confirmou a prática do tráfico de drogas pelo marido, tendo indicado aos policiais a localização do pote contendo os entorpecentes, assim como do dinheiro proveniente do tráfico.

Com isso, não há que se falar em ausência de credibilidade dos depoimentos prestados por policiais, uma vez que a função por eles exercida pressupõe idoneidade de caráter. Deveria o apelante ter trazido ao processo prova concreta da intenção dos agentes de segurança em incriminá-lo injustamente, o que não ocorreu no caso dos autos.

“A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita” (STF, RTJ 68/54).

“É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte” (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ: 17/05/11, DJ: 01/06/11).

Ressalte-se que tais testemunhas prestam serviço de extrema relevância à sociedade e não possuem, a priori,

motivo algum para falsamente incriminar o apelante. Além disso, os relatos apresentados por eles são harmônicos e coerentes.

Relevante frisar que a condenação do apelante não se fundamentou apenas nos depoimentos prestados pelos agentes de segurança. Possível verificar que o remate da ação penal foi alicerçado em todo o conjunto probatório trazido aos autos, sem a consideração única de prova específica.

Destaque-se que, para a caracterização e consumação do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, de ação múltipla, basta a presença de uma, dentre todas as figuras verbais constantes no tipo penal, notadamente, a de trazer consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas descritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes” (TJRS, Ap. 697.020.717, rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633).

É importante, ainda, registrar que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* (TJMG, Ap. 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, DJ: 17/11/2010, DJe: 30/11/2010).

Ademais, irrelevante não terem sido localizados, na residência do apelante, petrechos destinados à traficância, como sustentado pela Defesa.

Isso porque, (i) o modo de acondicionamento da droga, embalada individualmente, já pronta para a venda (fls. 36/39), (ii) além do valor em dinheiro apreendido em posse do apelante, (iii) somada à observação, feita pelos policiais militares, quanto à venda do entorpecente pelo apelante a José Pedro, (iv) assim como o depoimento

de sua companhia confirmando a prática do tráfico pelo apelante, demonstram que ele realmente praticava o comércio ilícito.

Ainda, laudo de constatação provisória de substância entorpecente (fls. 22/26) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 89/91) confirmaram a natureza ilícita das substâncias encontradas em posse do apelante, tendo sido registrada a presença de cocaína, substância constante da lista F1 da Portaria SVS/MS 344/98.

Prova alguma trouxe o apelante aos autos para demonstrar que a droga apreendida em seu poder se destinasse ao seu próprio consumo. Patente que a manobra de se declarar usuário tem o objetivo específico de ver desclassificar o delito de tráfico de entorpecentes a ele imputado para o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Ademais, o fato de ter o apelante afirmado ser usuário não impede que também seja traficante.

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (RJTJ 101/498).

“Ementa: Lei de Tóxicos (nº 11.343/2006). Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável e ação surpreendida. Quantidade e acondicionamento da droga que revelam comércio. Palavras dos Policiais Militares coerentes e incriminatórias. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Desclassificação para uso impossibilitada. Circunstâncias que apontam para o tráfico. Regime acertado. Apelo improvido.” (TJSP – ApCrim nº 990.08.070232-7 – v.u. – rel. Luís Soares de Mello – julgado em 17.02.2009).

Portanto, as circunstâncias dos fatos autorizam a conclusão de que a destinação da droga era mesmo o comércio ilícito.

Devidamente comprovadas materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecente, de rigor a manutenção da condenação do apelante.

Passo à análise da dosimetria.

Inicialmente, foi a pena-base exasperada em 1/5 (um quinto), diante da valoração negativa dos antecedentes criminais do apelante.

Todavia, alinhando-me à jurisprudência dominante, considero excessivo o percentual adotado, especialmente diante do reconhecimento de tão somente uma condenação anterior para fins de maus antecedentes (autos nº 0035063-03.2006.8.26.0576, fls. 124) e diante da inexistência de fundamentação concreta e específica que o justifique e, por isso, reduzo o *quantum* de exasperação da pena-base à fração de 1/6 (um sexto), fixando-a em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

“Consolidou-se esta Corte no sentido de que, em regra, a elevação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetorial negativa, exceto quando evidenciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta. No caso, a elevação da pena-base, em relação à vetorial negativada (antecedentes), ocorreu no índice de 1/6, não se evidenciando a alegada desproporcionalidade” (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.943.477/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 3/5/2022).

Importante anotar que a fração de 1/6 (um sexto) por cada circunstância judicial não é direito subjetivo do réu, sendo possível a exasperação da reprimenda em patamar superior, conforme as peculiaridades do caso concreto (ex. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 665.698/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 10/5/2022; STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 670.044/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 10/5/2022; e STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.037.079/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 26/04/2022).

Ainda assim, no presente caso, julgo adequada a utilização deste patamar para a exasperação da pena-base.

A seguir, ausentes agravantes ou atenuantes.

Na derradeira etapa, a Defesa do apelante requer o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado e a consequente redução de sua pena à fração de 2/3 (dois terços).

A pretensão defensiva não merece prosperar.

O artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, estabelece que a minoração da pena em decorrência do tráfico privilegiado está condicionada à primariedade e aos bons antecedentes do agente e à inexistência de elementos indicativos de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

No caso em apreço, embora o apelante seja primário, ele ostenta antecedentes criminais e há indícios de que ele realmente se dedicava à atividade criminosa do tráfico de drogas. Isso porque, conforme afirmado por Aurea, companheira do apelante, estava ele praticando a venda de entorpecentes havia, pelo menos, dois meses. Ademais, afirmaram os policiais militares que o recebimento de denúncias envolvendo a residência do apelante, como ponto de venda de drogas, era também frequente.

Ainda, quando de sua prisão em flagrante, afirmou o apelante ser autônomo, porém não informou seu rendimento mensal (fls. 16). Nesse sentido, também não haveria razão ou condição econômica para possuir os entorpecentes. Evidente que vivia do exercício da traficância.

“(...) a falta de capacidade econômica de possuírem as drogas para seu uso pessoal dão necessária certeza de que o entorpecente se destina ao tráfico ilícito. (...)” (TJSP, Apelação 0071113-78.2011.8.26.0050, Relator Lauro Mens de Mello, 8ª Câmara de Direito Criminal, DJ: 09/10/2014).

Logo, inadmissível, de fato, a concessão do redutor do tráfico privilegiado, nos moldes pleiteados pela Defesa.

O regime fechado fixado para o início do cumprimento da reprimenda é de ser mantido, nos termos da sentença recorrida.

Justifico, ainda, com inteligência do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei 11.343/06, conforme reiteradas determinações do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Traficantes de substâncias entorpecentes, sejam de pequeno, médio ou grande porte, não têm o perfil de iniciar o cumprimento de sua pena que não mediante encarceramento. Mesmo o pequeno traficante merece uma punição severa. Basta que a venda de drogas seja realizada uma única vez, para que cause uma série de malefícios ao consumidor e que virá a repercutir a toda a coletividade.

O regime intermediário não se coaduna com as graves consequências que a mercancia de substâncias entorpecentes causa, não só ao usuário, com uma rápida deterioração da sua saúde física e mental, mas também ao corpo social (deseestrutura familiar, estímulo à prática de outros crimes, como homicídios, latrocínios, extorsões etc.).

Registre-se que não houve violação alguma às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, já que a gravidade do crime foi analisada no caso em concreto, notadamente ao se considerar a natureza da droga apreendida, tratando-se de “crack”, o que justifica, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que pode causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários da droga traficada até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, conseqüentemente, periculosidade do apelante, de modo a justificar a manutenção do regime fechado imposto na r. sentença de primeiro grau, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

O tráfico, se não combatido com destemor, incute sentimento de insegurança e descrédito. De que vale o trabalho honesto e, não raro, remunerado de maneira indigna, se o traficante condenado recebe punição branda? Isso repugna, sem dúvida, o senso médio do cidadão.

Inadmissível, de fato, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o apelante, condenado a pena superior a quatro anos, não atende ao requisito estabelecido no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

De igual maneira, inadmissível o instituto da suspensão condicional da pena previsto no artigo 77 do Código Penal, vez que não restaram preenchidos os requisitos legais.

Também não é possível realizar-se a detração para fins de regime prisional, pois, a despeito da redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, modificada pela Lei 12.736/12, não faz jus o apelante à imposição, diretamente pela r. sentença de primeiro grau, de regime mais brando, porquanto ausentes elementos suficientes nos autos para sua concessão.

Para tal fim, impõe-se a análise da presença de todos os requisitos exigidos para a progressão de regime, notadamente o subjetivo, devendo, por isso, ser analisado apenas pelo Juízo das Execuções Criminais, responsável por dirigir e fiscalizar o cumprimento da pena.

Desta forma, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau.

TOLOZA NETO
relator
assinatura eletrônica