



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000007319

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501501-97.2021.8.26.0544, da Comarca de Louveira, em que é apelante FERNANDO HENRIQUE DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente sem voto), FÁTIMA GOMES E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

AMARO THOMÉ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1501501-97.2021.8.26.0544

COMARCA: LOUVEIRA – VARA ÚNICA

**APELANTE: FERNANDO HENRIQUE DOS SANTOS APELADO:
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

VOTO Nº 37.633

**TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA A
ABSOLVIÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA
– NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E
AUTORIA EVIDENCIADAS – PENA E REGIME
INICIAL ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS –
IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA
DETRAÇÃO - PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA
PENA DE MULTA – NÃO ACOLHIMENTO –
PLEITO DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA
– ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE
PROVIDO.**

Cuida-se de apelação interposta por FERNANDO HENRIQUE DOS SANTOS contra a r. sentença de fls. 217/220, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, bem como ao pagamento de **583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, no valor unitário mínimo.

Ao réu foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, recorre (fls. 227/233), postulando a absolvição, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer (i) a substituição da pena privativa de

liberdade por restritiva de direitos; (ii) a redução da pena de multa, alegando não possuir condições financeiras de arcar com o pagamento, sem prejuízo do próprio sustento; (iii) a mitigação do regime prisional, considerado o tempo de prisão provisória cumprido e, por fim, (iv) a concessão da gratuidade processual.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 239/240).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 252/266).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ao que consta da denúncia (fls. 01/03), “aos 19 de junho de 2021, por volta das 15h50, na Rua Benedito Franco, nº 188, nesta cidade de Louveira, o indiciado FERNANDO HENRIQUE DOS SANTOS, qualificado as fls. 12/13, trazia consigo, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, e para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros, 16 (dezesseis) tubetes de cocaína e 32 (trinta e dois) tubetes de “crack”, conforme auto de apreensão de fls.11 e laudo de constatação de fls.30/32.”

Segundo o apurado, “guardas municipais estavam foram acionados a fim de verificar uma ocorrência de lesão corporal. No local, conversaram com a vítima, que passou as características do seu

agressor. Os guardas então iniciaram as diligências com o fito de localizar tal indivíduo e avistaram o denunciado, que, tão logo percebeu a presença dos agentes, jogou sobre um telhado três sacos contendo drogas e empreendeu fuga, sendo capturado na sequência. Os sacos plásticos foram recuperados e foram localizadas em seus interiores as drogas acima mencionadas.

Assim, considerando a quantidade da droga apreendida, a forma de seu acondicionamento (fracionadas em porções individualizadas e prontas para a comercialização), é forçoso convir que, efetivamente, todo o entorpecente apreendido destinava-se a entrega a consumo de terceiros.”

A materialidade restou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 04), boletim de ocorrência (fls. 10/13), auto de exibição e apreensão (fl. 14), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 145/147) e demais elementos probatórios constantes dos autos.

A autoria, por seu turno, foi demonstrada pelo depoimento dos guardas municipais responsáveis pela apreensão do material entorpecente na posse do réu, em circunstâncias reveladoras de sua destinação ao tráfico (mídia).

A r. sentença assim considerou a prova:

“Eis a prova oral produzida em juízo. O GM Reginaldo disse que foi acionado VIA CECOM, noticiando uma

ocorrência de lesão corporal. Diante de tal fato, foram até o local e conversaram com a vítima, a qual passou as características do indiciado e seu nome. Em razão disso, realizaram diligências nas proximidades, quando avistaram o indiciado, que detinha as mesmas características passadas pela vítima. Ocorre que, quando ele viu a viatura tentou evadir-se e jogou sobre um telhado 3 (três) saquinhos de entorpecente. Contudo, conseguimos capturá-lo e fomos até o telhado, local que ele havia dispensado o entorpecente. Nesse sito, foi constatado que havia 16 (dezesseis) Tubetes de cocaína e 32 (trinta e dois) tubetes com crack. Além disso, em revista pessoal foi encontrado com o indiciado R\$202,00 (duzentos e dois reais) em espécie em notas fracionadas. No mesmo sentido o depoimento do GM Vanderlei. O réu negou os fatos. Disse que já teve antecedentes de tráfico e sofre perseguição dos policiais. Disse que no dia dos fatos foi separar uma briga de dois indivíduos e a GM chegou e saiu correndo com outras pessoas e um outro rapaz jogou uma sacola.” (sic, fls. 217/218)

Apesar da negativa de autoria feita pelo apelante, não resta dúvida de que foi ele o responsável por atirar os saquinhos contendo porções de entorpecentes no telhado de um imóvel, tão logo se deparou com a viatura da Guarda Municipal.

O depoimento prestado por agentes da segurança pública, independentemente da força que integrem,

seja guarda civil metropolitano, seja policial militar, seja policial civil, merece inteira acolhida, pois não há nenhum elemento nos autos que indique parcialidade apta a gerar uma incriminação do acusado sem motivos.

Com efeito, não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade, mesmo porque os agentes e o acusado nada disseram sobre terem tido qualquer contato anterior, não se podendo cogitar de qualquer possibilidade de vingança ou de atitude tendente a incriminar pessoas inocentes.

Nesse sentido:

“2. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que as declarações dos policiais condutores da prisão constituem meio idôneo de prova a embasar a condenação quando corroborada em juízo, e desde que coerentes entre si e harmônicas com os elementos do caso concreto, como ocorre na espécie. Precedentes. 3. Eventuais e pontuais contradições justificam-se pelo lapso temporal transcorrido entre a data do flagrante e a data da audiência, sendo irrelevantes para o deslinde da demanda quando incapazes de infirmar a autoria delitiva demonstrada pelo conjunto probatório” (AREsp 1421896.

Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro,

DJe 01/03/2019).

“Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo, ratificando integralmente os relatos prestados na fase policial, constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

- Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 659024/SP — Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca — Julg. 20/04/2021 — publ. 26/04/2021).

No mesmo sentido: HC 653913 — Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca — julg. 13/04/2021 — publ. 19/04/2021)

Para configuração do crime imputado ao réu, tráfico de drogas, não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou

garde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio* para consumação do delito.

Assim, a apreensão de significativa quantidade de entorpecentes variados com o apelante, de R\$ 202,00 em notas fracionadas, e o firme relato dos guardas municipais, que presenciaram o réu dispensando os entorpecentes durante sua tentativa de fuga, são circunstâncias que revelam que a destinação da droga seria mesmo a entrega ao consumo de terceiros.

A condenação, portanto, era mesmo a única solução admissível, e deve ser confirmada.

DOSIMETRIA

Na **primeira fase**, apreciadas as circunstâncias judiciais gerais, do art. 59 do Cód. Penal, e as especiais, do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na **segunda fase**, presente a agravante da reincidência (processo n. 0000750-92.2018.8.26.0544 - fls. 192/195), a pena foi elevada em 1/6, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na **terceira fase**, mostra-se incabível a

aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois o benefício é destinado apenas àqueles que conservam a primariedade, mas o apelado é reincidente.

A inoccorrência de “*bis in idem*” nos casos em que a reincidência é utilizada para exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, e para negar o redutor, na terceira, já é consolidada.

A esse respeito:

“Não há se falar em bis in idem, sob o argumento de que a reincidência fora utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria e impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Ademais, a exasperação da pena, na segunda fase, não importa em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes”. (STJ — AgRg no HC 521819 — Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO — julg. 22/10/2019)

“Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários,

possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

2. *In casu, tratando-se de réu reincidente (condenado anteriormente por roubo), é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem.*

3. *Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg no AREsp 1509254 – Rel. Min. Ribeiro Dantas – julg. 06/02/2020)*

“Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

- A reincidência do paciente constitui óbice suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista não estar preenchido o

requisito legal da primariedade. Precedentes.

- Ademais, a orientação desta Corte de Justiça é no sentido de que o reconhecimento da reincidência do réu é elemento suficiente para impedir a aplicação do redutor, por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes (STJ - AgRg no HC 630337 — Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca — julg. 15/12/2020 — publ. 17/12/2020)

DO REGIME INICIAL

Considerando o *quantum* de pena, superior a 05 anos de reclusão, e a presença da agravante da reincidência específica, assim como a natureza do delito praticado, equiparado a hediondo, de rigor a manutenção do regime inicial **fechado**.

Inviável a aplicação da detração, tendo em vista que ao acusado foi concedida a liberdade provisória no dia 20/06/2021, ou seja, o réu ficou preso por este processo um único dia, conforme fls. 83/84, inexistindo, portanto, qualquer período de prisão provisória a ser descontado, e a determinação de início

do cumprimento da pena em regime fechado se deu em razão de outras circunstâncias, que não seriam abaladas caso tivesse algum tempo mais expressivo de prisão cautelar processual a ser considerado na sentença para fins de fixação do regime inicial com base no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA

Tendo em vista o *quantum* da pena privativa de liberdade, superior a 04 anos de reclusão, mantenho a negativa de substituição por restritivas de direitos.

DA PENA DE MULTA

Inviável acolher o pleito defensivo de isenção ou redução da pena de multa, sob alegação de não ter o réu condições de arcar com seu pagamento.

A multa tem natureza sancionatória e deve ser aplicada em conformidade com os parâmetros legais.

A reprimenda em questão foi aplicada dentro dos limites previstos no preceito secundário do tipo penal, sendo calculada conforme as diretrizes legais aplicáveis ao caso, não cabendo ao réu escolher qual espécie de pena prefere cumprir, pois, se isso fosse possível, a reprimenda perderia seu caráter sancionatório, e o réu se colocaria na posição do julgador.

Outrossim, a multa aplicada é pena, prevista no preceito secundário de cada tipo penal, e, portanto, sendo

irrelevante a alegada hipossuficiência do acusado, não há como cogitar de sua isenção. Com efeito, sua condição financeira será considerada no momento do pagamento, perante o Juízo das Execuções Criminais, que detém a competência para fiscalizar o cumprimento da pena e adequá-lo a cada caso.

Nesse sentido:

“No que tange à violação ao art. 60 do CP, ”(...) nos termos do entendimento pacífico desta Corte, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador” (HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016).” (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 1667363/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020)

DA JUSTIÇA GRATUITA

Por fim, acolho o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita, ressaltando que tal fato não importa isenção do pagamento das custas.

O §9º do art. 4º da Lei Estadual n. 11.608/03

estabelece custas no valor de 100 UFESPs para os processos criminais de ação penal pública, exceto os do JECRIM, a serem pagos, ao final, pelo réu condenado. Esta Lei estabelece hipóteses de diferimento e isenção, dentre as quais não está incluída a miserabilidade do acusado.

Neste sentido já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça: *“(...) Não há se falar em isenção das custas judiciais, ainda que se trate de beneficiário da justiça gratuita, porquanto o art. 804 do Código de Processo Penal determina a condenação do vencido em custas. No entanto, é possível a suspensão da exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do que disciplina o art. 12 da Lei n.º 1.060/1950, devendo a situação econômica do condenado ser aferida pelo Juízo das Execuções (...)”* (HC 224.414/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., J. 25.9.2012).

Desta forma, está correta a condenação do réu no pagamento das custas, cuja cobrança, todavia, dependerá de sua capacidade de pagamento. A hipossuficiência econômica importa na dispensa do pagamento e, não, em exclusão da condenação. Tal questão deverá ser apreciada, no momento oportuno, pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, somente para a concessão da justiça gratuita, ficando mantida, no mais, a r. sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na origem, oportunamente, será providenciado o necessário para o início da execução da pena imposta.

AMARO THOMÉ
Relator