



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000311382

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500481-30.2024.8.26.0556, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes WALLACE DONOVAN DA SILVA FRANCISCO e DANIEL FELIPE DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), CRESCENTI ABDALLA E GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MARCOS CORREA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500481-30.2024.8.26.0556

Apelantes: Wallace Donovan da Silva Francisco e Daniel Felipe da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Araraquara

Voto nº 25.385

TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – Preliminar. Alegação de nulidade das provas porque realizada com violação de domicílio. Afastamento. Direito fundamental que tem como uma de suas exceções a situação de flagrante delito. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade a autoria do tráfico e da associação comprovadas. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Pena e Regime prisional – criteriosamente aplicados. Recursos desprovidos.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 230/239, acrescenta-se que o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal, da Comarca de Araraquara, Dr. Wilton Gonçalves Garcia Filho, julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar **DANIEL FELIPE DA SILVA**, à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 1400 dias-multa, no piso, por incurso nos artigos 33, *caput* e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06 e **WALLACE DONOVAN DA SILVA FRANCISCO**, à pena de 12 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 1810 dias-multa, no piso, por incurso nos artigos 33, *caput* e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06; absolvidos da imputação quanto aos crimes previstos nos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/03, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, Daniel recorre pugnando,

preliminarmente, pela nulidade da busca domiciliar. No mérito, pleiteia absolvição do crime de tráfico e do crime de associação para o tráfico, ambos por falta de provas. Subsidiariamente requer o afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, aplicação do §4º, da Lei 11.343/06 e modificação do regime inicial para semiaberto (fls. 267/272).

Wallace recorre pugnando pela absolvição de ambos os delitos. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base ao mínimo legal, afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06 e direito de recorrer em liberdade (fls. 292/302).

Contrariados os recursos (fls. 306/313), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos apelos (fls. 322/390).

É o relatório.

Inicialmente, no que se refere ao pedido para revogação da prisão preventiva do réu Wallace, tem-se que o acusado respondeu ao feito preso e, agora, a segregação se encontra reforçada pela sentença condenatória, ocasião em que o magistrado *a quo* muito bem fundamentou a necessidade da manutenção da prisão cautelar.

Consoante bem observou o MM. Juiz, “*No caso, ante a condenação e o regime prisional fixado, mantidos os fundamentos que justificaram a prisão já decretada anteriormente nestes autos, faz-se necessária a manutenção da prisão preventiva nos termos dos arts. 312*

e 313 do CPP, de modo a preservar a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, assim DEVEM PERMANECER PRESOS.”

Importante destacar ser pacífico na jurisprudência o entendimento de que o direito de recorrer da sentença penal condenatória em liberdade não se aplica ao réu já preso em decorrência de prisão preventiva, que assim permaneceu durante o curso da instrução criminal.

O C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito, afirmando: *“A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal”* (RHC nº 23.319 MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12/08/2008).

Assim, a despeito do pleito formulado pelo réu, não há se cogitar de acolhimento do pedido de revogação da prisão preventiva, não se podendo olvidar que, quando preso pelos fatos aqui tratados, encontrava-se na condição de foragido.

No que tange à matéria preliminar de nulidade, não comporta acolhida.

Com efeito, o reconhecimento da nulidade da prova colhida na residência dos apelantes, sob a alegação de que ela se deu sem mandado judicial de busca e apreensão e sem que tenha havido autorização válida do réu Daniel, na medida em que ele já se encontrava

sob abordagem policial, não merece guarida.

Dispõe o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal que:

*XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de **flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (grifo nosso)*

A garantia fundamental não é absoluta, estando previstas no próprio texto constitucional as exceções, existentes exatamente para a efetivação do princípio da proporcionalidade que rege a análise de conflito entre essas espécies de direitos de primeira geração.

Tratando-se de crime permanente como o tráfico ilícito de entorpecentes, a prisão do envolvido pode ser feita sem mandado de busca e apreensão com invasão domiciliar, diante da ressalva contida no artigo 5º, XI, da Carta Magna, acima transcrito, ou seja, salvo em "caso de flagrante delito".

Nesse sentido é o entendimento dos Tribunais.

“Superior Tribunal de Justiça – STJ. TÓXICOS - Entorpecentes - Porte e depósito - Flagrante - Crime permanente. Em se tratando de delito de natureza permanente, é prescindível a apresentação de mandado para efeito de apreensão da substância entorpecente e prisão do portador ou depositário.” (STJ - REsp. nº

124.012 - AM - Rel. Min. José Arnaldo - J. 02.09.97 - DJU 29.09.97).

“No crime de tráfico de entorpecente é admissível que a autoridade policial ingresse em casa alheia, mesmo que seja à noite, independentemente do consentimento do morador e sem a expedição de mandado judicial para efetuar a prisão em flagrante, pois trata-se de crime permanente em que o flagrante é contínuo.” (TJSP - Ap. Crim. nº 236.434.3/8-00 - SP - 6ª Câm. de Janeiro/98 - Rel. Des. Irineu Pedrotti - J. 28.01.98). RT 752/576/577.

No caso, policiais militares passaram pelo acusado e este, ao visualizar a viatura, apressou o passo e passou a olhar para trás, no intuito de verificar se a viatura faria o retorno. Os policiais, então, retornaram e procederam a abordagem do réu Daniel, sendo localizadas, na pochete que ele carregava, drogas, dinheiro, uma munição calibre 22 e um celular. O réu foi indagado sobre a munição e disse que tinha, em sua casa, uma arma artesanal. Os policiais, então, dirigiram-se até a residência de Daniel, onde a entrada foi por ele autorizada e lá localizaram a referida arma e ainda a pessoa do réu Wallace, que trazia com ele outras porções de droga.

Portanto, o que se tem é que havia fundada razão para que os policiais prosseguissem na busca domiciliar, sendo desnecessária a autorização judicial para o ingresso no imóvel.

Não havendo nulidade a ser declarada, rejeito a preliminar.

No mérito, os recursos não comportam provimento.

Consta na denúncia que, de data incerta, mas seguramente até o dia 06 de julho de 2024, cidade e comarca de Araraquara, DANIEL FELIPE SILVA TEIXEIRA e WALLACE DONOVAN DA SILVA FRANCISCO associaram-se, entre si, e com outras pessoas não identificadas, com o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, como de fato o praticaram, conforme abaixo descrito.

Consta, assim, que, no dia 06 de julho de 2024, por volta das 15h16min, na residência localizada na Avenida Juliana Pedro Leite, nº 230, cidade e comarca de Araraquara, e, portanto, nas imediações de estabelecimento de ensino e hospitalar, DANIEL FELIPE SILVA TEIXEIRA e WALLACE DONOVAN DA SILVA FRANCISCO, previamente associados e com unidade de desígnios, foram surpreendidos por policiais militares, trazendo consigo e mantendo em depósito, para fins de tráfico, 40 pedras de *crack*, com peso líquido de 5,69 gramas; 01 poção de maconha, com peso líquido de 0,67 gramas e outras 02 porções de haxixe, com peso líquido de 0,3 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima narradas DANIEL FELIPE SILVA TEIXEIRA e WALLACE DONOVAN DA SILVA FRANCISCO, agindo de comum acordo e identidade de propósitos, foram surpreendidos, por policiais militares, possuindo arma de fogo, de uso permitido, no caso, 01 (uma) arma artesanal, cal. 22mm, apta para efetuar disparos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Consta, também,

que nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima narradas, DANIEL FELIPE SILVA TEIXEIRA, foi surpreendido, por policiais militares, portando munição, de uso permitido, que também pertencia a WALLACE DONOVAN DA SILVA FRANCISCO, já qualificado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no caso, 01 (um) cartucho, cal. 22, intacto e apto para ser disparado.

É dos autos que, DANIEL FELIPE e WALLACE são irmãos. Nessa condição, os denunciados decidiram se unir de maneira estável e permanente para a prática do tráfico de drogas na cidade e para a posse e porte de arma de fogo e munição, inclusive, dividindo as tarefas para o sucesso da empreitada criminosa. Há que se ressaltar, inclusive, que WALLACE era foragido do sistema prisional e, nessa condição, permanecia escondido na residência, ficando responsável pela guarda da droga que seria vendida e da arma de fogo que seria mantida no local. Já DANIEL tratava de promover a venda da droga na via pública.

Consta, assim, que, na data dos fatos, policiais militares do BAEP faziam operação pela cidade e, ao passarem pela Avenida Professor Doutor José Alfredo Amaral Gurgel, se depararam com DANIEL, a pé, na via pública, em atitude suspeita, o qual, ao avistar a viatura policial, tentou se desvencilhar dos agentes públicos, acelerando o passo, o que chamou mais a atenção, ensejando a abordagem. Nesse momento, os policiais encontraram com DANIEL uma pochete de cor preta a qual tinha em seu interior 04 pedras de “crack” (cocaína); 02 (duas) porções de haxixe e 01 (uma) porção de maconha, prontas para

serem comercializadas, além de 01 (um) aparelho de telefone celular, usado para esse fim ilícito; a importância de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) em dinheiro - produto dessa atividade criminosa e 01 (uma) munição intacta de calibre 22, que também pertenciam a WALLACE.

Ao ser indagado, DANIEL alegou que a droga era para seu uso pessoal e, quanto à munição, afirmou que tinha uma arma do mesmo calibre em sua casa, indicando a localização e levando os policiais até o imóvel. Chegando ao local, DANIEL franqueou a entrada dos militares na casa, onde foi localizada, em cima da cama dele, outra pochete, contendo em seu interior 01 (uma) arma de fabricação caseira, calibre 22, apta para efetuar disparos, momento em que os policiais ali estavam, ouviram um barulho nos fundos do imóvel, ocasião em que viram WALLACE - irmão de DANIEL, tentando se evadir do local, pulando o muro da residência para a casa do vizinho, sem, contudo, obter êxito na fuga. Assim, foi abordado e, com ele, havia uma caixinha de papelão com mais 33 (trinta e três) pedras de crack que estavam individualizadas e embaladas para futura comercialização da mesma forma que as que foram encontradas inicialmente com DANIEL. Ambos foram presos em flagrante e todo o material encontrado foi apreendido.

Frise-se, ainda, que o local escolhido pelos denunciados para exercer a traficância, facilita a difusão em massa do entorpecente, eis que mantinham em depósito as drogas, para fins de tráfico, nas imediações da UPA Jardim Roberto Selmi Dei e da EMEF Caic Rubens Cruz Prefeito.

Por ocasião da prolação da sentença restaram absolvidos

com relação aos crimes 12 e 14, da Lei 10.826/03, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, sem que tenha havido recurso da acusação.

A materialidade restou demonstrada nos autos, tanto que as defesas não impugnam esse tópico.

No que tange a autoria, os elementos probatórios coligidos nos autos, sob o crivo do contraditório, dão conta de que os apelantes estavam associados e atuando no mercado ilegal de drogas.

Perante a autoridade policial Daniel e Wallace permaneceram em silêncio (fls. 05 e 06).

Wallace, em juízo, disse que não é usuário de drogas ou álcool. Disse que não reside na casa (onde foi preso), sendo ali a residência de seu irmão. Foi a casa de seu irmão para visitá-lo, ele deixou a chave e ficou aguardando. Confirmou que não retornou de saída temporária. Estava na casa quando os policiais chegaram. Os policiais haviam abordado seu irmão e acharam droga nos fundos. Nunca mexeu com drogas. Não teve tentativa de fuga, apanhou bastante dos policiais e eles disseram que jogariam droga nele, pois ele estava foragido. Sobre a arma não sabia que seu irmão a possuía. Disse que estava na sala quando foi localizado pelos policiais. Não conhecia os policiais e nada tem contra eles.

Daniel, em juízo, disse que é usuário de drogas. Relatou que entrava na sua casa e havia um policial na sala sentado no sofá,

jogando vídeo game. O outro policial estava atrás do muro, esperando que ele entrasse, para abordá-lo. Estava com a pochete com 4 munições, crack, maconha, dry, uma arma, R\$180,00 e um iphone. Os policiais perguntaram onde havia droga e vasculharam a casa. Seu irmão estava visitando, foi abordado pelos policiais quando chegou e tentaram jogar as 37 porções de crack nele. Disse que as coisas estavam todas com ele e eram para seu consumo. Na casa não havia nada, estava tudo com ele. A arma estava na pochete. Não conhecia os policiais anteriormente. Os policiais invadiram três casas e a dele. Disse que seu irmão não tinha conhecimento do que ele guardava em casa. Sobre a droga afirmou que era para seu uso.

O policial militar Heitor, em juízo, relatou que se deslocou para Araraquara para operação junto com BAEP canil e durante patrulhamento avistaram Daniel com pochete na cintura e ao avistar a viatura acelerou o passo e olhava, a todo o momento, para trás, para ver se a viatura retornaria. Decidiram por retornar, achou estranha a atitude e fizeram a abordagem e na pochete tinha 180,00, 4 pedras de crack, 2 porções de haxixe, 1 porção de maconha e uma munição calibre 22 intacta. No Daniel disse que o dinheiro era dele, as drogas para consumo próprio e a munição informou que era de uma arma artesanal, que estaria na sua casa – no quarto, numa pochete em cima da cama. Diante disso, deslocaram-se até a residência do réu, onde ele autorizou a entrada. Ele não tinha documentação pessoal. Na casa, o fundo parecia vazio, mas ouviram barulho de algo quebrando, sendo que o outro policial foi aos fundos, tinha construção inacabada, um telhado quebrado e localizaram Wallace num cantinho da parede, abaixado. Com Wallace

tinha uma caixinha de papelão, com pedras de crack idênticas as localizadas com Daniel. Wallace disse que era morador e depois disseram que eles eram irmãos, disse que tentou correr porque se encontrava evadido da cadeia e a droga era para seu uso. Acredita que Wallace tenha tentado fugir. Não havia mais ninguém na casa. A pochete estava em cima da cama de Daniel, a casa era habitada. Não se recorda se Wallace morava lá também. Se não se engana, os pais dos acusados estavam presos. Disse que atuava na cidade de Ribeirão e não conhecia os réus anteriormente.

O policial militar Junio, em juízo, corroborou a versão do colega de farda. Daniel alegou que a droga era para consumo, sobre a munição disse que havia uma arma de fogo em sua residência e acompanhou a equipe. Na residência localizaram outra pochete com arma de fogo artesanal. Durante as buscas ouviram barulho na residência e constatou tratar-se do irmão de Daniel, Wallace, que se encontrava foragido do sistema prisional. Com Wallace também foram localizadas pedras de crack. As pedras de crack apreendidas com ambos possuíam embalagem idênticas.

Pois bem, o caso era mesmo de condenação por tráfico e associação para o tráfico de drogas.

Os policiais, sob o crivo do contraditório, prestaram depoimentos firmes e harmônicos no sentido de que estavam na cidade de Araraquara em operação do BAEP e faziam patrulhamento quando avistaram o réu Daniel, que foi abordado, sendo com ele localizada uma

pochete que continha porções de crack, haxixe e maconha, além de uma munição calibre 22, R\$180,00 em dinheiro e um aparelho celular. O réu Daniel informou que na sua casa tinha uma arma artesanal, razão pela qual dirigiram-se até a residência onde a entrada foi franqueada. No local localizaram outra pochete, onde estava a arma. Enquanto estavam na residência, ouviram barulho vindo dos fundos e puderam localizar o réu Wallace, escondido junto ao muro e com ele uma caixinha de papelão onde estavam outras porções de crack, em embalagem idêntica as que estavam com o réu Daniel.

Insta ressaltar que policiais não estão impedidos de depor. Seus depoimentos têm o mesmo valor que outro qualquer. Há dispositivos expressos no CPP determinando que a Polícia deverá colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (art. 6º, III) e que toda pessoa poderá ser testemunha (art. 202). O só fato de ter sido a prova acusatória baseada em depoimentos prestados por policiais que procederam à prisão em flagrante não autoriza absolvição (TJSP - AC - Rel. Carlos Bueno - RT 654/278 e RJTJSP 125/563).

É de se destacar a relevância dos depoimentos prestados pelos policiais, sendo meio hábil a comprovar a prática de delitos. Seria um contrassenso o Estado credenciar cidadãos para a repressão ou investigação dos delitos e, após, sem justificativa, negar-lhes crédito no cumprimento de suas funções.

Noutro giro, a versão dos réus se mostrou confusa e

contraditória entre si, a demonstrar que falsearam a verdade.

Daniel disse que foi abordado na sua residência, aduzindo que quando adentrou o imóvel havia um policial na sala jogando vídeo game e um outro do lado de fora, atrás do muro. Disse que Wallace, seu irmão, chegou em seguida, tinha ido visitá-lo e foi abordado pelos policiais. Afirmou que toda a droga, arma e munições estava em seu poder e que seria usuário.

Já Wallace disse que foi a casa do irmão Daniel, que havia deixado a chave a ele, entrou e depois a polícia chegou com Daniel já abordado. Disse não ter tentado fuga e que não tinha drogas com ele.

Não se verificou nos autos qualquer motivo para que os policiais imputassem falsamente as condutas dos acusados, os quais sequer conheciam, pois pertenciam ao BAEP de Ribeirão Preto.

Nem se diga que em se tratando Wallace de pessoa foragida do sistema prisional, verificando que havia diversas viaturas na rua, tal como aventado pelo réu Daniel, teria ele insistido em entrar na casa do irmão que já estaria detido pela polícia. Nem mesmo a versão de Daniel, de que ao chegar à casa havia um policial sentado na sala jogando vídeo game.

No mais, o que se tem é que ambos os réus estavam com porções de drogas, no total 43 porções. Daniel trazia com ele porções de entorpecentes para venda, já Wallace, na condição de procurado da

justiça, estava na casa, tentou fuga com a chegada dos policiais e trazia com ele 33 pedras de crack.

O dinheiro localizado na pochete que Daniel trazia com ele não teve comprovação de origem lícita.

Nesse passo, os depoimentos das testemunhas policiais militares e as circunstâncias da prisão dos réus, não deixam margem à dúvida quanto à traficância.

De se ver que, para alicerçar a pretendida condenação não é necessária a prova do comércio de substância entorpecente. O denominado tráfico ilícito de entorpecente é infração que se integra de várias fases sucessivas, articuladas umas com as outras, desde a produção até sua entrega ao consumo, com atos de comércio propriamente ditos, bem como os que lhe são preparatórios, acessórios ou complementares e alguns até despidos de caráter de mercancia. Como seria extremamente, para não se dizer praticamente impossível apurar em conjunto e em sua integralidade, todas as fases em que se desenvolve essa atividade criminosa, contenta-se a lei, no esforço de combater as toxicomanias, em admitir que qualquer delas configura, por si só, delito contra a saúde pública (AC n. 172.880-3/7-00 – Relator Desembargador Cunha Camargo – TJSP).

Noutro giro, o fato de o apelante Daniel ter alegado ser usuário e ou dependente, por si só, não afasta a possibilidade de estar traficando. É sabido que muitos usuários se prestam ao desprezível comércio clandestino, às vezes, até mesmo para sustentar o próprio

vício. Ainda, não logrou a defesa comprovar tal alegação, sendo inconcebível que as drogas apreendidas – 40 porções de crack, 02 de haxixe e 01 de maconha - seriam para consumo pessoal de Daniel. Ademais, parte das drogas foi apreendida com o réu Wallace.

No que tange ao crime de associação para o tráfico, as provas apontam no sentido de que os réus, irmãos, estavam associados para a prática do tráfico, anotando-se aqui que tal crime não exige que a conduta seja reiterada, bastando a união deles para a prática do crime do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Havia entre eles liame associativo na medida em que, conforme bem delineado na r. sentença, havia compartilhamento de tarefas e conjugação de esforços para a realização do tráfico de drogas: *“O réu Daniel possui apenas 18 anos e residia no mesmo local em que se encontrava seu irmão. Havia arma de fogo e drogas na residência onde permanecia WALLACE, enquanto seu irmão foi para a "rua" vender drogas, acondicionadas em uma "pochete", onde também guardava o dinheiro advindo da traficância. É possível verificar uma aparente divisão e coordenação na forma como os autores atuavam”*.

Como visto, a prova é harmônica e robusta, no sentido de que os réus praticavam o tráfico de drogas, em associação.

A causa de aumento do art. 40, III, restou evidenciada, vez que o delito foi praticado, segundo o laudo pericial de fls. 176/179, nas imediações da UPA Jardim Roberto Selmi Dei (483m) e da EMF CAIC “Prefeito Rubens Cruz” (268m), locais de aglomeração de

pessoas, o que facilita a prática criminosa e a disseminação de drogas.

Veja-se que a referida majorante é de natureza objetiva, sendo suficiente a localização geográfica, razão pela qual deve o aumento permanecer.

No que tange às penas, não comportam modificação.

Wallace teve a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes (fls. 63/66), em cumprimento ao contido no artigo 59, do Código Penal.

Haveria *bis in idem* caso fosse a mesma condenação utilizada para majorar a pena base e para aumentar a pena na segunda fase da dosimetria, o que não ocorreu.

Nessa toada, o histórico do acusado não pode ser desprezado, ostenta ele antecedentes criminais (fls. 63/66) que devem ser sopesados nesta fase dosimetria da pena.

Não se pode punir de igual modo indivíduo absolutamente primário e aquele que apresenta antecedentes criminais, sob pena de se ferir o princípio da individualização da pena.

Oportuno, ainda, consignar que “*A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais*

próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.” (STF, HC 113366, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, Processo Eletrônico, DJe-240, divulgado em 05-12-2013, publicado em 06-12-2013).

Assim, não se cogitando aumento tarifado, não vejo ilegalidade na fixação do aumento aplicado, que pode traduzir maior rigor do Magistrado, mas jamais ilegalidade.

Ademais, a fixação da pena-base é ato de discricionariedade vinculada ao limite estabelecido pelo legislador, observada a análise das circunstâncias judiciais, por meio do livre convencimento motivado, tendo o Juízo sentenciante fundamentado o aumento empregado em elementos concretos, que não se mostra desproporcional ou desarrazoado.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (fls. 63/66), foi a pena majorada de 1/6.

Na terceira fase, incidente a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, empregou-se aumento de mais 1/6, consolidando-se a pena do tráfico em 07 anos e 11 meses de reclusão e pagamento de 700 dias-multa.

obedecidos os mesmos critérios, majorando-se a básica de 1/6 pelos maus antecedentes, 1/6 pela reincidência e 1/6 em virtude da causa de aumento do artigo 40, inciso II, da Lei 11.343/06, consolidou-se em 04 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 1110 dias-multa.

Para o réu Daniel, foi a básica fixada no mínimo legal e, embora reconhecida a atenuante da menoridade relativa, assim permaneceu, em vista de a pena já se encontrar no mínimo legal.

Por fim, presente a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, restou consolidada em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 585 dias-multa para o crime de tráfico.

Insta ressaltar ser inaplicável o §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Como é cediço, a norma do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, possui natureza jurídica de causa especial de diminuição de pena. A finalidade desta minorante é adequar a punição ao caso concreto, atendendo-se ao princípio constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Seu objetivo é o de adequar a pena prevista no preceito secundário do artigo 33, *caput*, ao fato delituoso que represente menor gravidade, ou seja, reduzida ofensa, menor perigosidade social, uma vez que se dirige as pessoas que, a despeito de terem praticado uma conduta relacionada ao tráfico de drogas, sejam primários, de bons antecedentes, não se dediquem às atividades criminosas e tampouco integrem

organização criminosa.

No caso, o acusado Daniel encontrava-se associado ao réu Wallace para a prática reiterada de tráfico de drogas, sendo vedada, pela lei, a aplicação da minorante a quem se dedica a atividades criminosas.

Seguindo os mesmos critérios adotados para a pena do tráfico, a pena do crime de associação restou consolidada em 03 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 815 dias-multa.

Em razão do concurso material de crimes, a pena de Daniel restou fixada em 09 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 1400 dias-multa, no piso. Para Wallace a pena restou consolidada em 12 anos e 09 meses de reclusão e pagamento de 1810 dias-multa, no piso.

O regime fechado se mostra o adequado, sendo, aliás, o único compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Além disso, em sendo a pena, de ambos, superior a oito anos, o regime fechado é único cabível, conforme comando legal (artigo 33, §2º, “a”, CP).

Pelo exposto, rejeitada a matéria preliminar, nego provimento aos recursos, mantida a r. sentença, por seus próprios e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurídicos fundamentos.

MARCOS CORREA
Relator