



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000302902

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500033-11.2024.8.26.0539, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que é apelante LUIZ GUILHERME SANTOS BATISTA, é apelado 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 apelo Defensivo, mantendo-se íntegra a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 28 de março de 2025.

ELY AMIOKA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Voto nº 21.380

Apelação nº 1500033-11.2024.8.26.0539

Comarca: Santa Cruz do Rio Pardo – Vara Criminal

Apelante: Luiz Guilherme Santos Batista (preso)

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

Recurso defensivo – buscando a absolvição por insuficiência probatória. Pleito subsidiário, pela aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

Tráfico de drogas – Materialidade e autoria comprovadas – Prisão em flagrante – Réu que negou a prática delitiva – Versão do réu que restou infirmada pelo restante do conjunto probatório – Policiais responsáveis pela ocorrência que esclareceram as circunstâncias da prisão em flagrante do réu (ocorrida durante cumprimento de mandado de busca e apreensão), que é a certeza visual do crime, bem como da apreensão das drogas – Apreensão de 06 porções de crack [quatro embaladas individualmente e duas pedras brutas], perfazendo 5,32 gramas de crack – Tráfico de drogas consumado – Desnecessidade de prova da mercancia, diante das diversas condutas previstas no artigo 33, da Lei de Drogas.

Dosimetria – Pena-base justificadamente fixada acima do mínimo legal – Na segunda fase, pena reduzida ao mínimo legal, ante a circunstância atenuante da menoridade relativa – Na terceira fase, não cabimento da causa de diminuição de pena – réu que não preenche os requisitos legais.

Regime inicial fechado mantido, eis que justificado.

Não cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de amparo legal.

Recurso Defensivo improvido.

Ao relatório da r. sentença de fls. 148/153¹, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. João Paulo Sorigotti da Silva, ora adotado, acrescento que **Luiz Guilherme Santos Batista** foi condenado às penas de **05 anos de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais 500 dias-multa, cada qual calculado no mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

¹ Fls. 158: Publicada em 10/06/2024.

Vedado o apelo em liberdade.

Não houve recurso Ministerial (certidão às fls. 193).

Inconformado, apelou o réu, buscando a absolvição por insuficiência probatória. Pleito subsidiário, pela aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas (fls. 171/177).

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 185/189), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovimento** do apelo Defensivo (fls. 213/217 e 231/232).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 16 de janeiro de 2024, por volta das 06h37, na Rua Aprísio A. Pereira, 51, Divinéia, nesta cidade e Comarca, **Luiz Guilherme Santos Batista**², qualificado à fl. 05, tinha em depósito, para fins de tráfico, 06 porções de cocaína, na forma de “crack”, pesando aproximadamente 5,35g, substância que causa dependência física e psíquica, descrita no laudo de constatação (fls. 23/25) e laudo toxicológico definitivo (fls. 63/66), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo foi apurado, o denunciado traficava em sua própria residência, situada no endereço acima mencionado, quando foi surpreendido

² Nascido em 22/12/2004 (fls. 07).

Outras anotações criminais (fls. 37 e consulta e-SAJ):

Proc. 1500012-35.2024.8.26.0539 da Vara Criminal de Santa Cruz do Rio Pardo. Roubo majorado. Sentença condenatória. Data dos fatos: 03/01/2024. Trânsito em julgado para a Defesa: 17/10/2024.

Proc. 1500583-40.2023.8.26.0539 da Vara Criminal de Santa Cruz do Rio Pardo. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Data dos fatos: 03/05/2023. Trânsito em julgado para a Defesa: 19/12/2024.

por policiais civis e militares que davam cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido nos autos do processo n. 1500017- 57.2024.8.26.0539.

A medida foi concedida diante das denúncias de que o denunciado perpetrava o tráfico de drogas no local e, durante as buscas, os policiais encontraram as seis pedras de “crack”, quatro já embaladas individualmente e prontas para o comércio e duas pedras maiores, ainda por fracionar, escondidas no quintal da casa.

Os policiais encontraram também 01 arma de fogo do tipo “garrucha”, calibre .32, a qual a perícia constatou a inaptidão para disparo, oculta sob o colchão do quarto onde o denunciado dormia antes da ação policial.

Constata-se que a quantidade de droga, as denúncias e a investigação que culminaram na expedição do mandado de busca e apreensão, além das demais circunstâncias da prisão em flagrante, demonstram que o entorpecente se destinava ao fornecimento de terceiros. (fls. 87/88)

A denúncia foi recebida aos 16/02/2024 (fls. 89/91).

A **materialidade** delitiva restou devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 07/10), auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), fotografias (fls. 15/16), laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 23/25), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 63/66), em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

Da mesma forma, a **autoria** é inconteste.

Interrogado por ocasião de sua **prisão em flagrante**, o

acusado ***Luiz Guilherme Santos Batista***, acompanhado de sua advogada, indagado se queria esclarecer sobre a arma e a droga apreendidas, respondeu que não, optando por permanecer em silêncio (gravação – *link* às fls. 06).

Na Delegacia, o Policial Militar *Ivan André Luiz* disse que foi acionado para dar apoio à Polícia Civil no cumprimento de mandados de prisão e busca e apreensão, a serem cumpridos na residência de ***Luiz Guilherme***. **Durante as buscas, localizaram, debaixo do colchão de *Luiz Guilherme*, uma garrucha calibre 32. Nos fundos da residência, no quintal, encontraram 06 porções de crack, sendo 04 porções menores, prontas pra venda, e 02 “pedras brutas”. *Luiz Guilherme* já era investigado pela suposta prática de roubo e, indagado se possuía arma de fogo, indicou o local onde se encontrava a garrucha. *Luiz Guilherme* já era conhecido dos meios policiais, tendo ele relatado que esteve preso e estava em liberdade havia 03 meses. Nas buscas, também localizaram uma camisa que *Luiz Guilherme* vestia ao praticar um roubo, conforme filmagens dos fatos (gravação – *link* às fls. 06).**

Na Delegacia, a Investigadora de Polícia *Daniele de Marchi Peres* disse que o mandado de busca decorreu da investigação de um crime de roubo majorado supostamente cometido por ***Luiz Guilherme***. As buscas contaram com o apoio da Polícia Militar e foram acompanhadas por ***Luiz Guilherme*** e a genitora deste. ***Luiz Guilherme*** estava dormindo. Deram ciência do mandado de prisão preventiva contra ele e o indagaram sobre arma de fogo, **tendo ele indicado que mantinha uma arma debaixo do colchão, uma garrucha. Com o apoio do canil, encontraram no quintal da casa um pote contendo crack, com 5,5g da droga, o suficiente para aproximadamente 35 a 40 pedras de crack.** Havia 03 ou 04 pedras já embaladas para venda e outras 02 em estado bruto. **Já havia notícia do envolvimento de *Luiz Guilherme* no tráfico de drogas**, sendo que o roubo praticado por ele seria para levantar dinheiro para a compra de drogas para o tráfico. ***Luiz Guilherme*** foi preso por tráfico há menos de um ano (gravação – *link* às fls.

06).

Em audiência de custódia realizada no dia 17/01/2024, a prisão em flagrante foi convertida em **preventiva**. (fls. 40/42)

Em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo, o Ministério Público requereu o **arquivamento** (fls. 86), vez que o laudo pericial de fls. 67/79 constatou que a arma apreendida era *“inapta para disparo quando dos exames”*.

O **arquivamento** em relação a tal crime foi determinado pela r. decisão de fls. 89/91.

Interrogado em Juízo, o acusado **Luiz Guilherme** disse que era usuário de maconha, negando fazer uso de crack. Quanto aos fatos imputados pela denúncia, disse que a droga apreendida não lhe pertencia. Disse que a droga foi localizada sob uma árvore no quintal ao fundo de sua (do réu) casa. Estava em liberdade há quase três meses, tendo sido preso pela prática de tráfico de drogas. Afirmou que as drogas foram localizadas fora do terreno de sua (do réu) residência. Indagado, então, por que os Policiais estariam mentindo, respondeu que *“toda vez que eu via eles, quando eu voltava do serviço, eles ficavam me encarando, olhando torto. Aí uma vez me enquadraram, falaram que eu tinha saído cedo, que era pra mim ficar mais preso, falaram que ia fazer algo pra eu voltar preso (sic)”*. Às perguntas da Defesa, respondeu que o fundo de sua (do réu) residência é um local de fácil acesso. **Indagado se visualizou o momento em que a droga foi localizada, respondeu que não, “eu tava dentro da minha casa (sic)”**. (gravação nos autos)

Sob o crivo do contraditório, a Policial Civil **Daniele de Marchi Peres** disse que **o acusado era investigado pela prática de um roubo que ocorrera na cidade**. Chegaram aos nomes do acusado e de seu comparsa através de

filmagens e denúncias. A denúncia dava conta de que o acusado cometeu o roubo, **a fim de levantar dinheiro para o tráfico de droga**, bem como estaria em posse de uma arma de fogo. Diante de tais informações, solicitaram o apoio do canil no cumprimento de mandado de busca na residência do acusado. Na residência, indagaram ao acusado a respeito da existência de arma de fogo no local, tendo ele negado a princípio e, em seguida, **apontado que a arma estava escondida embaixo do colchão. As drogas foram localizadas no quintal da residência do acusado.** As drogas estavam dentro de um pote plástico, **tendo sido localizados cerca de 5 gramas de crack**, “5 gramas de crack fazem entre 30 e 35 pedras (sic)”. Informalmente, o acusado confessou a prática do roubo, aduzindo que cometera tal crime, pois “*tava devendo entorpecente*”, negando, por outro lado, a propriedade das drogas encontradas no quintal de sua residência. O acusado negou que fosse usuário de crack. **O acusado já tinha uma passagem anterior por tráfico de drogas.** (gravação nos autos)

Em Juízo, o Policial Militar *Ivan André Luiz* disse que apoiou o cumprimento de mandados de prisão e busca domiciliar expedidos em desfavor do réu. Durante as buscas na residência do réu, **localizaram uma garrucha, calibre 32**, embaixo do colchão em que o réu dormia. **O acusado estava sendo investigado pela prática do crime de roubo. Também foram localizadas pedras de crack.** As pedras de crack foram encontradas pelo cachorro da Polícia Militar, na parte externa da casa, no quintal. (gravação nos autos)

Em Juízo, *Leila Santos de Brito*, genitora do acusado, disse que as drogas foram encontradas no quintal no fundo da sua (da depoente) residência, “*fora da minha cerca*”. (gravação nos autos)

Em que pese os esforços da Defesa, vê-se que o conjunto probatório deixou fora de dúvidas de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas, conforme a narrativa acusatória, o que afasta a possibilidade de

absolvição.

O acusado **negou** a prática delitiva. Em Juízo, o acusado sustentou que a droga foi localizada fora do terreno de sua residência, no entanto, logo em seguida, ao responder às perguntas da Defesa, **disse que não acompanhou as buscas no quintal, pois permanecera dentro de casa.**

Sua negativa, portanto, não merece prosperar, como bem pontuou a r. sentença:

“As provas coletadas em investigação policial e em instrução judicial demonstraram que no dia 16 de janeiro de 2024, por volta das 6h30, na rua Aprísio A. Pereira, n. 51, município de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, LUIZ GUILHERME SANTOS BATISTA mantinha em depósito seis porções de cocaína na forma de “crack” destinadas para a venda sem autorização legal ou regulamentar.

Comprovou-se que a Polícia Civil investigava LUIZ GUILHERME por envolvimento em um assalto ocorrido no município e recebeu informações de que o réu vendia drogas em sua residência. Após coleta de informações preliminares, a autoridade policial representou pela expedição de mandado de busca e apreensão na residência localizada na rua Aprísio A. Pereira, n. 51, município de Santa Cruz do Rio Pardo/SP. A representação foi judicialmente deferida nos autos n. 1500017-57.2024.8.26.0539.

No dia 16 de janeiro de 2024, por voltadas 6h30, policiais deram cumprimento ao mandado de busca e localizaram seis pedras de “crack” no quintal da casa de LUIZ GUILHERME, quatro delas já embaladas individualmente e prontas para a venda e duas maiores ainda por fracionar. Segundo a investigadora, a quantidade de droga podia ser fracionada em

aproximadamente 35 (trinta e cinco) pedras de “crack”.

A alegação de LUIZ GUILHERME de que a droga não estava no seu quintal e não era de sua propriedade é isolada e conflita com a versão uníssona dos policiais, que afirmaram com convicção que a droga estava escondida no quintal da casa de LUIZ e foi encontrada por cão farejador.

Durante as buscas, os investigadores ainda localizaram uma arma de fogo, que foi periciada e se mostrou obsoleta e inapta para efetuar disparos.

*Os laudos periciais n. 15.414/2024 de fls. 23 a 25 e n. 16.776/2024 de fls. 63 a 66 comprovaram que as substâncias apreendidas continham cocaína na forma de “crack”.” (fls. 150/151 – **destaquei**)*

Com efeito, os depoimentos da Policial Civil e do Policial Militar em Juízo bem esclareceram as circunstâncias da apreensão das drogas no quintal da residência do acusado, salientando a Policial *Daniele* que as buscas tiveram o apoio do canil, dado que já era de conhecimento da Polícia que o acusado tinha envolvimento com o tráfico de drogas.

Inquestionável a validade do depoimento prestado por policiais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais, 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 têm 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).

E também desta C. Câmara:

(...) Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade **No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a**

prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário. Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes – Imposição de privação de liberdade superior a quatro anos – Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido no inciso I, do art. 44, do CP Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP. **(grifei)** (Apelação nº 0001192-93.2014.8.26.0028, Relator: GRASSI NETO, Comarca: Aparecida, data do julgamento: 14.05.2015; 8ª Câmara de Direito Criminal)

Não é crível que os policiais incriminariam o réu de forma gratuita. **Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.**

Dessa forma, não resta dúvida de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas.

Ressalta-se que as drogas encontradas foram analisadas e o resultado foi positivo para **cocaína** (fls. 63/66).

A prisão em flagrante, **a quantidade de droga apreendida (06 porções de crack** [quatro embaladas individualmente e duas pedras brutas], perfazendo **5,32 gramas de crack** – segundo o depoimento da Policial *Daniele* em Juízo, suficiente para produzir **30 a 35 porções** para venda), a forma de acondicionamento destas drogas, o relato dos Policiais, enfim, as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam evidente a prática do tráfico de drogas.

O crime de tráfico consuma-se pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, 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”.

Dessa forma, de rigor a manutenção da condenação pelo delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Passo a análise da dosimetria da pena.

Atentando-se aos critérios do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei de Tóxicos, a r. sentença fixou a pena-base em **1/6** acima do mínimo legal, ou seja, em *05 anos e 10 meses de reclusão*, mais 583 dias-multa, no mínimo legal. Assim fundamentou:

“Em primeira fase de aplicação da pena incidem as

circunstâncias judiciais do artigo 59, "caput", do Código Penal e do artigo 42 da Lei n. 11.343/06. Os laudos periciais atestaram que a droga apreendida continha cocaína na forma de "crack", substância que justifica a majoração da pena base em virtude de seu devastador efeito na sociedade e nos usuários." (fls. 151)

A exasperação está fundamentada e merece ser mantida.

Na lição de Vicente Greco Filho, *"No momento da aplicação do art. 59, preponderam as circunstâncias relativas à natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta do agente"*.

E também já se decidiu: "No crime de tráfico de drogas, a **quantidade** e a **variedade** do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código penal, uma vez que, atendendo à finalidade da lei 6.368/76 (atual Lei n. 11.343/06), que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes" (STJ, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). No mesmo sentido: STJ, HC 84.269-MS, 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u.

Ademais, já se decidiu:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. ADVERTÊNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO. MOMENTO DA ABORDAGEM POLICIAL. DESNECESSIDADE. 2. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido que "a legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial" (AgRg no HC n. 809.283/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023). (AgRg no RHC n. 186.219/GO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 24/4/2024.)

2. Em atenção às diretrizes do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei de Drogas, houve a consideração tanto da variedade quanto da natureza especialmente deletéria dos entorpecentes apreendidos - crack e cocaína -, para que a pena-base fosse aumentada acima do mínimo legalmente previsto, não havendo qualquer ilegalidade no referido fundamento, independentemente da quantidade de entorpecentes apreendidos. Reafirmo, portanto, que a pena-base encontra-se idoneamente fixada.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no HC n. 931.475/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/2/2025, DJEN de 18/2/2025.) **(destaquei)**

Na fase intermediária, a r. sentença reconheceu a circunstância atenuante da menoridade relativa e tornou as penas ao mínimo legal de *05 anos de reclusão*, mais 500 dias-multa, no mínimo legal.

Na derradeira etapa, não foram reconhecidas causas de aumento ou diminuição de pena, eis que a r. sentença **afastou** a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei Antitóxicos, nos seguintes termos:

“Quanto à causa de diminuição de pena do tráfico

privilegiado, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, a lei prevê como requisitos a primariedade, os bons antecedentes, que não haja dedicação a atividades criminosas e que não integrem organização criminosa.

Em que pese LUIZ GUILHERME ser primário e ostentar bons antecedentes, nota-se que, nos autos n. 1500853-40.2023.8.26.0539, foi condenado por tráfico de drogas privilegiado em sentença de 30/10/2023 com alvará de soltura cumprido no dia 31/10/2023. Ao ser solto, LUIZ voltou a se envolver com o tráfico de drogas e praticou crime de assalto na localidade, o que motivou a investigação policial que culminou no cumprimento de busca em sua casa no dia 16 de janeiro de 2024 com a localização da droga. Portanto, menos de três meses depois de deixar a cadeia, LUIZ foi novamente preso por tráfico de drogas, demonstrando a sua dedicação a atividades criminosas e afastando a aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.” (fls. 151)

Com efeito, as circunstâncias do caso concreto denotam a **dedicação do acusado às atividades criminosas**, o que impede a concessão da benesse.

Ora, conforme destacou a r. sentença, as drogas foram apreendidas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, mandado este que foi expedido em **razão de investigação acerca do envolvimento do réu na prática de um crime de roubo majorado ocorrido em 03/01/2024** (registre-se que o acusado acabou **condenado definitivamente** pela prática de tal crime). Ademais, conforme ressaltado, o réu foi preso em flagrante nestes autos menos de três meses após ser posto em liberdade em processo em que respondia justamente pela prática de tráfico de drogas (e no qual também restou **condenado definitivamente**).

Nesse seguimento, extrai-se do depoimento em Juízo da

Policial Civil *Daniela* que **já havia notícia da persistência do réu na prática do tráfico de drogas**, razão pela qual solicitaram o apoio do canil no cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido em seu desfavor.

Dúvida não há, portanto, de que o acusado se dedicava às atividades criminosas.

A benesse prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, visa o chamado “traficante eventual”, o que, a toda prova, não se verifica na hipótese em exame.

Nesse sentido, já se decidiu:

1-) Apelação criminal. Não provimento do recurso da Defesa. 2-) Preliminares afastadas. 2.1-) Não se verifica ausência de advertência do direito de permanecer em silêncio, na ocasião da confissão informal. Não bastasse, há prova independente, pois a dispensa do entorpecente foi visualizada pelos policiais. 2.2-) Eventual falta de advertência das penas cominadas ao falso testemunho não viciam a prova oral amealhada. Princípio do “pas nullité sans grief”. Ausência de demonstração do prejuízo. 3-) Materialidade delitiva e a autoria que foram comprovadas pela prova oral, documental e pericial existentes nos autos, caracterizadores da prática do delito de tráfico de drogas pelo apelante. 4-) Passa-se à dosimetria. Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base pode ficar no piso, tendo-se cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa. Na segunda fase, a atenuante da menoridade não faz com que a pena fique aquém do mínimo, dessa forma, fica no mesmo patamar. Por fim, na terceira fase, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não pode incidir, porque deve haver a primariedade, bons

antecedentes, inexistência de reiteração criminal e não fazer parte de organização criminosas. O recorrente responde a outro processo criminal, cf. infere-se da certidão de fls. 144, pela prática do mesmo crime, processo nº 1500492-63.2021, razão pela qual não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, **não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto, reiteração criminal, mesmo porque já era conhecido do meio policial, em local de fácil distribuição da droga e as circunstâncias da prisão revelam que não era principiante ou traficante ocasional** Não existem, pois, causas de diminuição e de aumento, a sanção fica inalterada. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica. 5-) O regime inicial da pena corporal é o fechado. Denota periculosidade, ousadia, personalidade desvirtuada e conduta social imprópria, não respeita os princípios ético-jurídicos da sociedade, "viver honestamente" e "não lesar outrem". Dessa forma, retribui-se pela conduta delituosa; previne-se que não ocorra mais e proporciona-se que reflita sobre seus atos, voltando ao convívio em sociedade em harmonia. 6-) Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. 7-) Não é possível substituir as penas corporais por restritiva de direitos ou concessão de "sursis" porque o "quantum" da pena torna isso inviável, além disso, suas condições subjetivas impossibilitam isso. 8-) Recurso preso (fls. 149). Deve permanecer no cárcere, por ser reincidente, ter feito o tráfico de drogas, grave e equiparado a hediondo, seria ilógico deixá-lo detido por toda a tramitação e libertá-lo agora, ainda mais que estando em medida excepcional garante-se a ordem pública e a aplicação da lei penal. (TJSP; Apelação Criminal 1500663-20.2021.8.26.0621; Relator (a): Tetsuzo

Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Lorena - Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/05/2022; Data de Registro: 02/05/2022) **(destaquei)**

Apelação criminal – tráfico de drogas – Desclassificação – impossibilidade – peculiaridades do crime afastam a destinação para uso próprio - forma de acondicionamento própria para a venda a varejo (individualizada e com pesos similares); **acusada já conhecida naquela região pelo comércio espúrio de entorpecentes**; apreensão de dinheiro sem comprovação de origem lícita, usuário detido após comprar drogas com a acusada, indicam a intenção de comércio para terceiros; Dosimetria – pena fixada no mínimo legal - **Causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas – inaplicabilidade - não preenchimento dos requisitos legais – dedicação a atividades criminosas caracterizada**; reprimenda redimensionada; Regime Prisional – peculiaridades do crime (apreensão de crack, substância que exige expertise na produção e preparação, inclusive laboratorial e com acréscimo de produtos químicos lícitos) exigem maior reprovabilidade da conduta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal – fixação do regime semiaberto; sentença reformada - recurso defensivo desprovido e ministerial parcialmente acolhido. (TJSP; Apelação Criminal 1500022-90.2019.8.26.0592; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osvaldo Cruz - 2ª Vara; Data do Julgamento: 16/09/2022; Data de Registro: 16/09/2022) **(destaquei)**

Quanto ao regime prisional inicial, indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, deve ser o fechado, sobretudo no presente caso, em que foi **reconhecida circunstância judicial negativa**. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

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.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DENOTAM A DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.
2. A quantidade da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos

termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, a fração de aumento aplicada no caso concreto (3/5) mostra-se desproporcional, tendo em vista que foge do parâmetro de 1/6 da pena-base normalmente aplicado nesta Corte Superior.

3. Para que o agente seja beneficiado com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, devem ser preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

4. As instâncias ordinárias afirmaram a dedicação da paciente à atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos, ressaltando, além da quantidade e diversidade das drogas apreendidas, as circunstâncias específicas que envolveram a prisão, a integração e o envolvimento com as atividades ilícitas.

5. Para se concluir de modo diverso das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento fático-probatório, providência vedada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

6. Fixada a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, inexistente ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável.

7. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC n. 853.627/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 18/12/2023.) (**destaquei**)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE
IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA.
CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA
PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.
11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO
CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO
PROBATÓRIO. CABÍVEL O REGIME FECHADO.
AGRAVO DESPROVIDO.

1. São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. No caso, a despeito de indevidas referências à existência de ação penal em andamento e à substância entorpecente apreendida, salientaram as instâncias ordinárias que o próprio Acusado confessou que era a terceira vez que realizava o transporte de entorpecentes, o que indica o envolvimento do Réu com a traficância, denotando sua dedicação a essa atividade criminosa.

3. Nesse contexto, não é possível desconstituir a conclusão das instâncias de origem sobre a dedicação do Agravante à atividade criminosa e, por conseguinte, reconhecer a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, notadamente por ser vedado, na presente via, revolver o contexto fático-probatório dos autos.

4. Consideradas a pena imposta - 5 (cinco) anos de reclusão - e a existência de circunstância judicial negativa, é cabível a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC n. 775.818/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 3/11/2022.) (**destaquei**)

A pena privativa de liberdade **não** foi substituída por restritivas de direitos, eis que **ausentes os requisitos legais**. Ainda que assim não fosse, é sabido 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, o entendimento jurisprudencial:

“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

É bem verdade que o Senado Federal editou a Resolução nº 05/2012, que dispõe:

“Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.”

No entanto, a decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se *incidenter tantum* pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do decism.

Não obstante, apesar da suspensão por inconstitucionalidade do contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44, da mesma

lei continua em pleno vigor, o qual dispõe:

“Art. 44. 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 Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao apelo Defensivo, mantendo-se íntegra a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ely Amioka

Relatora