



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000298123

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503281-90.2024.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante JOSÉ MARIO MATOS SOUSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 27 de março de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal n°. 1503281-90.2024.8.26.00194

Apelante: José Mario Matos Sousa

Apelado: Ministério Público

Comarca: Americana

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de entorpecentes. Recurso defensivo. Pleito de desclassificação para uso. Materialidade e autoria demonstradas pelos exames periciais e prova oral produzida. Depoimentos firmes e coerentes dos guardas municipais responsáveis pela diligência. Validade. Desclassificação para uso. Não acolhimento. A natureza, quantidade e a forma de acondicionamento da substância entorpecente apreendida, além das circunstâncias da prisão em flagrante denotam a traficância. Fixação da pena-base acima do mínimo legal, à vista dos maus antecedentes. Correta majoração, em segunda fase, pela recidiva específica. Redutor negado, e regime fechado mantido, em face da reincidência. O montante da pena não autoriza a substituição por restritivas de direitos ou concessão de sursis. Apelo improvido.

Voto n° 52.721

1. Pela r. sentença¹ de lavra do MM. Juiz de Direito, Dr. EUGÊNIO AUGUSTO CLEMENTI JÚNIOR, cujo relatório ora se adota, que condenou o réu **José Mario Matos Sousa** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no piso legal.

Postula a Defesa², em suas razões, a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei n°. 11.343/06. Subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

¹ Fls. 175/177.

² Fls. 217/226.

Devidamente contra-arrazoado o recurso³.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Dr. ANDRÉ MEDEIROS DO PAÇO, é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. A imputação é de tráfico de drogas.

Nos exatos termos da denúncia⁴, “(...) Guardas Municipais foram informados de que um indivíduo, usando bermuda e camiseta roxa, estaria na Rua Cardeal, esquina com a Rua Seriemas, praticando tráfico de drogas, escondendo os entorpecentes no pé. Os guardas então se dirigiram ao local e abordaram o denunciado. Na busca pessoal, encontraram as 18 pedras de crack junto ao pé dele e R\$ 36,00 em dinheiro no bolso de sua bermuda. A natureza e a quantidade da droga apreendida, a forma como estava embalada, o dinheiro apreendido e as circunstâncias da apreensão evidenciam a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

A materialidade, não contestada, é demonstrada por laudo de exame químico-toxicológico.

Inequívoca a autoria, assim como a destinação da droga à mercancia.

Na delegacia, o apelante permaneceu silente.

Em Juízo, negou a traficância. Disse que portava apenas seis porções de crack, que, realmente, estavam presos ao seu pé, e eram para consumo próprio. As demais porções foram encontradas em uma bicicleta e as cores dos plásticos, que a embalavam, eram diferentes. Trabalha com reciclagem e ajuda a mãe, recebendo entre oitenta e cem reais, quando trabalha, e usa para comprar droga. Normalmente usa a droga na residência, em Nova Odessa/SP. Ocorre que quando compra, no

³ Fls. 230/233.

⁴ Fls. 122/123.

caminho já faz uso da droga.

Inócua a tentativa de exculpar-se.

Com efeito, sob o crivo do contraditório, o guarda municipal Willian Roberto Nicola Scarazzatti relatou que estavam em patrulhamento, quando receberam uma informação anônima de que um indivíduo trajando shorts e camiseta roxa estaria realizando o tráfico, escondendo a droga nos pés. Em diligência pela região, encontraram o réu, cujas vestimentas coincidiam com aquelas descritas, e o abordaram. Em revista pessoal, localizaram com o réu, em seu pé, dezoito porções de *crack*, além de R\$ 36,00 em notas fracionadas, em seu bolso. Indagado o réu disse que as drogas seriam para uso próprio. O réu já é conhecido nos meios policiais pelo tráfico. O local dos fatos é conhecido pela traficância. Indagado pelo defensor, negou que parte da droga apreendida tenha sido encontrada em uma bicicleta que estava no local.

No mesmo sentido, o depoimento do guarda municipal Wesley Alves Ribeiro, o qual acrescentou que não conhecia o acusado. Destacou que toda a droga apreendida estava dentro de um saquinho preso ao pé do réu.

Tais relatos merecem crédito.

Como é cediço, nada impede que guardas municipais, como quaisquer outras pessoas, possam testemunhar sobre fatos de que tiveram conhecimento. Repele-se a preconceituosa objeção que procura inquinar aprioristicamente os depoimentos prestados por policiais, como se estes, em princípio, não fossem dignos de credibilidade.

Seria impensável que o Estado, sem qualquer motivo concreto, desprezasse os depoimentos daqueles que ele mesmo constituiu e a quem confiou a tarefa de velar pela segurança pública.

Inexistindo qualquer indício de que os guardas tivessem algum interesse em incriminar falsamente o apelante por tão grave crime, seus depoimentos, seguros e coesos, merecem crédito.

Nesse sentido a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“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. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73518, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP-00293).

A par disso, nenhuma das testemunhas foi contraditada na oportunidade própria. Ambas prestaram os depoimentos sob o dever de dizer a verdade.

Impende destacar ainda que as testemunhas policiais, em contraditório judicial, podem **esclarecer** e **acrescentar** detalhes sobre as diligências realizadas.

Não há entre os depoimentos qualquer divergência relevante, a ponto de colocar em dúvida seus relatos.

Como se percebe, a prova acusatória - notadamente a apreensão realizada e os relatos dos insuspeitos guardas municipais - incrimina severamente o acusado

pelo tráfico de drogas.

Lado outro, irrelevante a não comercialização da droga no momento da prisão. A prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes independe da venda da droga ou posse de dinheiro, restando bem delineada nos autos a configuração do delito, na modalidade de trazer consigo entorpecente para fins de tráfico.

A natureza, quantidade e a forma de acondicionamento do entorpecente – 18 pedras de *crack*, com peso líquido de 5,7 gramas -, somadas à denúncia anônima que ensejou a diligência, aos depoimentos dos guardas municipais e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, denotam, de maneira hialina, a traficância.

Não pairam dúvidas, pois, de que a droga apreendida pertencia ao acusado e era destinada ao comércio ilícito.

Logo, inviável acolher-se a pretensão desclassificatória, ressaltando-se, ainda, que eventual condição de usuário não exclui a de traficante.

3. Passo à análise da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo – 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa -, à vista dos maus antecedentes do réu⁵.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (específica)⁶, adequado o aumento da sanção em 1/6, perfazendo 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Na derradeira etapa, inalterada a sanção, à míngua de causas de aumento ou diminuição, atingindo a pena final de **6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.**

⁵ Fls. 62/69 – processo nº 0002700-43.2010.8.26.0019.

⁶ Fls. 36/37 (autos nº 1500345-30.2020.8.26.0570).

A reincidência, de fato, impede a aplicação da minorante do artigo 33 § 4º da Lei no. 11.343/06, tendo o Magistrado sentenciante destacado, ainda, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido.

Não há falar-se, outrossim, em *bis in idem*, na esteira do entendimento desta C. 14ª Câmara Criminal⁷, por funcionar a reincidência como circunstância agravante genérica e fator impeditivo à incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/06, já que se trata de efeitos diversos, legalmente previstos, provenientes do mesmo instituto, produzidos em fases distintas da dosimetria da pena.

Nessa esteira já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. (...)” (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).

4. Finalmente, o regime fechado é o único possível em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis, da reincidência e das graves circunstâncias do fato, já enfatizadas.

O montante da pena não autoriza a substituição por restritivas de direitos ou concessão de *sursis*.

Não há falar-se em estipulação imediata de regime menos severo, considerado o lapso da prisão cautelar, tendo em vista as circunstâncias já apontadas, que determinam o regime mais gravoso.

⁷ Confira-se, a propósito, apelação criminal no. 0032949-88.2010.8.26.0564, relatada pelo eminente Des. WILSON BARREIRA.

Cabe lembrar que a detração do artigo 387 § 2º do CPP, a teor do que vem decidindo o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não enseja uma progressão antecipada, que prescindiria da presença do requisito de ordem subjetiva.

O cômputo dessa detração, na sentença, permite apenas que se considere a reprimenda já despojada do período da prisão cautelar, exclusivamente para estabelecimento dos limites do artigo 33 § 2º do Código Penal.

No entanto, o regime inicial remanesce vinculado não apenas a desses limites, mas à consideração das circunstâncias judiciais e da reincidência, tal como determina o artigo 33 §§ 2º. e 3º do Código Penal.

É o que ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve

descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3.º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira correta.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 13.ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Nesse sentido o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. (...) DETRAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIFERENTES INSTITUTOS. PROVIMENTO DO AGRAVO. CONCESSÃO PARCIAL. (...) A detração penal, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 3. Agravo regimental provido, concedendo parcialmente o habeas corpus a fim de determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 33 do CP e do art. 387, § 2º, do CPP.”

(AgRg no HC 479.279/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019);

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida de ofício, pois a fixação o regime inicial semiaberto não decorre do quantum da pena imposta, mas da presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial. Precedentes. (...)” (HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019).

De qualquer modo, foi expedida guia de recolhimento provisória⁸, de modo que, calculada a detração, caberá ao Juízo das Execuções Criminais verificar, na sede própria, se o sentenciado fará jus, desde logo, à progressão.

5. Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

HERMANN HERSCHANDER

DESEMBARGADOR

⁸ Fls. 238/240.