



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000299375

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502052-03.2024.8.26.0567, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA DOMINGUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 FERNANDO SIMÃO (Presidente) E FREITAS FILHO.

São Paulo, 27 de março de 2025.

KLAUS MAROELLI ARROYO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

**APELAÇÃO CRIMINAL nº 1502052-03.2024.8.26.0567 – 3ª VARA
CRIMINAL DA COMARCA DE SOROCABA
7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
APELANTE: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA DOMINGUES
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA**

EMENTA: DIREITO CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Fernando Henrique de Sousa Domingues foi condenado por tráfico de drogas, com pena de dois anos e quatro meses de reclusão em regime semiaberto, além de multa. A defesa pleiteia a absolvição, alegando fragilidade das provas ou, subsidiariamente, a redução da pena e a substituição por restritiva de direitos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a fragilidade do conjunto probatório para a condenação por tráfico de drogas; (ii) a possibilidade de fixação da pena-base no mínimo legal e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. Razões de Decidir

3. A condenação foi mantida com base em provas robustas, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas.

4. A quantidade e diversidade das drogas justificam a pena acima do mínimo legal, e a substituição por restritiva de direitos foi considerada inadequada devido às circunstâncias desfavoráveis.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. Depoimentos de policiais têm valor probante. 2. A quantidade e natureza das drogas justificam pena acima do mínimo legal.

Legislação Citada:

Lei 11.343/2006, art. 33, caput e §4º; art. 40, III e VI.

Código Penal, art. 44.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no REsp n. 1.757.950/SC, Rel. Min. Olindo Menezes, Sexta Turma, j. 1/6/2021.

STJ, HC 549.340/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 6/4/2021.

VOTO Nº 12717

FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA DOMINGUES foi condenado como incurso no artigo 33 “caput”, c.c. §4º, e artigo 40, incisos III e VI, ambos da Lei 11.343/2006, ao cumprimento de dois anos e quatro meses de reclusão e pagamento de duzentas e trinta e três diárias mínimas, em regime inicial semiaberto, nos termos da r. sentença de fls. 188/192, cujo relatório adota-se.

Inconformada, recorreu a Defesa para pleitear a absolvição ante a fragilidade do conjunto probatório.

Subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/2006, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 211/223).

Contrarrazões de fls. 228/232.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 248/252).

É o relatório.

Segundo consta, no dia 08 de agosto de 2024, por volta das 17h, na esquina da Rua João Nóbrega de Almeida com a Rua Pedro Nolasco, Vila Haro, na cidade e comarca de Sorocaba, o apelante, em conjunto com o adolescente Victor, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, venda e entrega ao consumo de terceiras pessoas: A) 25 porções de cocaína, com massa líquida de 3,1g; B) 55 porções de cocaína, com massa líquida de 6,7g; C) 15 porções de crack, com massa líquida de 3g; D) 108 porções de cocaína, com massa líquida de 10,7g e E) 106 porções de crack, com massa líquida de 21,1g , sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade consta do auto de exibição e apreensão de fls. 23/24, laudo de constatação de fls. 32/35 e laudo químico-toxicológico de fls. 98/112.

A autoria também é incontroversa.

Tanto no flagrante (fls. 13/15), quanto em Juízo, às fls. 154, o apelante negou a increpação contida na r. denúncia.

Dirigiu-se até o local para comprar

entorpecentes.

Comprava do adolescente, quando foram abordados. Negou que estivesse com drogas.

Na delegacia, esclareceu que o dinheiro que possuía, sua genitora quem havia lhe dado para comprar maconha.

A condenação do apelante pelo crime de tráfico de entorpecentes era medida de rigor e restou embasada não só pelo flagrante em posse das drogas, mas também pela prova produzida sob o contraditório, depoimentos dos milicianos (fls. 140), que estavam em patrulhamento em conhecido ponto de tráfico de drogas, quando perceberam nervosismo por parte de dois indivíduos, os quais tentavam sair do local.

Procederam a abordagem, um dos indivíduos era menor de idade e estava com um celular e uma pochete com R\$ 195,00. O outro, o apelante, estava com 25 pinos de cocaína e R\$ 14,00.

Em local próximo, encontraram o restante dos entorpecentes, embalados individualmente e idênticas às apreendidas com o acusado.

Indagado, o acusado permaneceu

silente.

As testemunhas de defesa Marilda e Raissa, ouvidas às fls. 154, não conhecem o acusado e não presenciaram a ação criminosa.

Moram em frente ao local da abordagem e ouviram a movimentação da rua.

Quando viram o que estava acontecendo, o menor e o acusado já estavam sendo abordados. Raissa asseverou que ambos já estavam deitados no chão.

Não viram os policiais localizando os entorpecentes com o acusado.

Marilda acrescentou que a escola fica no quarteirão de sua casa. Não se recordou o horário dos fatos, mas que seria após o almoço.

Nesse contexto, não há que falar em fragilidade das provas, porquanto nossos Tribunais desde há muito vêm conferindo credibilidade ao depoimento de agentes da lei, que por essa condição não podem ser tidos e havidos como suspeitos ou parciais.

Vide, nesse rumo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E ATIPICIDADE DA CONDOTA POR ALEGADA NÃO COMPROVAÇÃO DO DOLO. VIA IMPRÓPRIA. SÚMULA 7/STJ. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos" (AgRg no HC 620.668/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp n. 1.757.950/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 7/6/2021).

A negativa do apelante acerca do comércio espúrio restou isolada frente ao conjunto probatório, não há nos autos qualquer indício de que os policiais teriam motivo para,

deliberadamente, imputar crime falsamente ao acusado e prejudicar um inocente.

Os policiais foram seguros e harmônicos em seus depoimentos, bem narraram o flagrante e apreensão das drogas.

Presenciaram o acusado e o adolescentes juntos, em conhecido ponto de tráfico de drogas. Realizada a abordagem, com o acusado estavam 25 porções de cocaína. Encontraram mais drogas na proximidade, também embaladas individualmente e parecidas com as que o apelante e o menor carregavam.

As testemunhas de defesa viram a abordagem em andamento. Tanto que o acusado já estava deitado no chão. O que indica que as primeiras porções da droga que estavam no bolso do réu, já haviam sido retiradas.

Nesse sentido, a quantidade e natureza, além da forma de acondicionamento dos entorpecentes, bem como o fato de estarem parados, em ponto conhecido pelo tráfico de drogas, evidencia a prática do comércio espúrio.

O acusado havia saído a pouco tempo do presídio e justificou, na delegacia, que o dinheiro que possuía havia sido fornecido por sua genitora, a qual sequer foi ouvida em juízo

para corroborar com essa versão.

Desta forma, nada do que alegou a combativa Defesa foi capaz de abalar o fundado convencimento sobre a configuração da prática do delito de tráfico de drogas, além da efetiva responsabilidade penal do apelante nos fatos narrados na denúncia, robustez do conjunto probatório produzido, no caso, apreensão da droga e depoimentos das testemunhas policiais que encontram sintonia com os demais elementos de provas colhidos nos autos.

Para a configuração do crime em apreço, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, o que afasta a exigência de se verificar a “*traditio*” para consumação do delito.

Registre-se, por oportuno, que a quantidade e diversidade das substâncias, A) 25 porções de cocaína, com massa líquida de 3,1g; B) 55 porções de cocaína, com massa líquida de 6,7g; C) 15 porções de crack, com massa líquida de 3g; D) 108 porções de cocaína, com massa líquida de 10,7g e E) 106 porções de crack, com massa líquida de 21,1g, bem como a forma como estas porções estavam embaladas, revelam que o apelante tinha à disposição substâncias em quantidade para o atendimento de diversos compradores/usuários, tornando tal cenário incompatível com a situação invocada de ser ele apenas o consumidor, ainda mais em tamanha quantidade.

Passa-se à análise da dosimetria.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, exasperada em um sexto, portanto, cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentas e oitenta e três diárias mínimas, fração proporcional e que será mantida, ante a diversidade e natureza das drogas, cocaína e crack, substâncias de elevado poder vulnerante, observados os parâmetros do artigo 42 da Lei 11.343/06.

Destaca-se que o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que *“de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado”* (STJ - HC 549.340/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 09/04/2021).

Mantida a reprimenda na segunda fase da dosimetria, eis que ausentes agravantes ou atenuantes.

Presente as causas de aumento do artigo 40, incisos III e VI da Lei de Drogas, ante a narcotraficância ter ocorrido com a participação de adolescente e próximo à instituição de ensino, mantida a majoração da reprimenda em um quinto, isto é, sete anos de reclusão e pagamento de seiscentas e noventa e nove diárias mínimas.

Desnecessária a comprovação da mercancia com os frequentadores dos locais protegidos pelo artigo 40, inciso III da Lei de Drogas, sendo suficiente para a caracterização a proximidade daqueles locais.

Vide nesse rumo:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. DESNECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DA EFETIVA MERCANCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Por fim, "segundo posicionamento deste Tribunal Superior, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia aos frequentadores dessas

localidades" (HC n. 529.996/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 25/11/2019). In casu, a Corte de origem atestou que o comércio espúrio ocorria nas imediações de um estabelecimento de ensino. Desse modo, a alteração do julgado, como requerido na impetração, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus. (HC 515.516/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020).

A incidência da diminuição da pena do artigo 33, §4º da Lei de Drogas se destina ao agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Com efeito, embora primário, ficou demonstrado através do conjunto probatório que as atividades exercidas pelo apelante não eram as de uma traficante ocasional e solitário; pelo contrário, a ele foi confiado o armazenamento e venda de 188 porções de cocaína e 121 porções de “*crack*”, o que demonstra não ser um novato na atividade criminosa.

Entretanto, mantida a aplicação do tráfico privilegiado, eis que ausente recurso ministerial e vedado o *reformatio in pejus*.

Mantida a redução da reprimenda no patamar máximo de dois terços, portanto, dois anos e quatro meses de reclusão e pagamento de duzentas e trinta e três diárias mínimas.

Quanto ao regime, reconhecida a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, é possível a fixação de regime prisional distinto do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas, devendo ser analisado não só o “quantum” da pena fixada, a natureza ou a quantidade da droga, além do artigo 59, como determina o artigo 33, §3º, ambos do Diploma Substantivo Penal.

Colacionado entendimento
hodierno do C. STJ:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA
ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART.
33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO
INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS
REQUISITOS PREVISTOS EM LEI.
PACIENTE QUE SE DEDICAVA A
ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO
JULGADO. NECESSIDADE DE
REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E
PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA*

*ELEITA. REGIME SEMIABERTO.
IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4
ANOS DE RECLUSÃO E PENA-BASE ACIMA
DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO
REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

Quanto ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário fundamentação específica com base em elementos concretos extraídos dos autos.

No caso, trata-se de réu primário, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e inferior a 8 anos, contudo, tendo em vista que a pena-

base foi fixada acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 787.436/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022).

No caso em tela, não só a quantidade da reprimenda imposta, como a diversidade e quantidade de droga apreendida, como a gravidade concreta das circunstâncias em que se apresentou o tráfico de entorpecentes praticado de cocaína e “crack”, substâncias de alto poder vulnerante, exigem maior rigor Estatal, embora não configurem circunstâncias suficientemente graves a justificar a imposição do regime inicial fechado.

Destarte, mantido o desconto da reprimenda corporal em regime semiaberto, posto que o menos gravoso desatende ao binômio da reprovabilidade da conduta e suficiência das sanções impostas e por ser o único apto a atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas, em conformidade com o artigo 33, §3º do Código Penal.

Nos mesmos moldes, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça.

Apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se faz necessário preencher os requisitos do artigo 44 do Código Penal, eis que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, o que não ocorreu nos presentes autos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

KLAUS MAROELLI ARROYO
RELATOR