



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285957

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503522-34.2024.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante/apelado LUÍS HENRIQUE CARDOSO DOS SANTOS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso da Defesa, e deram integral provimento ao apelo Ministerial, para redimensionar a pena para 05 anos de reclusão, e 500 dias-multa, fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena, e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Mantiveram, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 25 de março de 2025.

ELY AMIOKA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22.744

Apelação nº 1503522-34.2024.8.26.0320

Comarca: Limeira – 3ª Vara Criminal

Apelantes/Apelados: 1) Ministério Público do Estado de São Paulo

2) Luís Henrique Cardoso dos Santos

(solto – recurso em liberdade)

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo art. 33, caput, e §4º, da Lei nº 11.343/06. Recurso Ministerial que busca o afastamento da causa especial de diminuição da pena, visto que o réu se dedica às atividades criminosas, bem como das penas restritivas de direitos, e a fixação de regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Recurso da Defesa que pleiteia a desclassificação para o delito previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06.

Materialidade e autoria comprovadas – Prisão em flagrante – apreensão do total de 85 porções de cocaína – Réu que negou as acusações – negativas que não prosperam – Policial Militar responsável pela prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, esclareceu que realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas, quando visualizaram o réu, indivíduo já conhecido pelo envolvimento com o tráfico, vendendo entorpecentes para um usuário. Optaram pela abordagem de ambos, sendo certo que foram apreendidos entorpecentes com o réu (09 pinos) e com o usuário (05 pinos), este afirmando ter adquirido do acusado. Ainda, lograram apreender, em uma “boca de lobo” bem próxima do local, mais 76 “pinos” de cocaína – Usuário de drogas que apontou o réu como sendo o traficante que lhe vendeu as drogas. Tráfico de drogas consumado, quanto ao sentenciado Luis Henrique – Desnecessidade de prova da mercancia, diante das diversas condutas previstas no art. 33, da Lei de Drogas – Prova que demonstrou efetivamente a ocorrência de tráfico de entorpecentes – condenação de rigor, nos termos da denúncia. Quanto ao usuário, foi instaurado Termo Circunstanciado em separado.

Dosimetria – Pena-base fixada no mínimo legal – Na segunda fase, presença da circunstância atenuante da menoridade relativa, sem reflexos na pena, nos termos da Súmula 231, do C. STJ – Na terceira fase, afastamento do redutor de pena, por falta de amparo legal. Dedicção à atividade criminosa. Réu com apontamentos na Vara da Infância, por prática de delitos assemelhados ao tráfico de drogas. Entendimento do C. STJ.

Regime inicial fechado fixado nos termos do Recurso

Ministerial.

Mandado de prisão a ser expedido, oportunamente.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos afastada, por ausência de amparo legal.

Recurso da Defesa desprovido.

Recurso Ministerial provido, para cassar o redutor de pena, exasperando, assim, a reprimenda final, para fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao relatório da r. sentença¹ de fls. 221/227, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Rafael da Cruz Gouveia Linardi, ora adotado, acrescento que **Luís Henrique Cardoso dos Santos** foi condenado à pena de *01 ano e 08 meses de reclusão*, em regime inicial **aberto**, e pagamento de *166 dias-multa*, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, e §4º, da Lei nº 11.343/06.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e a proibição de frequentar determinados lugares.

Permitido o recurso em liberdade.

Inconformadas, apelaram as Partes.

O **D. Representante do Parquet** busca o afastamento da causa especial de diminuição da pena, visto que o réu se dedica às atividades criminosas, bem como das penas restritivas de direitos, e a fixação de regime inicial fechado para cumprimento da pena (fls. 234/238).

Por sua vez, **a Defesa** do réu pleiteia a desclassificação

¹ Fls. 228: Sentença publicada aos 09/12/2024.

para o delito previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06 (fls. 263/273).

Processados os recursos, com contrarrazões (fls. 291/294 – Ministério Público; e fls. 275/288 – Defesa), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso Ministerial e desprovimento do apelo Defensivo (fls. 305/321).

É o relatório.

Narra a denúncia:

*“Consta do incluso inquérito policial, lavrado em decorrência de prisão em flagrante que, na data de 03 de setembro de 2024, por volta das 18h30min, na frente do “bar do André, situado na Rua Doutor José de Campos Camargo, nº 911, Jardim São Francisco, nesta cidade e Comarca de Limeira/SP, **LUÍS HENRIQUE CARDOSO DOS SANTOS**, vulgo “R-15”, menor de 21 anos, qualificado à fl. 17, recebeu, vendeu, trazia consigo e mantinha em depósito, para ser entregue a consumo de terceiros, em atividade de tráfico ilícito, 85 porções de “Cocaína”, pesando 37g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Segundo o apurado, na ocasião supramencionada, o denunciado recebeu, trazia consigo e mantinha em depósito certa quantidade de Cocaína para desenvolver o comércio ilícito de drogas no bairro Jardim São Francisco.

*Na data supramencionada, policiais militares estavam em patrulhamento pelo local, conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando avistaram o denunciado entregando porções de entorpecentes ao usuário Léo Renan Ragazzo. Ao avistarem a viatura, **LUIS HENRIQUE** e Léo Renan tentaram sair do local sorrateiramente, contudo, foram abordados pelos agentes públicos.*

Assim, os policiais abordaram o denunciado e,

em busca pessoal, localizaram R\$301,00 e 09 pinos de cocaína. Já com Léo Renan, foram encontradas 05 porções da mesma droga, as quais ele confessou ter adquirido do denunciado. Em continuação às buscas, os policiais localizaram, em uma “boca de lobo” bem próxima do local, mais 76 “pinos” de cocaína.

As circunstâncias da prisão em flagrante, a venda realizada, a localização das diversas porções de drogas, a forma como estavam acondicionadas e a quantidade de dinheiro, deixam certo de que o denunciado praticava atividade de tráfico ilícito.

Interrogado, LUÍS HENRIQUE permaneceu em silêncio (fls. 05). O denunciado dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de drogas desde a adolescência, possuindo outras passagens e condenações por atos infracionais equiparados ao tráfico³, sendo-lhe impostas medidas socioeducativas.

Diante do exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência, LUÍS HENRIQUE CARDOSO DOS SANTOS como incurso no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (...)” (fls. 01/02).

A denúncia foi recebida em 11/10/2024 (fls. 150/152).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 03), boletim de ocorrência (fls. 09/11), auto de exibição e apreensão (fls. 13), laudo de constatação provisória (fls. 15/17), exame químico-toxicológico (fls. 128/130), em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

Da mesma forma, a autoria é inconteste.

Preso em flagrante delito e interrogado na Delegacia de Polícia, na presença de sua advogada, o réu **optou pelo silêncio** (fls. 07).

Por r. decisão proferida aos 04/09/2024, a prisão em

flagrante foi convertida em preventiva (fls. 100/103).

Interrogado em Juízo, o acusado **negou as acusações**. Disse que tinha acabado de sair do lava-rápido onde trabalhava e se dirigiu até o local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas. Comprou 07 porções de cocaína para uso próprio e se dirigiu até um bar para comprar cerveja. O Policial Militar Narcizo estava do lado de fora do estabelecimento abordando algumas pessoas, e também decidiu abordá-lo, levando-o para fora do bar. Afirmou que referido policial o 'persegue' desde a sua adolescência, inclusive 'forjou um roubo', o acusando. Em revista pessoal, o policial encontrou as sete porções de cocaína, e explicou que se destinava ao seu consumo. Ato seguinte, o policial o acusou de mentiroso, afirmando que 'iria destruir a sua vida'. Então, juntamente com outro indivíduo desconhecido, foi conduzido à Delegacia de Polícia (mídia digital).

Ouvido em Juízo, o Policial Militar *Bruno Ramos de Freitas* esclareceu que estava em patrulhamento pelo local, conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando avistou **o acusado vendendo drogas para o usuário Léo Renan**. O acusado, ao perceber a viatura, saiu caminhando. **Em revista pessoal, localizaram 09 porções de cocaína e mais de trezentos reais em dinheiro com o réu. Com o usuário foram encontradas mais 05 porções da mesma droga, sendo que ele confessou ter comprado do acusado.** Ainda, lograram apreender, em uma “boca de lobo” bem próxima do local, **mais 76 “pinos” de cocaína**. Afirmou que o réu já foi detido por tráfico de drogas, enquanto adolescente. Acrescentou que o acusado é conhecido dos meios policiais como integrante de facção criminosa (mídia digital).

A certidão de feitos relativos ao período em que o réu era adolescente está às fls. 39 e seguintes.

Inquestionável a validade do depoimento prestado por

Policiais Militares. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais e guardas municipais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não tem qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

“os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação” (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

"VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal [...]" (STF, 1.ª Turma, HC n.º 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96: in DJU 18.10.96).

Não é crível que o policial incriminaria o réu de forma gratuita. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tal depoimento não mereça total credibilidade.

Em juízo, a testemunha *Léo Renan Ragazzo* disse que não se recordava dos fatos, apesar do curto período de tempo entre os fatos e a audiência de instrução². Contudo, na fase inquisitiva, confirmou que esteve no local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas, e adquiriu cinco pinos de cocaína com o réu, que tinha a alcunha de 'R15'. Asseverou, ainda, que já havia comprado drogas do réu em oportunidades anteriores. Apontou o acusado aos Policiais, descrevendo-o também, dizendo que ele tem tatuagens no rosto (fls. 05), o que se comprovou conforme fotografias do acusado (fls. 18 e 19).

Por fim, arrolada pela Defesa, *Magda Clementino Cardoso*, contou em Juízo que mora próximo do bar do André e que **não presenciou os fatos**, nem a prisão do **réu, que é seu filho**. Disse que descobriu sobre o ocorrido por meio de ligação de terceiros conhecidos de ambos que moram aos arredores do local. Na ligação, explicaram a ela que a polícia levou seu filho, pois ele teria ido ao local comprar droga para consumo próprio. Retificou que o réu é usuário de drogas, mas que nunca foi internado por conta do uso. Afirmou que o réu possui 'passagens na Polícia' quando era menor de idade por ser "usuário de droga, buscando em pontos do tráfico. Relatou ainda que o réu teria sido incriminado por um assalto, mas que restou provado que não era ele o culpado. Além disso, disse que sua casa nunca fora invadida pela Polícia e reiterou que seu filho ganha seu sustento por meio de trabalho no lava-rápido, e que quando foi preso com uma certa quantia apreendida, afirmou que o recebimento desse dinheiro vinha de seu trabalho (mídia digital).

Ao contrário do alegado pela mãe do acusado, os registros às fls. 39/42 apontam 'tráfico de drogas' na fase da adolescência do ora acusado.

O conjunto probatório deixou fora de dúvidas de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas, conforme a narrativa acusatória, o que

² Fato: 03.09.2024, quando a testemunha foi levada ao Distrito Policial. Audiência em 02.12.2024 (fls. 198).

afasta a possibilidade de absolvição ou desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas.

Em síntese, o réu **negou a traficância de drogas**, aduzindo que os entorpecentes apreendidos se destinavam ao seu consumo.

Contudo, a negativa apresentada restou isolada.

O Policial Militar responsável pela prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, esclareceu que realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas, quando visualizaram o réu, indivíduo já conhecido pelo envolvimento com o tráfico, vendendo entorpecentes para um usuário. Optaram pela abordagem de ambos, sendo certo que foram apreendidos entorpecentes com o réu e com o usuário, este afirmando ter adquirido do acusado. Ainda, lograram apreender, em uma “boca de lobo” bem próxima do local, mais 76 “pinos” de cocaína.

O referido usuário foi conduzido ao Distrito Policial e na ocasião confirmou que comprou as drogas do acusado (05 porções de cocaína), acrescentando que quem lhe vendeu a droga tem tatuagem no rosto (fls. 05), apontando tal pessoa aos Policiais Militares. E a fotografia do réu juntada às fls. 18 mostra que ele tem tatuagem no rosto (a inscrição “1533”) e também no pescoço todo.

Diante da prova colhida, não resta dúvida de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas. Tal delito se consuma pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga já consumou a infração.

Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito

de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalto o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“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”.

A prisão em flagrante, a forma de acondicionamento das drogas, os relatos dos policiais, enfim, as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam evidente a prática do tráfico de drogas.

Assim, de rigor a manutenção da condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Passo a analisar a dosimetria da pena.

Atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, e art. 42, da Lei nº 11.343/06, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em *05 anos de reclusão, e 500 dias-multa*, no mínimo legal.

Na segunda fase de dosimetria, presente a circunstância atenuante da menoridade relativa, a pena foi mantida no mínimo legal, nos termos da Súmula 231, do C. STJ, o que fica mantido.

Na derradeira etapa, a r. sentença **reduziu a pena em 2/3**, nos termos do **art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06**.

Neste ponto, o D. Ministério Público pleiteia o **afastamento** do referido redutor de pena, o que **deve ser acolhido**.

A r. sentença aplicou o redutor de pena por entender que não restara comprovado nos autos que o réu se dedicasse às atividades criminosas, além de ser primário, de bons antecedentes, e não integrar organização criminosa.

Respeitado tal posicionamento, a meu ver o referido redutor de pena não era cabível neste caso. O réu foi preso em flagrante delito, e foi apreendida expressiva quantidade de drogas embaladas (cocaína), de alto poder lesivo.

Ainda, o réu não comprovou exercício de atividade lícita e o Policial Militar responsável pela ocorrência afirmou que o réu é conhecido nos meios policiais por integrar facção criminosa denominada “PCC” (inclusive, ostenta tatuagem no rosto referente à referida facção – cf. fotografia às fls. 18).

O D. Representante do *Parquet* também ponderou em suas razões recursais que *“O apelado possui outras passagens e já foi condenado por ato infracional equiparados ao tráfico (Cf. Execuções nº 0001663-96.2020.8.26.0320, 0014208-38.2019.8.26.0320, 0010759-67.2022.8.26.0320, 0004906-14.2021.8.26.0320 e 0012341-12.2020.8.26.0114 e Autos nº1500532-32.2019.8.26.0551, 1500430-10.2019.8.26.0551, 1500525-35.2022.8.26.0551, 1501403-42.2020.8.26.0320 e 1501162-34.2021.8.26.0320 – fls. 35/36 e 39/84), indicando que se dedicava à atividade criminosa, sendo-lhe imposta medida socioeducativa, não possuindo os*

requisitos exigidos pela causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.” (fls. 237).

Além de todas as circunstâncias do caso concreto indicarem a dedicação às atividades criminosas, a menção aos registros de atos infracionais não foi isolada, constituindo-se em mais um argumento, dentre outros, a comprovar a dedicação do acusado às atividades ilícitas.

Sobre o tema, anota-se que em r. decisão do C. STJ, datada de 08.09.2021, no julgamento do EResp 1.916.596/SP, estabeleceu-se que o histórico infracional pode ser usado para afastar o chamado 'tráfico privilegiado'.

Assim é que a **E. 3ª. Sessão do C. STJ** decidiu que o **histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06** ao réu quem após os 18 anos, volta a praticar o tráfico de drogas:

“Embargos de divergência em Recurso Especial. Tráfico de drogas, Reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11343/06. Pleito de afastamento com base em atos infracionais. Prevalhecimento de entendimento intermediário. Possibilidade em circunstâncias excepcionais, devidamente fundamentadas. (...) 6. No entanto, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressalvado o entendimento desta Relatora para o acórdão, entendimento intermediário no sentido de que o **histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em**

apuração. (...)” (STJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, julgamento 08.09.2021, publicação DJe 04.10.2021).

E, ainda, mais recentemente decidiu o C.STJ:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que somente quando demonstrada correlação fática e temporal entre o ato infracional e o crime de tráfico de drogas será possível de utilização dos registros da justiça da infância e juventude para afastar a aplicação do tráfico privilegiado. 2. No caso em análise restou suficientemente demonstrado que desde a adolescência o paciente se dedicava a atividades relacionadas à mercancia ilícita de entorpecentes, consignando o juízo sentenciante que, "as circunstâncias do fato, a natureza, diversidade e quantidade da droga apreendida (104,5g de crack; 69g de cocaína e 189,8g de tetrahydrocannabinol) aliados ao fato de que o paciente ostenta anotação por ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, em data muito recente à dos fatos de que ora se trata, revelam que o paciente se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com animus lucrandi, modus vivendi" (fl. 121). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 914.121/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 5/9/2024.)

Tudo indica que o réu se **dedicava à atividade criminosa, o que obsta** a incidência do redutor de pena.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, o paciente foi flagrado com 4,75g, na forma de 42 pedras de substância análoga ao crack, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 198.458/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

Assim sendo, acolhendo pleito Ministerial, **afasto o redutor de pena**, e redimensiono a pena aplicada, tornando-a definitiva em *05 anos de reclusão, e 500 dias-multa*, no mínimo legal.

A r. sentença fixou regime inicial **aberto**, o que **também merece reforma**, nos termos do recurso Ministerial.

A própria quantidade de pena ora fixada impede a manutenção do regime inicial aberto.

Ademais, pondera-se que o crime em tela intranquiliza

a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Reitera-se que, diante da pena aplicada e das circunstâncias do caso concreto, bem como em razão de tratar-se o tráfico de drogas de crime equiparado a hediondo, justifica-se o regime inicial mais rigoroso.

No mais, trago à colação jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

“STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. 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 integrem organização criminosa. 2. Não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado à paciente, dada a quantidade e variedade de drogas apreendidas com ela e os corréus - 9 porções de cocaína, com peso líquido de 14,2g (Marcelo), 6 porções de maconha, com peso líquido de 25,2g (Marcelo), 40 porções de cocaína, com peso líquido de 212,2g (Adriano e Josiane Mayara), 29 porções de maconha, com peso líquido de 141,7g (Adriano e Josiane Mayara) e 1 porção de cocaína, pertencente a José Roberto Georgetto, com peso líquido de 4,5g (e-STJ, fl. 30), além da apreensão de R\$ 1.379,00 em espécie, cuja origem lícita não foi satisfatoriamente demonstrada, e de petrechos para divisão e embalo de entorpecentes, consistentes em facas, balanças de precisão, eppendorfs e ainda, uma arma de fogo municada (e-STJ, fl. 31); tudo isso a denotar que ela não se tratava de traficante ocasional. 3. Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

4. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime inicial intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas,

autoriza a fixação do regime mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial fechado.

Precedentes. 5. A substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos é inviável por expressa previsão legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no HC n. 905.390/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa

causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, a Corte estadual - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. O Tribunal de origem entendeu devida a manutenção do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, notadamente "diante da quantidade e variedade de drogas e dos indicativos da dedicação do apelante à narcotraficância", circunstâncias que, de fato, justificam a fixação de regime mais gravoso do que o cabível em decorrência da reprimenda aplicada.

4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP (sanção superior a 4 anos).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.849.818/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 30/4/2021.) (g.n.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A

EXASPERAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. **REGIME INICIAL FECHADO**. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias do crime - por ter o paciente se valido de transporte coletivo para tentar chegar ao destino, diante da fronteira, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 3 Kg de cocaína, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Mostra-se irretocável o acórdão atacado, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, entendeu por bem reduzir a pena em 1/4, não havendo, ainda, que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

3. **Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime fechado se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código**

Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos (diga-se, 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão), levando em conta a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. Mantida a pena definitiva do paciente em 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

5. Ordem denegada. (HC n. 204.642/MS, relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 2/8/2011, DJe de 24/8/2011.) (g.n.)

E também desta E. Corte:

“Conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o

cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes julgados: HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 16.08.2012, HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e, por último, HC 283296/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28.05.2014” (TJSP - Apelação Criminal nº 1501038-82.2023.8.26.0481, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Euvaldo Chaib, j. 30.09.2024). (g.n.)

APELAÇÃO – Artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 – **Condenação do réu à pena corporal de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo** – Autoria e materialidade do tráfico ilícito de drogas bem demonstradas pelas provas produzidas em fase judicial – Validade dos depoimentos policiais como elementos de prova – Manutenção da condenação que se impõe – Dosimetria – Reforma parcial - Primeira fase – Fixação da pena-base em seu mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - Segunda fase – Exasperação da pena em ¼ em razão da reincidência do réu – Condenação apta a configurar reincidência não

especificada – Folha de antecedentes juntada aos autos que não contém condenação com trânsito julgado anterior à prática do crime ora em análise sem que tenha transcorrido o período depurador de 05 anos - Agravante afastada – Pena provisória mantida em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo Terceira fase – Ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas – Impossibilidade de reconhecimento da figura privilegiada do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 – Dedicção do réu às atividades criminosas - **Pena definitiva fixada em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo – Condições pessoais do réu que, apesar do quantum da pena inferior a 08 anos, autorizam a manutenção do regime inicial fechado nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal** – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de suspensão condicional da pena diante do quantum da pena aplicada, superior a 04 anos – Inteligência dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, respectivamente – Apelação parcialmente provida, nos termos do presente Acórdão. (TJSP; Apelação Criminal 1513100-56.2021.8.26.0019; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Americana - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/08/2024; Data de Registro: 27/08/2024) (g.n.)

Assim, **fixo o regime inicial fechado para**

cumprimento da pena.

No mais, de rigor o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Primeiramente, em razão do redimensionamento da pena ora operado. E ainda que assim não fosse, sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

“Crime hediondo - Entorpecente - Tráfico - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98, direcionada aos pequenos delitos, oportunizando ao condenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, com a Lei 8.072/90, que visa tratar com maior severidade os apenados por delitos odiosos.” (TJRS) RT 771/688.

“Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617.

O art. 44 da mesma lei continua em pleno vigor, o qual dispõe: Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício ou, ainda, do *sursis*, nos termos do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso da Defesa, e **dou integral provimento ao apelo Ministerial**, para redimensionar a pena para *05 anos de reclusão, e 500 dias-multa*, fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena, e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Mantenho, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão.

Ely Amioka

Relatora