



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001524

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1524975-72.2023.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ANDERSON DA CRUZ FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso interposto por Anderson da Cruz Ferreira, para manter a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; bem como deram parcial provimento ao recurso Ministerial, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1524975-72.2023.8.26.0562

Comarca de Santos – 1ª Vara Criminal

Apelantes/Apelados: Ministério Público e Anderson da Cruz Ferreira

TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

VOTO Nº 50.318

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, III, AMBOS DA LEI 11.343/06 - RECURSO MINISTERIAL E DA DEFESA - Demonstradas satisfatoriamente a autoria e a materialidade do crime de tráfico ilícito de drogas, de se manter a condenação decretada em primeiro grau.

RECURSO DEFENSIVO PUGNANDO PELA MANUTENÇÃO E MINISTERIAL PELO AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO - A Terceira Seção do C. STJ firmou o entendimento de que, na hipótese em que a quantidade e diversidade de entorpecente é levada a efeito na primeira fase da dosimetria, o referido fator não pode ser utilizado novamente, na terceira fase, como o único fundamento para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de configurar *bis in idem*.

RECURSO DEFENSIVO PELA MANUTENÇÃO DO REGIME ABERTO E MINISTERIAL PELO RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL COM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO – PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – Embora a pena fixada não supere 4 anos, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, “b” e 3º, do CP, e art. 42 da Lei 11.343/06, em razão da circunstância judicial valorada negativamente, consistente na expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas. Consigne-se que a súmula vinculante n. 59 do STF dispõe sobre a fixação de regime menos gravoso ao tráfico privilegiado, desde que não existam circunstâncias judiciais desfavoráveis valoradas na primeira fase. Precedentes do STJ.

RECURSO MINISTERIAL PELO AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE - A pena base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de drogas apreendidas, demonstrando que a substituição da carcerária por penas alternativas não se apresenta como medida socialmente recomendável (CP, art. 44, III).

Recurso ministerial e defensivo parcialmente providos.

VISTOS.

1. Trata-se de recursos interpostos pelo representante do Ministério Público e Anderson da Cruz Ferreira, contra a r. sentença prolatada em 10 de maio de 2024, pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santos, que condenou Anderson como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, às penas de 3 anos, 4 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 340 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser designada na fase de execução, bem como prestação pecuniária no valor de dois salários-mínimos em favor de instituição beneficente também a ser designada na fase de execução, expedindo-se alvará de soltura clausulado (fls. 203/216).

Em suas razões, o representante do Ministério Público requer o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, vez que comprovada a dedicação do acusado às atividades criminosas, a fixação do regime inicial fechado, bem como o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 227/229).

Irresignada, a Defesa postula a manutenção da sentença recorrida, com o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e o regime inicial aberto (fls. 262/268).

Em contrarrazões, as partes sustentaram no que lhes

aproveitava o acerto da decisão (fls. 251/258 e 272/274).

A Douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer, pronunciou-se no sentido do provimento do recurso Ministerial e desprovimento do recurso interposto pela Defesa (fls. 288/294).

Em síntese, é o relatório.

2 – Segundo consta da denúncia, no dia 14 de setembro de 2023, por volta de 9 horas e 53 minutos, na Rua Paulo Clemente Santini, Morro Nova Cintra, em Santos, ANDERSON DA CRUZ FERREIRA, trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, nas imediações de estabelecimento de ensino, 209 (duzentos e nove) pinos de cocaína, pesando 241g (duzentos e quarenta e um gramas), 208 (duzentas e oito) tiras de maconha, pesando 497g (quatrocentos e noventa e sete gramas) e 34 (trinta e quatro) porções de skank, pesando 42g (quarenta e dois gramas), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de constatação preliminar de fls. 11.

Apurou-se que, nas circunstâncias acima, o denunciado portava uma mochila contendo drogas, perto das escolas municipais UME Laurival Rodrigues, UME Rubens Lara e UME Cyro de Athayde Carneiro.

O denunciado notou a aproximação de policiais que realizavam patrulhamento nas proximidades, pelo caminho da lagoa, e tentou fugir em direção à área de mata, mas, diante da fundada suspeita que seu ato despertou, foi perseguido e detido na esquina da Rua Paulo Clemente Santini

com a Rua Lucinda de Mato.

Após revista pessoal, foram apreendidas no interior da mochila que ele portava as drogas acima, R\$ 65,50 (sessenta e cinco Reais e cinquenta centavos) em dinheiro e um rádio comunicador.

O denunciado foi preso em flagrante.

A denúncia foi oferecida aos 21 de setembro de 2023 (fls. 41/42).

O acusado foi preso em flagrante, convertida em preventiva, em sede de audiência de custódia (fls. 28/29).

O acusado foi notificado e apresentou defesa preliminar (fls. 74 e 86/89 e 180/181).

A denúncia foi recebida em 7 de dezembro de 2023 (fls. 97/99) e o acusado citado (fls. 114).

Ratificado o recebimento da denúncia (fls. 186).

A r. sentença foi publicada em 10 de maio de 2024 (fls. 217).

A materialidade está consubstanciada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 1), boletim de ocorrência (fls. 16/18), autos de exibição e apreensão (fls. 8/9 e 12/13); laudo de constatação (fls. 11), laudo de exame químico toxicológico (fls. 110/112), bem como pela prova oral amealhada aos autos.

A autoria é inconteste.

Na fase policial, o acusado permaneceu silente (fls. 3).

Interrogado em Juízo, Anderson negou a imputação. Disse que sempre quando ia trabalhar passava na boca de fumo e comprava uma maconha para fumar antes de trabalhar. Tinha uns três ou quatro moleques na hora dos fatos. Os moleques que estavam com a mochila correram, e acha que eles deixaram cair a mochila. Os policiais lhe enquadraram na frente da ponte, nos quiosques que existem lá na lagoa; lhe enquadraram e pediram R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para lhe soltarem, senão iriam “jogar o B.O”. Os agentes falaram que já tinham “grudado” o moleque, mas eles não o pegaram, apenas vieram do lado do mato com a mochila e lhe disseram que, caso não desse os R\$ 10.000,00 (dez mil reais), iriam forjar e acabar com a sua vida, ocasião em que falou que não tinha o dinheiro, que era trabalhador e que tinha filho para criar; nisso, os policiais disseram: “então tu vai segurar esse B.O” e aí respondeu: “o senhor vai estragar a vida de um trabalhador, eu não tenho nada a ver com isso”, mas eles lhe algemaram, colocaram na viatura e levaram para o DP. Não conhecia os policiais, apenas ia até o local para comprar o seu fumo, pois fumava todo dia de manhã para ir trabalhar. Nunca viu os policiais e eles também nunca lhe viram. Com relação ao processo criminal de tráfico que está respondendo, disse que os policiais lhe levaram até a delegacia, mas esse B.O não era seu, eles pegaram a droga que estava entocada duas esquinas depois, estava na casa da sua mulher com a sua sogra conversando e aí chegou a viatura lhe enquadrando e falando que estava vendendo. Ainda sobre o processo em trâmite, disse que saiu na audiência de custódia e que foi absolvido, só não sabia se ia ter que assinar. Voltando ao caso em apreço,

falou que conhecia os moleques que estavam na boca de fumo. É criado no morro, sempre morou no morro, então conhece todo mundo. Conhece as pessoas do local, inclusive quem estava com a mochila. Os policiais estavam com a viatura parada e estavam indo correndo, momento em que os meninos falaram “a polícia” e saíram correndo, tanto é que nem correu, foi na reta dos policiais e um deles lhe enquadrrou enquanto os outros correram na reta dos moleques que foram sentido à mata. A mochila foi encontrada dentro da mata, acredita que os moleques a dispensaram, aí o policial já foi da mata com a mochila na mão e lhe propuseram um acordo: pediram R\$ 10.000,00 (dez mil reais) senão iria ter que “segurar o B.O” que não era seu, então falou: “ah, não é minha, se o senhor quiser fazer injustiça é contigo mesmo”. Estava indo trabalhar na data dos fatos. Todo dia de manhã, quando ia trabalhar, passava na boca de fumo e comprava um baseado para ir trabalhar (registro audiovisual).

Na fase extrajudicial, os policiais militares Vitoria Claudia Trama e Ramon Santos da Silva, relataram que: “estavam em patrulhamento em apoio a viatura I06451 pelo Morro Nova Cintra, quando pelo caminho da lagoa, próximo à escola UME Laurival Rodrigues avistaram um indivíduo, trajando camiseta listrada branca e preta e nas costas usava uma mochila, sendo que este ao avistar a viatura da Polícia Militar, saiu correndo, em direção na área de mata e de pronto foi feito um cerco, conseguido detê-lo na Rua Paulo Clemente Santini com a Rua Lucinda de Mato, efetuado uma revista pessoal, foi encontrado no interior da sua mochila, entorpecentes, dinheiro em espécie, um rádio comunicador (fls. 14/15).

Em Juízo, a policial militar Vitoria Claudia Trama,

narrou que estava junto com outra viatura em saturação pelo Morro da Nova Cintra e, quando estava passando pelo caminho da lagoa, perto de uma escola, viu o réu correr. Quando viu o réu correr, o qual a também foi visto pela outra viatura, tanto que os policiais desembarcaram na via para tentar alcançá-lo, seguiu pela via, oportunidade em que ele atravessou a rua sentido uma vegetação que existia no local dos fatos, uma mata, e adentrou à mata. Explicou que a mata é um quadrado e sai na Paulo Clemente Santini com outra rua que, salvo engano, é a Lucinda de Matos, e foi quando acelerou um pouco para ver se encontrava o réu no final da mata, para verificar se ele tinha passado ou se ficou dentro da mata. Quando se dirigiu até a rua Paulo Clemente Santini com a Lucinda de Matos o acusado estava saindo da mata com a mochila, ocasião em que o abordou, realizou a busca pessoal e constatou que dentro da mochila tinha droga, rádio comunicador e, salvo engano, a base do rádio comunicador também. Viu o acusado perto de uma escola. O réu estava num local de ponto de droga já conhecido pela polícia, mas não o conhecia e não se recorda se ele deu alguma explicação. No momento que viu o sujeito, apenas visualizou ele correndo com uma mochila no local que já é conhecido como ponto de tráfico de drogas, mas não o viu vender nem entregar algo para alguém, apenas visualizou ele correndo com a mochila, tanto que o abordou e ele estava com a mochila contendo drogas, dinheiro e rádio comunicador. O local é na lagoa do morro. Acredita que tinha mais gente pela redondeza porque lá existe a lagoa, mas não se recorda. Não sabe dizer se tinha mais gente no local com o réu, pois tem a praça e os lugares que “eles” ficam. Não conhecia tudo no local, mas tem ciência que lá é conhecido por ter essas situações e quando pegou o réu não sabe se tinha outra pessoa com ele, apenas viu ele correndo e, justamente por ele estar correndo, decidiu pela abordagem (registro audiovisual).

O policial militar Ramon Santos da Silva, em Juízo, relatou que já tinha conhecimento do tráfico de drogas no local, situado na lagoa da cidade. Estava fazendo uma saturação pelo Morro da Nova Cintra e, quando passou na frente do local já conhecido como ponto de tráfico, que é no interior da ponte, avistou o réu com a mochila e ele começou a correr, o que causou a fundada suspeita. O acusado estava com uma mochila nas costas, salvo engano, de cor preta, e então foi atrás; saiu correndo e conseguiu detê-lo cerca de 50/60 metros de distância. Quando deteve o denunciado, ele estava com a mochila, rádio comunicador e entorpecentes. O local é próximo de uma escola, sendo que a distância entre a escola e o local deve dar 40 metros, é a escola que fica ao lado da lagoa da saudade, perto da ponte da praça recreativa. Não conhecia o acusado. O réu lhe disse no momento da detenção que a droga não era dele, que era de um segundo indivíduo e esse indivíduo tinha saído e pediu para ele ficar com a mochila. A mochila estava com o acusado nas costas. Nunca viu o denunciado. Não viu o acusado entregar algo para alguém, mas ele estava justamente no local que já é conhecido como ponto de tráfico de drogas, que é na lagoa da saudade, no final da ponte; o réu estava saindo exatamente desse local e nem tinha interesse em abordá-lo, pois estava em patrulhamento em saturação para coibir roubos, crime que, na época, estava ocorrendo muito e os roubadores estavam se evadindo para o Morro, então estava fazendo uma saturação pelo local com vistas, claro, pois quando é feito o patrulhamento pelo local sempre olha para os matos, que ficam no final da ponte, porque sabe que é ali que os traficantes ficam. Quando o réu visualizou a equipe policial ele saiu correndo, por isso não tiveram dúvidas, tanto que quando o abordaram e ele estava com as drogas. O acontecido foi, sim, cedo, e se recorda que havia o pessoal da Terracom fazendo a limpeza, porém

frequentadores mesmo do local não tinha muitos, pois era dia de semana e o pessoal estava trabalhando, ali é mais frequentado à noite no final de semana. O local é conhecido como ponto de tráfico e “eles” não costumam ficar sozinhos, sempre tem um, ou dois, ou três, com rádios comunicadores; é um lugar difícil de pegá-los porque eles ficam justamente no interior do mato, então não tem como alcançar, a situação o acusado foi uma ocorrência que fugiu da normalidade porque para poder dar um flagrante desses é difícil (registro audiovisual).

A prova produzida nos autos é robusta para fundamentar a manutenção do decreto condenatório.

Não obstante a negativa do apelante, os policiais militares, em uníssono, relataram que realizavam patrulhamento pelo local, conhecido ponto de venda de drogas, momento em que o acusado visualizou a aproximação das viaturas e empreendeu fuga, com uma mochila que trazia nas costas, ingressando na mata. Os policiais desembarcaram e foram ao encalço do suspeito, ao passo que a policial Vitoria deu a volta do outro lado, e abordaram o acusado quando saía da mata. Quando detiveram o acusado, ele estava com a mochila, rádio comunicador e entorpecentes. O local é próximo de uma escola, sendo que a distância entre a escola e o local deve dar 40 metros, é a escola que fica ao lado da lagoa da saudade, perto da ponte da praça recreativa.

In casu, não há dúvida razoável de que os milicianos aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar o apelante, razão pela qual, devem ser, como foram devidamente considerados tais depoimentos testemunhais na formação do juízo de condenação e de

tipicidade.

Assim, o fato de serem as testemunhas servidores públicos não basta, por si só, para afastar a credibilidade de seus depoimentos, sendo, inclusive, desnecessária a ratificação de suas alegações por testemunha civil.

Como já decidiu, “...*não se pode admitir solução absolutória ou desclassificação, apenas e tão somente porque não foi arrolada nenhuma testemunha alheia ao quadro policial. Em processo envolvendo tóxicos, máxime a traficância, as testemunhas, quase sempre, são policiais. “Civis” não se arriscariam a sofrer represálias. Assim, é absurda a tese de que os policiais devam levar testemunhas “civis” para acompanharem o seu trabalho, apoiada na premissa de que eles são sempre suspeitos e elas sempre idôneas. O trabalho desses policiais é, geralmente, realizado com grande risco pessoal e seria maior absurdo, ainda, expor pessoas que não estão preparadas e nem são pagas para isso, numa diligência que tem por finalidade flagrar traficantes e usuários de tóxicos. ...*” (TJSP – 6ª Câm. 3º Grupo da Seção Criminal – AC nº486.595.3/0 – j. 15.02.2007 – Rel. Des. Debatin Cardoso).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“*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. Ministra Maria

Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/6/2011).

Não entendo que os depoimentos dos policiais civis devam ser tomados com cautelas.

Isto porque, seus depoimentos evidenciam a dinâmica dos fatos.

Não se infere dos autos qualquer prova de abuso de autoridade pelos mesmos, ou de que tivessem qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando situação inexistente e incriminando um inocente. Não havendo, dessa forma, razão alguma para se desconfiar de suas palavras.

Além disso, é necessário salientar que nenhuma prova foi produzida pela d. defesa no sentido de que os policiais tivessem motivo para incriminar falsamente o apelante.

A alegação do acusado no sentido de que a mochila não lhe pertencia e que os policiais exigiram a quantia de dez mil reais para não o incriminar injustamente não encontra guarida na prova produzida.

Como visto, os milicianos faziam patrulhamento pelo local visando coibir a prática de roubos que vinham ocorrendo na localidade e sequer conheciam o acusado.

Acerca da validade do depoimento de policiais explica Julio Fabbrini Mirabete:

“Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade,

como qualquer testemunha” (in Processo penal, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira segue o entendimento de Damásio E. de Jesus:

“A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). Assim, como já foi decidido, é -inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório” (TACrimSP, RT 530/372) (Código de processo penal anotado. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167).

Ainda.

“PROVA - TESTEMUNHA – Depoimentos de policiais militares – Valor Probante - Inexistência de testemunhas civis – Irrelevância: “O simples fato das testemunhas de acusação serem policiais não é obstáculo para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas. É óbvio que pelas múltiplas atividades desenvolvidas pelos policiais seria demasiado rigor exigir-se a pompa de testemunhas presenciais, quando se sabe que o usual é a recusa de estranhos para testificarem o caso.” (TJSP – 3ª Câmara – AP. 206.259-3/4 – j. 04.06.1996 – rel. Des. Segurado Braz – RT 732/623).

A jurisprudência pátria já firmou entendimento

nesse sentido, conforme demonstra o aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça que a seguir transcrevo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. 2 Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida, 24 (vinte e quatro) invólucros com crack, revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. 1, 3 e 4-Omissis. (HC 162131/ES; Rel. Min. Og Fernandes; Sexta Turma; j. 25/05/2010; p. DJe 21/06/2010).

Com efeito, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas, juntamente com um rádio comunicador e a quantia de R\$ 65,00, de origem não esclarecida, aliada às circunstâncias da apreensão e a forma de seu acondicionamento dos estupefacientes, de forma individualizada e prontas para a venda, bem demonstram a prática da mercancia ilícita.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à finalidade do acusado, qual seja, o tráfico ilícito de drogas. Esta conclusão extrai-se, com segurança, da expressiva quantidade e diversidade de drogas, consistente em 209 pinos contendo cocaína; 208 tiras de maconha e 34 porções de skunk, que ele trazia na mochila, visualizado pelos policiais em

conhecido ponto de tráfico.

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

Ademais, o simples fato de o acusado trazer consigo os entorpecentes para entrega a terceiros já é o suficiente para realizar o tipo descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, haja vista que o mencionado artigo descreve um crime de ação múltipla, de forma que, para se configurar o crime, basta a realização de qualquer das condutas nele previstas.

Da mesma forma, restou amplamente comprovado pela prova produzida, a prática do tráfico ilícito de drogas próximo a escolas.

No ponto, conforme bem elucidado pelo magistrado sentenciante: “Deve-se realçar, ainda, como se extrai do croqui que acompanha a denúncia (pág. 44), que o tráfico era realizado somente em torno das escolas municipais Rubens Lara e Cyro de Athayde Carneiro, não se vislumbrando a escola municipal Laurival Rodrigues nas imediações, como consta da peça inicial acusatória (pág. 41). De todo modo, reputo que não há prejuízo na incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, pois o fato de o crime ter sido cometido nos arredores de uma só unidade de ensino já seria suficiente para sua configuração, sopesando que, em se tratando de majorante de índole objetiva, basta o tráfico ser praticado nas proximidades, sendo desnecessária a comprovação de que algum dos frequentadores da escola tenha adquirido ou

recebido a droga.” (fls. 211).

O quadro probatório, portanto, contém elementos de convicção, de molde a comprovar e não deixar dúvidas sobre a prática do delito de tráfico pelo acusado.

Consigno, por fim, que:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207).

A propósito.

"4.2. "[...]" Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019).

DOSIMETRIA DAS PENAS

As penas foram estabelecidas nos seguintes termos, *in verbis*:

“Em fundamentação à aplicação das penas, observo que o

réu é primário (págs. 22/24 e 70/72) e os motivos e as consequências do crime não são especialmente reprováveis.

“A culpabilidade da conduta também já foi mensurada no estabelecimento dos parâmetros abstratos de pena no tipo penal incriminador.

“Indefiro a proposição ministerial de aumento da pena-base do réu quanto à personalidade voltada à criminalidade diante da passagem criminal sem trânsito em julgado e o princípio constitucional da presunção de inocência (Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça).

“Ainda, consoante estabelecido no Tema nº 1.007 do C. Superior Tribunal de Justiça: *“Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente”*. Portanto, inviável a utilização de inquéritos ou processos ainda em curso para valorar a sua personalidade.

“Há que se considerar dentre as circunstâncias previstas no artigo 42 da Lei de Drogas, de forma destacada, a quantidade 241 gramas de cocaína e 497 gramas de maconha, de acordo com o Auto de Exibição e Apreensão (págs. 12/13) e variedade de droga apreendida, que enseja aumento de pena.

“Diante dessas circunstâncias, analisando os elementos descritos no artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei Antidrogas, a pena-base deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), estabelecendo-se em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

“Na segunda fase da dosagem da pena, consoante o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 630), a atenuante da confissão não incidirá em favor do sentenciado, pois ele afirmou em seu interrogatório judicial ser apenas usuário de maconha, e não da prática delituosa propriamente dita.

[...]

“Súmula 630 do STJ - A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

Assim, a pena fica mantida em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

“Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, em razão do crime ter se dado nas imediações de entidade estudantil, razão pela qual exaspero a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

“No mais, presente a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, que dispõe que a pena pode ser diminuída, de um sexto a dois terços, ao traficante de drogas que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos: seja primário; seja portador de bons antecedentes; não se dedique às atividades criminosas; e não integre organizações criminosas.

“Isso porque a quantidade de droga apreendida é suficiente à subsunção dos fatos ao delito de tráfico, mas não à conclusão de que o réu tinha habitualidade no tráfico e, tampouco, à não-aplicação da causa de diminuição da pena.

“Para que não se aplicasse a causa de diminuição deveria haver nos autos a plena comprovação, ou ao menos fatos que levassem a essa conclusão, de que o réu se dedicava à atividade criminosa, sendo certo que as provas produzidas nos autos e a folha de antecedentes do acusado não apontam nesse sentido.

“Assim, preenchidos os requisitos do aludido §4º e considerando que o acusado atuou em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes e foi capturado em posse rádio comunicador (págs. 12/13), demonstrando maior periculosidade em sua conduta, não é o caso de redutora no máximo legal, sendo razoável a diminuição no patamar de 1/2 (metade), resultando em uma pena privativa de

liberdade final de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e pagamento de 340 (trezentos e quarenta) dias-multa.

“Os dias-multa terão valores mínimos legais, devido à ausência de prova da capacidade econômica dos réus.

“Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena aplicável, possível a aplicação de regime inicial diferente do fechado, frente ao julgamento de inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990 proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no HC 111844/SP e HC 112195/SP, bem como fato de o E. STF, no HC 118533, não ter considerado o tráfico privilegiado como crime hediondo.

“Além disso, deve-se considerar, *mutatis mutandis*, o teor da recente Súmula Vinculante de nº. 59:

“É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal”.

“Assim, tendo em vista a primariedade do condenado e quantidade de pena aplicada, fixo o regime aberto para início de cumprimento.

“Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (artigo 44 do Código Penal), motivo pelo qual substituo por duas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser designada na fase de execução, bem como prestação pecuniária no valor de dois salários-mínimos em favor de instituição beneficente também a ser designada na fase de execução.

“Dispositivo.

“Ante o retro exposto e todo o mais que consta dos autos, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva veiculada na denúncia para CONDENAR o réu ANDERSON DA CRUZ FERREIRA, devidamente qualificado nos autos, por incurso

no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 340 (trezentos e quarenta) dias-multa, fixados em seu mínimo legal.

“Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (artigo 44 do Código Penal), quais sejam, prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser designada na fase de execução, bem como prestação pecuniária no valor de dois salários-mínimos em favor de instituição beneficente também a ser designada na fase de execução.

“Ante o regime de pena aplicado, incompatível a detração prevista no §2º do artigo 387 do Código de Processo Penal.

“Considerando a fixação do regime inicial aberto, além do tempo de prisão cautelar experimentado, suficiente para acautelar a ordem pública abalada pelo delito, de rigor a concessão do direito de recorrer em liberdade, porquanto manter a prisão preventiva, negando-lhe o direito de apelar em liberdade, representaria a imposição de um regime prisional mais gravoso daquele ora estabelecido. Expeça-se alvará de soltura clausulado.

“À vista da gratuidade de justiça já concedida (págs. 97/99), isento o réu do pagamento das custas processuais. Anote-se.” (fls. 212/215).

As penas estabelecidas estão a merecer reparos.

A pena base foi corretamente exasperada na proporção de 1/6 (um sexto), em face da quantidade e diversidade de drogas apreendidas.

É cediço que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 prevê critérios específicos para a fixação da pena na primeira etapa da dosimetria, ao dispor que “*O juiz, na fixação das penas, considerará, com*

preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Nesse ponto, é de se ver que a quantidade e diversidade de drogas apreendidas – 209 pinos contendo cocaína, com peso líquido de 63,4g; 208 tiras de maconha, com peso líquido de 432,5g; além de 34 porções de skunk, pesando 20,6g, totalizando 516,5g (vide laudo químico toxicológico de fls. 111/112) – encerra aspecto preponderante, justificando a elevação da pena base.

A propósito.

“A natureza e a quantidade da droga são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.” (STJ. HC 155.128/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/11/2011).

No caso, entendo que o aumento da pena-base na fração de 1/6 (um sexto), em razão da valoração das circunstâncias judiciais (quantidade e diversidade de entorpecentes, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006), se mostra proporcional.

Ademais, segundo precedentes, do C. STJ, *“não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatização dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base,*

dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (HC 557.108/MG, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 16/6/2021).

Afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Não obstante as ponderações do órgão acusatório, deve ser mantida a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tal como requerido pela nobre Defesa.

A Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, na hipótese em que a quantidade de entorpecente é levada a efeito na primeira fase da dosimetria, o referido fator não pode ser utilizado novamente, na terceira fase, como o único fundamento para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Além disso, a modulação do grau de redução não pode ser operada com base na quantidade de droga apreendida, se o volume de entorpecente já foi utilizado na primeira etapa da dosimetria, sob pena de configurar *bis in idem*, conforme assentado pelo E. Supremo Tribunal Federal, no RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral n. 712).

Nesse sentido: AgRg no HC n. 780.053/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 15/12/2022; EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 11/11/2022 e AgRg no HC n.

769.775/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 10/10/2022.

No caso em análise, a inaplicabilidade da minorante sustentada pelo Ministério Público, assenta-se na quantidade de drogas apreendidas, comercializadas próximo a escolas municipais, além de um rádio comunicador, a denotar dedicação a atividades criminosas.

Não obstante, conforme bem ponderado pelo julgador *a quo*: “Isso porque a quantidade de droga apreendida é suficiente à subsunção dos fatos ao delito de tráfico, mas não à conclusão de que o réu tinha habitualidade no tráfico e, tampouco, à não-aplicação da causa de diminuição da pena. Para que não se aplicasse a causa de diminuição deveria haver nos autos a plena comprovação, ou ao menos fatos que levassem a essa conclusão, de que o réu se dedicava à atividade criminosa, sendo certo que as provas produzidas nos autos e a folha de antecedentes do acusado não apontam nesse sentido. Assim, preenchidos os requisitos do aludido §4º e considerando que o acusado atuou em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes e foi capturado em posse rádio comunicador (págs. 12/13), demonstrando maior periculosidade em sua conduta, não é o caso de redutora no máximo legal, sendo razoável a diminuição no patamar de 1/2 (metade) [...]” (fls. 214).

Embora o acusado estivesse em local onde a mercancia ilícita ocorre rotineiramente, ele não era conhecido nos meios policiais. Além disso, é fato que ele trazia consigo um rádio comunicador, utilizado geralmente para avisar a chegada da polícia, a denotar maior periculosidade de sua parte, conforme ressaltado pelo magistrado sentenciante.

Tal fato, no entanto, não se presta a demonstrar sem sombra de dúvidas dedicação a atividades criminosas, mormente porque os policiais chegaram ao local e, ao que tudo indica, naquele momento, o réu estava sozinho realizando a mercancia ilícita. Além disso, nada se apurou se o rádio comunicador estava ligado e sintonizado na “frequência do tráfico”.

Ademais, a jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que a quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante em questão.

Nesse sentido, *'[a] quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa'* (RHC 138.715, Relator Ricardo Lewandowski); *'[t]ão somente a quantidade de entorpecente não é elemento apto a sinalizar que o acusado dedicava-se a atividades delitivas, pois ausentes outros elementos fáticos conducentes a essa conclusão'* (HC 117.185/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes); *'[a] causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa'* (HC 111.309/DF, Rel. Min. Roberto Barroso); *'a condição de mula não é apta a sustentar, isoladamente, a não aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois a atuação do agente no transporte do entorpecente não leva à automática conclusão de que se dedica à prática delitiva ou integra organização criminosa'* (HC 192.619, Rel. Min. Edson Fachin).

Anota-se que a causa de redução trazida pela nova

lei se coloca como direito do réu e não faculdade do julgador, se presentes estão os requisitos exigidos pela norma penal.

Assim, sendo o réu primário, não há provas de que integre organização criminosa, bem como não há como afirmar ser ele dedicado a atividades criminosas. Na realidade, é necessária a comprovação do cidadão se dedicar rotineiramente às atividades criminosas, fato não demonstrado *in casu*, sendo medida de rigor a incidência do redutor sobre a pena-base fixada.

Consigne-se, por oportuno, que a pena base foi fixada acima do mínimo legal, pois considerada a quantidade de drogas apreendidas. Dessa forma, embora relevante a quantidade e diversidade de estupefacientes, em razão da vedação de *bis in idem*, observo ser cabível o benefício previsto no art. 33, § 4º da Lei Antidrogas em sua fração intermediária de 1/2 (metade), tal como fixada pelo magistrado sentenciante.

Recrudescimento do regime prisional.

Parcial razão assiste ao Ministério Público.

A despeito da pena ser inferior a quatro anos, a autorizar, em princípio, a fixação do regime aberto, notadamente diante do enunciado da súmula vinculante nº 59 do STF: *“É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal”*, entendo que deve ser fixado o

regime inicial semiaberto, em razão da circunstância judicial valorada negativamente, consistente na expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas, totalizando 516,5g, nos termos do art. 42 da Lei Antidrogas.

A súmula vinculante n. 59 do Pretório Excelso dispõe sobre a fixação de regime menos gravoso ao tráfico privilegiado, desde que inexistam circunstâncias judiciais desfavoráveis valoradas na primeira fase, o que não ocorre no caso em análise.

Nesse sentido, é a orientação firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A despeito da pena ser inferior a quatro anos, a autorizar, em princípio a fixação do aberto, notadamente diante de Súmula Vinculante n. 59 do Pretório Excelso, deve ser mantido o regime semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena por medida restritiva de direitos, em virtude da expressiva quantidade de droga apreendida - quase 5kg entre crack e cocaína. 2. "A Súmula vinculante n. 59 do STF dispõe sobre a fixação de regime menos gravoso ao tráfico privilegiado, desde que não existam circunstâncias judiciais desfavoráveis valoradas na primeira fase" (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp n. 2.411.387/RO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 11/12/2023). 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no HC 876.663/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe

20/3/2024).

Ainda.

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. REGIME INTERMEDIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Súmula vinculante n. 59 do STF dispõe sobre a fixação de regime menos gravoso ao tráfico privilegiado, desde que não existam circunstâncias judiciais desfavoráveis valoradas na primeira fase. 2. No caso, diante do vetor negativo computado na pena-base, o regime intermediário é o cabível na espécie nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 2.411.387/RO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/12/2023).

Até porque, como é cediço, para a fixação do regime prisional não se pode levar em conta apenas o critério quantitativo da pena aplicada, devendo ser considerados também outros aspectos de natureza subjetiva, de acordo com a necessidade para reprovação e prevenção do crime, conforme inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Portanto, fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §§ 2º, "b" e 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei 11.343/06, pela presença de circunstância judicial negativa (quantidade e diversidade de drogas).

Afastamento da substituição da pena privativa

de liberdade por restritiva de direitos.

Razão assiste ao órgão acusatório.

Consigne-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, inciso III, do Código Penal).

Como visto, a pena base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de drogas apreendidas, demonstrando que a substituição da carcerária por penas alternativas não se apresenta como medida socialmente recomendável.

Nesse sentido.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Certo é que, consoante o enunciado na Súmula Vinculante n. 59 do STF, “É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal”. 2. No caso, não obstante o agravante haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da desfavorabilidade da circunstância judicial relativa à quantidade de drogas apreendidas (24 kg de

maconha), elemento que evidencia ser o regime inicial semiaberto o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, ex vi do disposto no art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP, com observância também ao enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.3. A existência de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, evidencia que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra, na hipótese dos autos, medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44 do CP.4. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no HC 904.123/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 3/6/2024).

Ainda.

“[...] 7. Embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e natureza dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A existência de circunstância judicial negativa impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos por falta de preenchimento do requisito previsto no art. 44, III, do CP. 8. Habeas corpus concedido para reduzir a pena do paciente para 3 anos, 1 mês e 1 dia de reclusão e 308 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.” (STJ, HC 659.571/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 1º/9/2021).

3 – Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por Anderson da Cruz Ferreira, para manter a aplicação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; bem como dá-se parcial provimento ao recurso Ministerial, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR