



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000280588

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502054-57.2019.8.26.0628, da Comarca de Cotia, em que é apelante VITOR DA SILVA GOMES LISBOA, 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: **afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se 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 LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 24 de março de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9369

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1502054-57.2019.8.26.0628

Apelante: Vitor da Silva Gomes Lisboa

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Cotia

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Preliminar. Nulidade das provas obtidas mediante atuação da guarda municipal. Prisão em flagrante. Ofensa a preceito Constitucional não verificado. Preliminar afastada. Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Reconhecimento das atenuantes da confissão e da menoridade relativa. Descabida a fixação das penas aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. Inteligência do enunciado n.º 231 da Súmula do STJ. Inaplicável o redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Elementos concretos que demonstram a dedicação do réu às atividades criminosas. Regime fechado mantido. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Não preenchimento de requisito objetivo. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vitor da Silva Gomes Lisboa contra a r. sentença (fls. 276/283) em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, o apelante VITOR à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal e condenar o corréu IGOR, como incurso no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, fixando a sanção de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (dias) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Por entender presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal,

a MM.^a Juíza *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao réu Igor por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena privativa e em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, à entidade pública ou privada com destinação social.

Em suas razões recursais (fls. 301/310), o apelante arguiu, preliminarmente, a nulidade das provas encartadas aos autos, posto que obtida por meio de atuação ilegal da guarda municipal. No mérito, pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento e a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 320/335), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou **não provimento** do apelo (fls. 348/399).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que **VITOR DA SILVA GOMES LISBOA** e **IGOR SANTOS DE OLIVEIRA** foram processados como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta na denúncia, no dia 15 de outubro de 2019, por volta das 21h17min, na Rua Alexandre de Gusmão, n.º 20, Zona Rural, na Cidade e Comarca de Cotia, agindo em concurso e com unidade de desígnios e propósitos entre eles, traziam consigo e guardavam, para o fornecimento ao consumo de terceiros, drogas, consistentes em 153g (cento e cinquenta e três gramas) de “Cannabis sativa L.”, popularmente conhecida por “maconha”, acondicionadas em 60 (sessenta) porções individuais; 5g (cinco gramas) de “cocaína”, sob a forma de “crack”, acondicionadas em 36 (trinta e seis) porções individuais; 5,8g (cinco gramas e oito decigramas) de “cocaína”, armazenadas em 20 (vinte) porções individuais; e 4,5g (quatro gramas e cinco decigramas) de cocaína, acondicionadas em 15 porções individuais, assim consideradas substâncias entorpecentes, psicotrópica, precursora e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n.º 344/98, e que determinam dependência física e psíquica, fazendo-o ainda sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 6, laudo de constatação preliminar de

fls. 29/32 e laudo de exame químico-toxicológico definitivo fls. 249/252.

Segundo se apurou, “(...) os denunciados exerciam o comércio de entorpecentes no local dos fatos e, para isso, traziam consigo e guardavam os entorpecentes acima descritos.

Apurou-se, ainda, que Guardas municipais realizavam patrulhamento quando receberam a notícia de que dois indivíduos traficavam no local. Ato contínuo, os agentes da lei realizaram diligências, momento em que avistaram os denunciados, cujas características físicas e de vestimentas coincidiam com as descritas na denúncia, razão pela qual decidiram abordá-los.

VITOR tentou empreender fuga, sendo, no entanto, alcançado. Em poder dele foi encontrada uma pochete contendo 20 (vinte) porções de cocaína; 36 (trinta e seis) porções de “crack” e 60 (sessenta) porções de “maconha”, além da quantia de R\$ 215,00 (duzentos e quinze reais).

Em poder de IGOR foram encontradas 15 (quinze) porções de cocaína, bem como a quantia de R\$ 72,00 (setenta e dois reais).

As circunstâncias do flagrante, tais como a quantidade e a variedade de entorpecentes, bem como o fato de estarem acondicionadas e embaladas de forma individualizada, prontas para o fornecimento ao consumo de terceiros, associadas, ainda, ao comportamento dos denunciados não deixam dúvidas de que as drogas apreendidas destinavam-se ao tráfico. (...).”

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Inicialmente, importa notar que a r. sentença transitou em julgado para o corréu Igor Santos de Oliveira em 07 de março de 2023 (fls. 340).

No mais, cumpre afastar a preliminar arguida pela D. Defesa.

No presente caso não se verifica qualquer infringência ao disposto nos artigos 144, § 8º, da Constituição Federal, 244 do Código de Processo Penal e artigos 4º e 5º, incisos II e III, da Lei 13.022/14, devendo ser afastada a alegação de inconstitucionalidade da atuação da Guarda Civil Municipal e de ilegalidade das provas obtidas através da atuação dos agentes de segurança.

Não obstante a função constitucional das guardas municipais ser

restrita à proteção dos bens, serviços e instalações dos entes municipais, não se avista irregularidade alguma na ação que culminou na prisão em flagrante do réu, pois disciplina o Código de Processo Penal, no art. 301, que *“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”*

Na hipótese dos autos, o réu não foi abordado aleatoriamente pelos guardas municipais. A abordagem se deu, inicialmente porque os agentes de segurança receberam uma denúncia anônima, indicando as características de dois indivíduos desconhecidos que praticavam o tráfico de drogas, em local conhecido pelo comércio espúrio de entorpecentes, e o apelante tão logo recebeu uma ordem de parada emanada pelo agente público, tentou empreender fuga, sendo detido alguns metros adiante.

Em situação análoga à analisada nestes autos, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu: *“(...) Conforme jurisprudência consolidada desta Corte Superior, os integrantes da guarda municipal têm função delimitada, não tendo atribuição de policiamento ostensivo, podendo, todavia, atuar em situação de flagrante delito, respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal. 3. Consoante o quadro fático narrado pela Corte local, em sede de habeas corpus, a situação de flagrância era evidente, pois os guardas municipais, que faziam patrulhamento de rotina na região, avistaram o ora paciente e um adolescente comercializando entorpecentes. Ao notar a aproximação dos agentes, o adolescente tentou empreender fuga, porém foi detido. Constatou-se, então, que na sacola plástica entregue pelo paciente havia 30 porções de cocaína, pesando aproximadamente 53 gramas, sendo que, entre outras funções, o menor realizava a venda direta aos usuários, ao passo que o paciente guardava a maior parte dos entorpecentes em sua residência e, quando necessário, buscava novas porções e entregava ao menor, abastecendo o ponto de venda. Portanto, verifica-se que o entendimento assentado pela Corte local, no julgamento do writ originário, encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da legalidade da prisão por guardas municipais em situação de estado flagrancial visível, não havendo falar, nessa oportunidade, em ilicitude das provas daí decorrentes.(...)”* (AgRg no HC n. 809.245/SP, relator Ministro Reynaldo

Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 14/6/2023.)

Em reforço, *mutatis mutandis*, “Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, **não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes**” (RHC 94.061/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/4/2018 – g.n.). Ainda, “**não há que se falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, consequentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais, que estavam de ronda e foram informados da ocorrência da prática do tráfico de drogas na ocasião, se pode fazê-lo qualquer do povo**” (RHC nº 20.714, Rel. Min. Hamilton Carvalhido) (...)” (Apelação nº 0001012-10.2014.8.26.0309. Colenda 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. **Laerte Marrone** – g.n.).

Assim, diante da fundada suspeita que recaiu sobre o réu, bem como por ser prescindível o mandado judicial para realização de revista pessoal, especialmente por tratar-se o tráfico de drogas de delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo, não se verifica erro procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Desse modo, afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito do recurso interposto.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao apelante.

A materialidade delitiva resultou comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), boletim de ocorrência (fls. 2/5), auto de exibição e apreensão (fls. 6), termos de depoimento (fls. 7 e 8), laudo de constatação preliminar (fls. 29/32), fotografia (fls. 35), comprovante de depósito de valor apreendido (fls. 79), relatório final (fls. 86/87), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 249/252), que atestou que as substâncias apreendidas eram proibidas, bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Almerinda Santana e Alexandre da Silva Martins, guardas civis

municipais responsáveis pela prisão em flagrante do réu (fls. 7/8 e 284/285 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo pela d. Magistrada sentenciante (fls. 277/278), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

*“(...) A **guarda municipal ALMERINDA SANTANA**, ouvida em juízo, em suma, confirmou os fatos relatados em solo policial de forma firme e coerente. Acrescentou que Vítor inclusive confessou que estava na prática do tráfico de drogas para angariar valores para comprar um tênis caro para o Natal. Vítor estaria com a pochete e com quantia em dinheiro. Vítor e Igor se enquadravam nas características passadas pelo denunciante, quem correu foi o Vítor. A depoente que revistou Vítor. O local é conhecido como ponto de tráfico de drogas, é um bairro mais afastado e é difícil irem por conta distância, foram por causa da denúncia. Com Igor não encontrou pochete ou bolsa, estava com R\$ 72,00 no bolso e entorpecente também no bolso, não se recorda a quantidade precisa.*

*O **guarda municipal ALEXANDRE DA SILVA MARTINS**, ouvido em juízo, em síntese, confirmou os fatos narrados em solo policial. Acrescentou ainda que a diligência foi feita com três viaturas para o bairro Jardim Japão, onde há pontos de tráfico de drogas e barulho. Em uma das ruas visualizaram indivíduos na beira da estrada, se evadiram e foram detidos logo em seguida. Em busca pessoal localizaram entorpecentes e dinheiro com ambos. Os réus confessaram a prática do crime de tráfico. Quando viram os réus, ambos estavam juntos, próximos, no momento da abordagem se separaram. No local o terreno dava para duas ruas. Não conhecia Vítor e Igor, estavam de patrulhamento. (...)”.*

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos

dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente desta C. Câmara de Direito Criminal:

“DIREITO PENAL. APELAÇÃO. **TRÁFICO DE DROGAS.** MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Apelante condenada à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, como incurso no art. 33, "caput" e § 4º, da Lei nº 11.343/06, por trazer consigo, para fins de tráfico, 28 porções de cocaína, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 2. Recurso defensivo: (i) nulidade das provas acostadas aos autos por derivarem de atuação ilegal dos guardas civis municipais, os quais extrapolaram as suas atribuições constitucionais e atuaram como polícia ostensiva; (ii) nulidade da sentença por carência de fundamentação, nos termos do art. 564, V, c/c art. 315, § 2º, III, CPP; (iii) desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06; e (iv) utilização da fração máxima de 2/3 (dois terços) para a minoração da pena em decorrência do tráfico privilegiado. 3. A legislação autoriza expressamente que a captura em flagrante seja realizada por qualquer pessoa, independentemente de sua atividade profissional, nos termos do art. 301, CPP, portanto, afigura-se absolutamente legítima a atuação dos guardas civis municipais que procederam à prisão em flagrante delito da apelante (STJ. HC n. 471229/SP; AgRg no HC n. 810.514/SP; RHC 20.714/SP). 4. Além disso, as Guardas Civis Municipais foram inseridas no rol de integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 2º, VII da Lei nº 13.675/18) e são importantíssimas no combate à criminalidade, não se justificando uma atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civil e Militares e das Guardas Municipais, pois todas fazem parte do SUSP (STF. ADPF 995). 5.

A sentença apelada analisou pormenorizadamente as provas colhidas nos presentes autos, não havendo que se falar em nulidade por carência de fundamentação. 6. A materialidade e a autoria do crime foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. **7. A palavra dos guardas civis municipais reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos** (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP; TJ-PR - APL: 16793245 PR 1679324). 8. 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). 9. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas são circunstâncias que podem ser consideradas para a modulação da minorante prevista no art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06, desde que não tenham influenciado na fixação da pena-base (STJ. HC n. 725.534/SP). 10. 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 (Súmula Vinculante 59). Diante disso, fixo à apelante, de ofício, o regime inicial aberto. 11. Recurso parcialmente provido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500099-48.2024.8.26.0229; **Relator: Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Criminal da Comarca de Hortolândia; Data do Julgamento: 07/10/2024; Data de Registro: 07/10/2024)

Os guardas municipais descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do

recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminarem injustamente o acusado. As apreensões de drogas e dinheiro no mesmo contexto, somente foram possíveis pela firme disposição dos guardas civis no cumprimento do dever, sendo certo que os esforços empreendidos pelos agentes da autoridade não se mostram coerentes ou críveis para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção da Magistrada.

Por sua vez, o réu, nas duas fases da persecução penal, confessou a autoria dos fatos. Perante a autoridade policial (fls. 10) relatou que “(...) *Estava com maconha para vender. Eu ia receber R\$ 300,00 se vendesse tudo. Preciso do dinheiro para consertar minha moto. (...)*”. Em **Juízo** (fls. 279 e 284/285 – mídia audiovisual), ratificou o quanto declarado anteriormente, assim dizendo “(...) *estava traficando há alguns dias pois queria comprar algo sem pedir ajuda para familiares. Disse que fizeram a operação e invadiram onde ele estava praticando o tráfico de drogas. Tentou fugir e foi impedido, teve disparo de arma de fogo e se rendeu. Disse que Igor não se encontrava na mesma prática com ele, foi comprar uma trouxinha de maconha. Igor não estava com drogas nem dinheiro. (...)*”.

Posto isso, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao réu, pelos elementos da prova testemunhal, bem como pelas drogas e dinheiro apreendidos em posse do apelante (20 microtubos plásticos do tipo “*eppendorf*”, contendo cocaína em pó, com peso líquido de 5,8g; 36 invólucros plásticos fechados por nó, contendo cocaína sob a forma de crack, com peso líquido de 5g; 60 invólucros plásticos do tipo “filme” retorcido, contendo Tetrahydrocannabinol, popularmente conhecida como “maconha, com peso líquido de 153g, R\$ 215,00 - fls. 6, 7, 29/32, 35, 79 e 249/252), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Cabe notar que já se decidiu que: “*A divisão do entorpecente em*

diversos pacotinhos, guardados na residência da apelante, induz que se destinavam ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368/76” (RTJE 109/277). Ensina Fernando Pedroso que: *“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”* (Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 2ª ed., RT, 2004, item “5”, p. 96).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo e guardava substâncias ilícitas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, “*caput*”, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, *“para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente”* (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Oportuno registrar, ainda, 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, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas 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, Câm., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de*

entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime” (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas apreendidas – “maconha” e cocaína em pó e sob a forma de “crack” -, mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, sendo a cocaína de conhecida potencialidade letal, a forma como estavam acondicionadas (fls. 35), a apreensão de dinheiro cuja origem lícita não restou suficientemente demonstrada e a segura incriminação feita pelos agentes estatais, as condutas não se podem afastar do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Dessarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da ilustre defesa, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta do acusado às formas puníveis do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, a MM.^a Juíza *a quo* nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, estabeleceu a pena-base no mínimo legal, fixando-a em 05 (cinco) ano de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e, em que pese a presença das atenuantes da confissão e da menoridade relativa, estando as penas no mínimo legal, restaram assim mantidas em razão do disposto no enunciado n.º 231 da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, não houve causas de aumento e diminuição de pena a serem consideradas, mantendo-se em definitivo as penas tais como fixadas na

fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, o réu foi pilhado em situação flagrancial, com considerável quantidade de drogas, inclusive de elevada nocividade (20 microtubos de cocaína em pó, 36 invólucros plásticos de cocaína sob a forma de crack, 60 invólucros plásticos de “maconha), com potencial para atingir grande quantidade de usuários, bem como R\$ 215,00, em dinheiro, o que revela que dedicava-se à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*.

Nesse sentido já entendeu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.”

(Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018).

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante

no tráfico de drogas. Nesse sentido: “*De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo*” (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na r. sentença.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. artigo 59, inciso III, ambos do Código Penal, destacando-se o *quantum* da reprimenda e a natureza de crime equiparado a hediondo.

Nesse sentido, destaca-se precedente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. **Tráfico de drogas**. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Insurgência do acusado, restrita à reprimenda aplicada. Não acolhimento. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. A natureza e quantidade das substâncias devem ser consideradas na primeira fase de dosimetria da pena. Crack e K9 que têm efeito avassalador à saúde e à sociedade. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Afastamento da causa de diminuição. Primariedade do acusado não implica na concessão automática do benefício. Circunstâncias que demonstram que o réu se dedicava a atividades criminosas, não tendo direito ao redutor. Não é o caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a quantidade de pena aplicada. **Regime fechado adequado. Crime equiparado a hediondo**. Pena bem dosada. Benefício da justiça gratuita que deve ser avaliado pelo Juízo das Execuções Penais. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1502453-83.2023.8.26.0616;
Relatora: Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito

Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/11/2024; Data de Registro: 04/11/2024 -g.n.).

Em reforço, não obstante a evolução da discussão da matéria, pela pertinência, cita-se a lição do Exmo. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**: “(...) *O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas. Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante. Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios. Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta da ré, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)” (TJSP, Apelação Criminal n.º 0034838-30.2014.8.26.0114, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, Data do Julgamento: 06/10/2016 – g.n.).*

Deve suportar o apelante, que não tem os mecanismos de repressão e prevenção do Estado como aptos a demovê-lo do ímpeto criminoso, mostrando-se necessário o cumprimento de todas as etapas para ressocialização.

Por fim, pelas razões já expostas, estabelecido o *quantum* da pena

em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta de preenchimento de requisito objetivo (art. 44, inciso I, do Código Penal).

Sobre o tema: “(...) **Fixada a sanção em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal (...)**” (HC n. 772.637, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 01/12/2022); “(...) **O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, que não se encontram preenchidos no caso em exame, porquanto mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão (...)**” (HC n. 366.096/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 7/11/2016).

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes: HC 108.135, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.06.12; RHC 105.150, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 25.09.12. 2. A redução da pena em virtude da minorante prevista no

art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ainda quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra *in procedendo*, aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime. Precedentes: HC 99.440/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, e HC 102.487/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 3. In casu, a) o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06; b) o TRF da 3ª Região deu parcial provimento à apelação da defesa para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto), reduzindo o *quantum* da pena para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. A Corte Regional justificou a aplicação de percentual inferior ao máximo legal em razão da atuação do paciente na condição de “mula”, figura que, inobstante não se subordinar, de modo permanente, às organizações criminosas, nem integrar seus quadros, é peça fundamental para “assegurar a insuspeição da prática criminosa”. 4. **A pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos não pode ser substituída por outra restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.** 5. *In casu*, o paciente foi condenado a 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, não sendo possível, destarte, a substituição da reprimenda. 6. Habeas corpus extinto sem julgamento de mérito. Ordem concedida de ofício para determinar que o juízo da execução verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime.

(HC 121543, Relator: Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03-06-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014 - g.n).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, afastada a preliminar, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator