



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000279092

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1520637-53.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANANIAS PACHECO ROLIM, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente) E MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA.

São Paulo, 24 de março de 2025.

GERALDO WOHLERS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 49.027

Relator: **Desembargador** Geraldo Wohlers

Apelação Criminal nº 1520637-53.2024.8.26.0228, Comarca da Capital

Apelante: **Ananias Pacheco Rolim**

Apelada: **Justiça Pública**

Vistos, etc...

I. Ao relatório inserido na r. sentença de fls. 111/7, da lavra do Exmo. Juiz de Direito Dr. Filippo Del Giudice Garofalo e que se adota, acrescenta-se que **Ananias Pacheco Rolim**, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, foi condenado às penas reclusiva de 8 (oito) anos e 3 (três) meses, no regime fechado, e financeira de 833 (oitocentas e trinta e três) unidades rasas de cálculo. Outrossim, foi absolvido da prática do crime previsto no artigo 33, § 1º, inciso I, do mesmo diploma, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado com o que ficou decidido, apelou tempestivamente o epigrafado (fls. 216). Através de zeloso advogado constituído (fls. 169), sem discutir autoria e materialidade delitivas, postula: **a)** o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; **b)** a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, e no patamar máximo de 2/3; **c)** o abrandamento do regime prisional; **d)** *Justiça Gratuita*; **e)** a restituição dos celulares apreendidos (razões a fls. 262/83).

Apelo respondido a fls. 290/301. Parecer a fls. 316/27.

É o relatório.

II. Saliente-se que autoria e materialidade não foram objeto de controvérsia, razão pela qual a análise do apelo cingir-se-á às matérias impugnadas.

III. A retribuição foi estabelecida a partir da rigorosa observância do sistema trifásico e das pertinentes reflexões que as circunstâncias deste caso específico aconselhavam.

III.I. Na primeira etapa dosimétrica as basais foram acertadamente fixadas em 2/3 (dois terços) acima do piso, *“tendo em vista a quantidade e a natureza altamente deletéria da cocaína, bem como o fato de que, além de drogas, foram também apreendidos produtos químicos destinados à preparação de drogas, em farta quantidade, nos termos do laudo de fls. 117/125”* (fls. 203, r. sentença).

III.II. Na fase intermediária do cálculo punitivo não havia como mitigar as sanções por conta da circunstância atenuante da confissão espontânea, porquanto inexistente. À primeira hora **Ananias** sinalizou que os entorpecentes apreendidos se destinavam a consumo pessoal, dizendo “*ser um drogado*” e que “*tem necessidade de comprar drogas em 'biqueiras', inclusive remédio para dores musculares e de estômago, dores de cabeça, remédio para dormir, remédio para memória*” (fls. 06). Já na instrução contraditória da causa o réu admitiu ser usuário de **maconha**, negando, contudo, ter conhecimento sobre a **cocaína** apreendida (mídia digital).

III.III. No derradeiro degrau do procedimento individualizador, a redução hoje admitida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não se mostrava mesmo viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno.

A **mens legis** da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da

redução condescendente, à exigência de que o agente “*não se dedique às atividades criminosas*”.

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

No âmbito da Colenda Terceira Câmara Criminal, registrou o preclaro DES. LUIZ ANTONIO CARDOSO por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 0036916-89.2011.8.26.0050 (Comarca da Capital, j. em 30 de julho de 2013), que “essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder”.

A lei atual trouxe tratamento distinto para

quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de lucro - a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do **caput** ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desagregadora propagação narcótica como meio de vida.

É assim que se deve considerar a exigência de “não se dedicar às atividades criminosas” (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse), porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço **para alguém**, faz a deplorável intermediação **para alguém**, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo. Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente...

Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).

No caso concreto: **I)** a grande quantidade

de entorpecentes confiscados - um deles altamente pernicioso [2.900g (massa líquida) de **cocaína** e 178,4 (massa líquida) de **maconha** - fls. 117/25], imanente a quem se devota ou se consagra ao mister infracional; **II)** a apreensão concomitante de enorme volume de insumos destinados à preparação de drogas [13.700g de **levamisol**, 9.750g de **tetracaína** e **lidocaína**, 14.807,3g de **procaína**, 2.300,0g de **lidocaína**, 5.800,0g de **procaína** e **levamisol**, 4.800,0g de **tetracaína**, **lidocaína** e **procaína**, 14.300,0g de **cafeína** e 5.439,2g de **tetracaína** - fls. 117/125]; **III)** a instalação de manufatura na própria residência (onde foram apreendidos diversos objetos relacionados à vil mercancia, tais como: balanças, máquinas de cartão, bateadeira industrial e caderno com anotações - fls. 44/5) visando à fabricação e embalo de estupefacientes, tudo isso deixa delineado panorama por demais caracterizador de envolvimento com criminalidade articulada, o que se antagoniza, sem dúvida, com aludida benesse.

De valia consignar que "não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade da droga apreendida (...)" - C. STJ, AgRg REsp 1652550/RS, 5ª Turma, Rel. o ilustre Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.04.2017.

E ainda:

"É entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas,

na terceira fase, não configura bis in idem. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga 'tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (ARE n. 666.334/RG, Rel.: Min. Gilmar Mendes, DJ de 6/5/2014) " - C. STJ, AgRg no HC 624.261/SP, 5ª Turma, Rel. o nobre Min. Felix Fischer, DJe 17.12.2020.

"Agravos regimental em embargos de declaração em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Condenação pelo crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 (Tráfico de drogas: 3,410 quilos de maconha) à pena de 5 anos de reclusão, regime inicial fechado com base na hediondez já afastada por ocasião da decisão monocrática proferida nos embargos de declaração. Irresignação persistente quanto a não aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob o argumento de bis in idem na dosimetria da pena que se afasta. Jurisprudência desta Suprema Corte quanto a possibilidade de se utilizar a quantidade de droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal e a conclusão, com base no contexto dos fatos, de que o paciente se dedica a atividades criminosas, dada a quantidade de droga apreendida. Agravos regimental a que se nega provimento" (Pretório Excelso, HC 154462 ED-AgR, 2º Turma, Rel. o eminente Min. Gilmar Mendes, DJe 06.12.2018).

IV. Por fim, a regência prisional tinha

mesmo de ser a mais rigorosa, porque “o regime fechado é obrigatório:- artigo 2º, parágrafo 1º, Lei nº 8.072/90”, como assinalou a douta Terceira Câmara Criminal ao julgar, em 26 de julho de 2011, as Apelações nºs 990.10.423857-9 (Comarca de Praia Grande) e 990.09.361989-0 (Comarca da Capital), ambas de Relatoria do subscritor.

No mesmo sentido: “O regime inicial fechado decorre do teor da Lei nº 11.464/2007, o que inviabiliza a concessão de quaisquer benefícios, inclusive a substituição da pena por restritiva de direitos (...)” - **Apelação nº 0005576-92.2008.8.26.0066, Comarca de Barretos, j. em 05 de maio de 2011, Rel. o eminente Des. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.**

“Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena” (E. STJ, *HC* nº 137.162/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 07.12.09).

“1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal – seja na redação original, seja na redação atual –, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante” (Pretório Excelso, ***Habeas Corpus* nº 103.011/RN, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, LexSTF**

382/450). Confira-se também: STF, **Habeas Corpus** nº 103.141/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje - 27, de 10/02/2011.

De qualquer sorte, mesmo fazendo abstração da equiparação à hediondez como supedâneo para a estipulação do regime, os mesmos e preocupantes motivos elencados no item III.III, **retro**, indicativos de forte vínculo com a mercancia abjeta, revelam a absoluta insuficiência da adoção de estágio mais brando.

V. Outrossim, não se vislumbrava motivo para que **Ananias** se defendesse sob os auspícios da *Justiça Gratuita*, até porque se fez representar por advogado constituído (fls. 169).

VI. Por fim, inviável a restituição dos celulares apreendidos, dada a ausência de comprovação acerca de sua origem lícita, além do contexto da prática do crime de tráfico de drogas, que deu ensejo à apreensão.

VII. Em decorrência do exposto, meu voto **nega provimento** ao apelo, reeditada, pelos méritos que oferece, a r. decisão hostilizada.

Intime-se. Comunique-se.

Geraldo Wohlers

Relator