



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000286591

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500579-65.2023.8.26.0583, da Comarca de Presidente Bernardes, em que é apelante JULIA RAFAELA BISPO DE SOUSA, 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: **Negaram provimento ao recurso. 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, 26 de março de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9367

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1500579-65.2023.8.26.0583

Apelante: Julia Rafaela Bispo de Sousa

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Presidente Bernardes

Apelação Criminal. Tráfico de drogas majorado (artigo 33, caput, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. O princípio da insignificância não se aplica ao tráfico de drogas. Pretensão à desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Descabimento. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato da agente penitenciária. Depoimento em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Confissão espontânea não configurada. Exegese do enunciado n.º 630 da Súmula do C. STJ. Causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas devidamente constatada. Inaplicável o redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Elementos concretos que demonstram a dedicação da ré às atividades criminosas. Regime fechado mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Julia Rafaela Bispo de Sousa contra a r. sentença (fls. 180/183) em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-la como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 205/216), a apelante pugnou pela absolvição por insuficiência probatória ou pela aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, o redimensionamento

das penas aplicadas, com o reconhecimento da confissão espontânea e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 221/223), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **não provimento** do apelo (fls. 233/235).

É o relatório.

Inferre-se dos autos que **JULIA RAFAELA BISPO DE SOUSA** foi processada como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 04 de junho de 2023, por volta das 08h, na Penitenciária Silvio Yoshihico Hinohara, na Cidade e Comarca de Presidente Bernardes, trazia consigo, sem autorização, para entrega, ainda que gratuita, ao consumo de terceiros, 1 (uma) porção de fragmentos vegetais ressequidos e 42 (quarenta e dois) segmentos de papel, contendo “*Tetrahydrocannabinol*” (*THC*), constante na Lista F2 da Portaria SVS/MS 344/98, substância popularmente conhecida por “maconha”, com peso líquido de 4,46g e 29,95g, respectivamente.

Segundo o apurado, “(...) nas circunstâncias descritas, a denunciada se dirigiu à Penitenciária Masculina local para fins de visita ao custodiado JEFTE VERISSIMO SOUSA.

A denunciada foi então submetida à revista por meio do aparelho 'scanner corporal', momento em que se identificou algo suspeito na região de seu 'top'. Com a retirada do invólucro, encontrou-se a porção de droga mencionada.

É notório que a droga se destinava ao tráfico ilícito de entorpecentes, tendo em vista as circunstâncias da prisão e o local da apreensão: no interior de estabelecimento penal, onde a disseminação de drogas é intensa.

A materialidade delitiva se encontra comprovada por meio do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 10), imagens (fls. 10-11; 69-73; 81), laudos periciais (fls. 89-91; 92/94). (...)”.

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

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 à ré.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), termos de depoimento (fls. 2 e 3), boletim de ocorrência (fls. 5/7), autos de exibição e apreensão (fls. 10 e 68), fotografias (fls. 11, 12, 69, 70, 71, 72 e 73), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 13/14), comunicação de evento (fls. 75), laudos de exame químico-toxicológicos definitivos (fls. 89/91 e 92/94), que atestaram que a substância apreendida era proibida, relatório final (fls. 102/105), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída da declaração prestada pela testemunha Vânia de Agostini Praça, agente de segurança penitenciária (fls. 2 e 172 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo do depoimento colhido em juízo pelo d. Magistrado sentenciante (fls. 181), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Vânia de Agostini Praça e Janaina Fernandes Perícolo, agentes de segurança penitenciária, testemunhas, na fase inquisitiva (fls. 02 e 03), narraram que, na data dos fatos, durante o procedimento de revista, o aparelho de scanner detectou uma imagem suspeita na altura do busto da visitante JULIA RAFAELA BISPO DE SOUSA. Em seguida, em sala reservada, a ré retirou de seu 'top' um invólucro envolto em plástico-filme com algumas tiras de papel, contendo supostamente maconha. Em juízo, Vânia relatou que, na data dos fatos, a ré passava por revistas de rotina no aparelho de scanner corporal quando foi visualizado um volume anormal na altura de seu 'top'. JULIA confirmou a posse do objeto suspeito e, em uma sala reservada, retirou algumas fitas de papel, dentro das quais havia uma substância esverdeada e escura. A ré declarou que pretendia entrar com a droga na penitenciária para entregar ao seu irmão preso (fls. 172 e 177 gravado em áudio e vídeo). (...)”

Nesse ponto, convém salientar que o fato de a testemunha ser agente 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 Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**. (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (2) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (3) INDÍCIOS. (4) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (5) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (6) CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. (7) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. (8) CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. (9) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. (10) REGIME SEMIABERTO. (11) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

“(...) 2. Validade dos depoimentos de policiais e agentes penitenciários. **Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis e agentes penitenciários, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais.** Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o

Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007; HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998 e HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. 26/03/1996 – DJU de 18/10/96) e do STJ (AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 776.703/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. 02/08/2022 – DJe de 16/08/2022; AgRg no AREsp 1.858.776/PR – Rel. Min. Ministro Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. 26/04/2022 – DJe de 03/05/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1.970.832/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. 29/03/2022 – DJe de 04/04/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021). (...)”.

(TJSP; Apelação Criminal 1502533-24.2023.8.26.0559;

Relator: Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito

Criminal; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/01/2025; Data de Registro: 31/01/2025 - g.n.)

A agente penitenciária descreveu satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentou declarações coerentes, claras, e narrou os fatos com precisão.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seu depoimento, não havendo qualquer indício que demonstre a intenção da depoente em incriminar injustamente a acusada. A apreensão da droga somente foi possível pela firme disposição da agente no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, o relato é válido e deve ser avaliado como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do Magistrado.

Por sua vez, a ré, no inquérito policial, manifestou seu direito constitucional ao silêncio (fls. 4). Em **juízo** (fls. 172 - mídia audiovisual e 181), negou a autoria delitiva e assim declarou “(...) *os entorpecentes eram de sua propriedade, mas disse que não seriam entregues a ninguém, destinando-se apenas ao seu consumo pessoal. Indagada, permaneceu em silêncio e não quis fornecer explicações adicionais sobre a situação (fls. 171 e 176 - gravado em áudio e vídeo). (...)*”.

Pois bem, após a análise de toda a prova colhida em contraditório judicial, vê-se que razão não assiste à i. Defesa quanto ao pleito absolutório, pois, de fato, as provas são satisfatórias e permitem a segura conclusão da imputação à ré do crime de tráfico de drogas.

A ré, que se aventurou alegar inocência, não empreendeu esforços para demonstrar o alegado alibi, como lhe competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal. O argumento de que as substâncias ilícitas eram para uso pessoal, sequer poderiam ser aceitos ou confirmados, haja vista que drogas, notadamente as contidas na Portaria SVS/MS 344/98, não se incluem no rol de itens permitidos para consumo no dia de visitas nas unidades prisionais.

Nesse sentido: “TJSC: “*Quem afirma o alibi deve comprová-lo sob*

pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria” (JCAT 59/288-9). TACRSP: “Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante”. (RT 747/692)”, in Código de Processo Penal Interpretado. Júlio Fabbrini Mirabete. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se inverte. Neste sentido: “Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão (4º Grupo de Câmaras do TACRIM-SP, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do TACRIM-SP, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v. u. - Rel. Juiz Sérgio Pitombo)” (Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, “Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação” (JTACRESP 51/342). Nesse sentido: “PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.” (JUTACRIM 54/243, Rel. VALENTIM SILVA). No mesmo sentido, já se decidiu que “de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.” (STJ, Col. 5ª Turma, Habeas Corpus nº 44.376/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 17.11.2005).

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado à ré, pelos elementos da prova testemunhal e pela droga apreendida (1 porção de fragmentos vegetais ressequidos, contendo “Tetrahydrocannabinol” - THC, com peso líquido de 4,46g; 42 segmentos de papel, contendo “Tetrahydrocannabinol” - THC, substância popularmente conhecida por “maconha”, com peso líquido de 29,95g – fls. 10, 13/14, 68, 89/91 e 92/94).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são

contundentes em demonstrar que a ré trazia consigo droga, visando entrega a consumo e fornecimento a terceiros, sem autorização legal, 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 Câ. 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, Câ., 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 -g.n.).

No mais, inviável o reconhecimento da atipicidade da conduta, com aplicação do princípio da insignificância, visto que a conduta da apelante não pode ser considerada insignificante.

A respeito do tema, já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal: *"Princípio da insignificância e tráfico de entorpecentes. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se aplica o princípio da*

insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes: precedentes. De qualquer sorte, as circunstâncias do caso, especialmente se considerada a espécie da substância apreendida e a forma como estava acondicionada, não convencem de que o fato pudesse ser considerado penalmente insignificante. (...)" (STF. HC 88820, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05-12-2006 -g.n.).

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior 'de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, porquanto trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente' (EDcl no HC 463.656/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/10/2018, DJe 24/10/2018).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 648.724/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021 - g.n.)

A respeito, destacam-se ainda precedentes desta C. Câmara de Direito Criminal:

“TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: absolvição por insuficiência probatória – inadmissibilidade – palavras dos agentes da lei corroboradas por demais elementos acostados aos autos – materialidade e autoria suficientemente demonstradas – condenação mantida – reconhecimento, no entanto, da figura privilegiada – reprimenda reduzida – fixação do regime inicial aberto e concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – **PARCIAL**

PROVIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: desclassificação para porte para uso próprio – inadmissibilidade – circunstâncias do crime que não deixam dúvidas a respeito do narcotráfico – condenação mantida – PROVIMENTO PARCIAL PARA OUTRO FIM. TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: **absolvição** – atipicidade da conduta – **aplicação do princípio da insignificância** – **inadmissibilidade** – **crime de perigo abstrato** – **posicionamento pacificado pelos tribunais superiores** – condenação mantida – PROVIMENTO PARCIAL PARA OUTRO FIM.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500243-76.2024.8.26.0599; **Relator Jayme Walmer de Freitas**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cerquillo - Vara Única; Data do Julgamento: 31/10/2024; Data de Registro: 31/10/2024 – g.n.)

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de Drogas e posse irregular de munição de uso permitido. **Tráfico de Drogas**. Recurso defensivo: Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade, autoria e dolo comprovados pelo farto material probatório amealhado aos autos. Palavras dos agentes públicos corroboradas por demais elementos acostados aos autos. Investigações pretéritas que vinculam o acusado ao tráfico. **Tráfico evidenciado**. Atipicidade pelo **reconhecimento do princípio da insignificância**. **Descabimento**. **Crime de perigo abstrato**, que tutela a segurança pública e a paz social – Conduta do recorrente que expôs a perigo de lesão os bens jurídicos mencionados. Condenação mantida. Recurso desprovido. Posse irregular de munição de uso permitido. Recurso defensivo: Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade, autoria e dolo comprovados pelo farto material probatório amealhado aos autos. Munição encontrada na residência do acusado. Crime de perigo abstrato, que tutela a segurança pública e a paz social.

Conduta do recorrente que expôs a perigo de lesão os bens jurídicos mencionados. Condenação mantida. Atipicidade pelo reconhecimento do princípio da insignificância. Descabimento - conduta do recorrente que expôs a perigo de lesão os bens jurídicos mencionados. Recurso desprovido. Dosimetria: Acolhimento de atenuantes não tem o condão de reduzir a pena aquém do piso, nos termos da Súmula 231 do STJ. Pleito de aplicação do redutor do §4º, do art. 33 da Lei de Drogas. Inviabilidade. Natureza dos entorpecentes e investigações que apontam nítida dedicação a atividades criminosas. Regime semiaberto adequado. Quantum da pena e circunstâncias do crime que justificam a manutenção do regime.”

(TJSP; □Apelação Criminal 1501341-74.2018.8.26.0642; **Relator Hugo Maranzano**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ubatuba -□ª Vara; Data do Julgamento: 22/03/2024; Data de Registro: 22/03/2024)

Por fim, também não prospera a tese de desclassificação do tráfico para o delito de porte para consumo próprio. Havendo elementos suficientes nos autos a indicar que a apelante trazia consigo drogas, inviável a desclassificação de seu comportamento para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício por parte da ré não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que ela consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar sua renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Inviável o acolhimento do pedido de absolvição do réu. Os diálogos obtidos por interceptação telefônica dão conta da prática da traficância, tanto na cidade de Tupã, quanto em Bastos/SP. Depoimentos dos policiais civis ouvidos em juízo que devem ser recebidos sem ressalvas.

Materialidade delitiva e autoria comprovadas. **Não há que se falar em desclassificação para o delito descrito no artigo 28, caput, da Lei de Drogas, pois inexistente prova de que as drogas eram destinadas, exclusivamente, ao consumo próprio. Eventual condição de usuário do réu que não obsta que as comercialize, até para sustentar o próprio vício.** Condenação mantida. Dosimetria das penas e cumprimento. Pena-base fixada no mínimo legal. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 aplicado na fração máxima. Regime aberto. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500953-84.2021.8.26.0637; **Relatora: Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tupã - Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/10/2024; Data de Registro: 16/10/2024 – g.n.)

Logo, possível condição de usuária em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Assim, examinando-se a natureza da droga apreendida – “maconha” – mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, a segura incriminação feita pela agente estatal e a confirmação da ré de que as drogas eram de sua propriedade, a conduta não se pode afastar do tipo do art. 33, *caput*, da Lei nº 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*).

Outrossim, irrepreensível a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, porquanto a infração foi cometida nas dependências da

Penitenciária Silvio Yoshihico Hinohara, por ocasião da visita da ré ao seu irmão, ora custodiado Jefte Veríssimo Souza.

O lugar do crime é sabidamente emblemático, cercado do aparato de segurança. Agiu a apelante com intenso dolo e com detida preparação, pertinácia, obstinação e ousadia, não se impressionando nem mesmo com todo o corpo arquitetônico, do estabelecimento prisional - que não se pode negar - é monumento de repressão ao crime.

A ré, confiante na frouxidão do sistema de repressão, nesta quadra histórica, não se intimida, testemunhando a maneira como se executa a terapêutica penal. Calha destacar a apurada percepção do Exmo. Des. LUIS SOARES DE MELLO, nesse sentido, *mutatis mutandis*: “(...) Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridam em plena confiança de impunidade a ordem jurídica em que a legislação se sustenta (...)”. (Apelação nº 0041316-94.2012.8.26.0576- São José do Rio Preto Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Exmo. Des. LUIS SOARES DE MELLO).

Dessarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta da apelante às formas puníveis do art. 33, *caput*, c.c artigo 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06 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, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, e artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, o MM. Juiz *a quo*, estabeleceu a pena-base no mínimo legal, fixando-a em 05 (cinco) ano de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, manteve-se a reprimenda tal como fixada na primeira fase.

Nesse ponto, razão não assiste à apelante quando pleiteia o reconhecimento da confissão espontânea.

Destaca-se que, no caso de que se trata, como bem asseverado pelo culto Magistrado sentenciante, não há “*atenuantes que devam ser avaliadas*”. Isto porque, malgrado a ré tenha admitido que os entorpecentes eram de sua propriedade, sustentou que na data dos fatos seu destino era restrito, qual seja, o consumo pessoal, afirmação desprovida de aptidão para configurar a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, consoante enunciado n.º 630 da Súmula do C. Superior Tribunal de Justiça:

“A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio” (g.n.).

Nesse sentido, já se manifestou essa C. Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES QUE JUSTIFICARAM A BUSCA PESSOAL. PRELIMINAR REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA. RÉU QUE NÃO CONFESSOU A TRAFICÂNCIA. SÚMULA 630 STJ. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O procedimento de busca pessoa foi justificado na existência de fundadas suspeitas ocasionadas pelo fato de estar o apelante, em período matutino, em ponto típico de traficância e com uma bolsa a tiracolo (postura habitualmente adotada por traficantes). (STJ. HC nº 721530/PR; AgRg nº HC n. 684.062/SP). 2. Preliminar rejeitada. 3 A

materialidade e a autoria do crime, bem como a destinação comercial das drogas apreendidas, foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 4. A palavra dos policiais militares 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). 5. Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência (Tema 150 de Repercussão Geral). **6. A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio (S630/STJ).** 7. Inviável o reconhecimento da benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, já que o apelante possui maus antecedentes e, portanto, não preenche os requisitos legais necessários. 8. O regime inicial semiaberto é o mais adequado às circunstâncias do caso em apreço. 9. Recurso desprovido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1534599-80.2023.8.26.0228; **Relator: Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/06/2024; Data de Registro: 03/06/2024 – g.n).

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena e reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, a reprimenda foi majorada em 1/6 (um sexto), obtendo-se, em definitivo, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo-legal.

Por sua vez, 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, destaca-se em que pese a primariedade ostentada pela ré (fls. 171), esta foi pilhada em situação flagrancial, trazendo consigo drogas, com o objetivo de burlar todo o aparato de segurança, do único presídio tido como de segurança máxima no Estado de São Paulo, com a finalidade de que tais substâncias adentrassem ao estabelecimento prisional, sendo todavia apanhada ao passar pelo *scanner* corporal, em atitude típica de atuação de organização criminosa, configurando assim as atividades criminosas com a qual a ré estava envolvida.

Pela clareza do exposto, cumpre destacar trecho extraído da r. sentença (fls. 182):

“(...) Embora a ré realmente seja primária e com bons antecedentes, a quantidade de droga encontrada quarenta e duas porções de maconha, pesando aproximadamente 4,46 g e 29,95 g e as circunstâncias que permeiam o fornecimento do invólucro que transportava especialmente preparado para evitar detecção pelo scanner corporal e com ocultação da droga em suas vestes íntimas, de modo a dificultar sua visualização e a fiscalização pelo Estado, denotam mecanismo característico de engrenagem voltada à prática reiterada e profissional, com clara divisão de tarefas, típico de organização criminosa, com a qual a ré estava envolvida, no mínimo, na condição de longa manus. (...)”.

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

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, considerando-se o *quantum* da reprimenda e por tratar-se de crime equiparado a hediondo.

A respeito do assunto, já decidiu esta C. 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.).

Por fim, 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- g.n.).

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).

Diante de tais considerações, **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