



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000311727

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500341-07.2024.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante SOLANGE DE FÁTIMA GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram parcialmente o apelo defensivo para aplicar maior redução na terceira fase (1/2), ficando as reprimendas em dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, e pagamento de mais dez (10) dias-multa, na forma acima, e fixar o regime inicial aberto, para a hipótese de descumprimento e conversão, mantidos os demais termos da respeitável sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16132

Apelação Criminal nº 1500341-07.2024.8.26.0617

Comarca: 1ª Vara Criminal de São José dos Campos

Juiz de Direito: doutor José Loureiro Sobrinho

Apelante: Solange de Fátima Gomes

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

1. Solange foi condenada a três anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Em 18.2.2024, em São José dos Campos, SP, foi flagrada com 32 cápsulas de cocaína, 61 porções de "crack" e 9 porções de "skunk", sem autorização legal. A defesa apelou pedindo redução da pena, substituição por restritivas de direitos, regime inicial aberto e declaração de inconstitucionalidade da pena de multa.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) determinar a fração de redução da pena pelo tráfico privilegiado, (ii) a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e (iii) a fixação do regime inicial aberto.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e autoria do delito estão comprovadas por diversos documentos e depoimentos. A confissão da apelante está em sintonia com as provas.

4. A quantidade e variedade das drogas justificam a redução da pena em 1/2, conforme jurisprudência do STJ. A apelante é primária e de bons antecedentes, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. A pena de multa não contém vício de inconstitucionalidade, pois está prevista na Constituição Federal, art. 5º, XLVI, "c", e não viola os

Princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

IV. Dispositivo e Tese

6. Recurso parcialmente provido. Pena reduzida para dois anos e seis meses de reclusão, substituída por prestação de serviços à comunidade e pagamento de dias-multa adicionais. Regime inicial aberto fixado.

Tese de julgamento: 1. A quantidade e variedade de drogas permitem a redução da pena pelo tráfico privilegiado. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é cabível para réus primários e de bons antecedentes.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 5º, XLVI, "c"; art. 144, IV e V.

Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput" e § 4º.

Código Penal, art. 33, § 2º, "c"; art. 44; art. 50 e 51.

Lei de Execução Penal, art. 168 e 169.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp 2139698/SP, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 4.10.2022; STF, HC 118.533/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.6.2012.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 114/115

A apelante, Solange, foi condenada à pena de três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão, *em regime inicial semiaberto*, além do pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, com possibilidade de recorrer em liberdade, porque, em **18.2.2024**, por volta de **10h45**, na Rua Francisco Rodrigues Silva, altura do número 165, Bairro Jardim Morumbi, em São José dos Campos, SP, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 32 cápsulas de cocaína (28,79 gramas), 61 porções de "crack" (9,46 gramas) e 9 porções de "skunk" (3,68 gramas), substâncias

entorpecentes e causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a lei. Policiais Militares realizavam patrulhamento de rotina pelo bairro quando se depararam com a apelante, a qual, ao perceber a presença da viatura, escondeu, sob a roupa que vestia, junto à cintura, a bolsa que trazia consigo. Desconfiados de sua conduta, os policiais abordaram-na e localizaram, no interior da mencionada bolsa, as drogas já descritas, bem como a quantia de R\$ 92,05 em cédulas e moedas diversas.

Nas razões da apelação oferecidas pela Defensoria Pública, sustentou-se **a)** a redução máxima da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06; **b)** substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; **c)** regime inicial aberto; e **d)** seja declarada, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do quantum da pena de multa previsto na Lei 11.343/2006 (fls. 122/140).

Contrarrazões a fls. 150/154, para manutenção da r. sentença.

Não há notícia de recurso da Acusação.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento do recurso, para reduzir a fração pelo tráfico privilegiado a 1/2, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 167/172).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 141 (SAJ).

II – Fundamentação

O recurso comporta parcial provimento, respeitando o

entendimento diverso do culto e dedicado Magistrado, doutor José Loureiro Sobrinho.

A materialidade delitiva e a autoria, além de incontroversas, estão comprovadas pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, 8/9 e 22, boletim de ocorrência de fls. 2/5, auto de exibição e apreensão de fls. 10/11, fotografias de fls. 12/16, laudo de constatação preliminar de fls. 19/21, laudo de exame químico toxicológico de fls. 66/68, e pela prova oral produzida em Juízo, cocaína, "crack" e "skunk" foram apreendidos.

Tanto no distrito, quanto em seu interrogatório judicial, a apelante confessou a prática do delito (fls. 22 e mídia, a fls. 141). Realmente estava com as drogas e realizava a venda porque estava passando por dificuldades financeiras.

E a confissão, clara e direta, está em sintonia com o restante da prova oral colhida em contraditório.

Não há, cumpre lembrar, estado de necessidade. A mera alegação de estar passando por dificuldades financeiras não pode justificar a prática de delitos, ainda mais de tráfico, delito equiparado a hediondo, de modo a caracterizar estado de necessidade. Não se pode conceber que a venda de entorpecentes se apresentasse como a única alternativa disponível à apelante para obter dinheiro para o sustento, já que dispunha de condições para conseguir trabalho lícito, como tantos brasileiros.

“O fato do agente estar passando por dificuldades, situação da maioria dos brasileiros, não caracteriza o estado de necessidade” (RJDTACRIM 19/99). ***“Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, não caracterizam o estado de necessidade. Para que a excludente***

seja acolhida mister se torna que o agente não tenha outro meio a seu alcance, senão lesando o interesse de outrem. É necessário, pois, que a ação seja inevitável” (RT 559/358). No mesmo diapasão RT 518/377 e 684/329.

Os policiais militares Felipe e Sérgio confirmaram os fatos descritos na inicial acusatória, esclarecendo, em suma, que, durante patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, já conhecido pela reiterada prática do comércio ilícito de drogas, notaram que **a apelante estava na posse de algo suspeito em sua cintura, ao tempo em que tentava deixar o local ao perceber a presença policial. Feita a abordagem, encontraram com ela as porções ilícitas descritas na denúncia, bem como cerca de R\$ 90,00. Questionada, ela admitiu a propriedade das drogas, reconhecendo que o valor apreendido havia sido obtido com a venda.** Diante disso, conduziram-na ao distrito.

Em depoimentos coesos e uníssomos, os policiais militares incriminam a apelante, confirmando a apreensão dos entorpecentes que ela trazia consigo para a comercialização. **Não existe razão para afastar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

Não se verifica que os policiais tenham desviado de suas atribuições, pelo contrário, prestaram seus depoimentos, sem exageros, visando somente contribuir para o esclarecimento dos fatos.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Diante desse cenário, as provas são robustas e suficientes para embasar a condenação.

As circunstâncias da prisão em flagrante, realizada em local conhecido pela prática do comércio proscrito, após atitude suspeita da apelante após notar a presença da equipe policial, e a apreensão de quantidade variada de drogas - 32 cápsulas de cocaína, 61 porções de "crack" e 9 porções de "skunk" – embaladas individualmente, passíveis de imediata distribuição, além de quantia de dinheiro (R\$ 92,05), cuja origem lícita não foi minimamente demonstrada, denotam a destinação mercantil desse material e não deixam dúvida quanto à responsabilidade criminal da apelante pela prática do tráfico, conduta, aliás, admitida por ela.

Não é demais ressaltar que, para a caracterização do delito, não se exige que o agente seja surpreendido durante a prática da comercialização proscrita. Isso porque o artigo 33, da Lei de Drogas, possui múltiplo conteúdo, bastando a prática de qualquer uma das condutas incriminadoras ali descritas para a configuração do tipo penal, como ocorreu na hipótese vertente (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. 29.1.2020).

Em consequência, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório, tanto que a Defensoria Pública, em suas razões de apelo, limitou-se a pleitear o redimensionamento da pena, a fixação de regime prisional aberto para o início da expiação e a substituição da

pena privativa de liberdade.

E tem razão, em parte.

Na primeira fase, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base ficou no mínimo legal, cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Na segunda fase, está presente a atenuante da confissão espontânea, todavia essa circunstância não pode conduzir a pena aquém do mínimo previsto pelo legislador, nos termos da Súmula 231, do ESTJ.

Na terceira fase, observa-se que a apelante é primária e sem antecedentes criminais (fls. 44/45) e, em que pese a natureza deletéria e a variedade dos entorpecentes apreendidos, a quantidade não era suficientemente elevada para justificar o afastamento da redutora do § 4º, do artigo. 33, da Lei nº 11.343/06. É até possível que ela realize o tráfico de maneira habitual, no entanto, isso não ficou cabalmente demonstrado pela Acusação.

Assim, pode haver diminuição de 1/2. Usa-se de ponderação e proporcionalidade, fixou-se um "quantum" entre o mínimo e o máximo, em conformidade com a correta discricionariedade judicial. Existe um intervalo para diminuir de 1/6 a 2/3, logo, a quantidade e variedade de drogas é um critério objetivo satisfatório para fixar-se a pena a ser aplicada. Na norma legal não há imposição de sempre aplicar a fração de 2/3.

O entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sintetiza-se da seguinte forma: "4. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da

pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes." (*AgRg no AREsp 2139698/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 4.10.2022 – DJe 10.10.2022).

Cf., também, *HC 498685/SP* - T5 - Quinta Turma do STJ - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 28.5.2019 - Dje 7.6.2019; *HC 493263/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 7.5.2019 - Dje 20.5.2019 e *HC 489860/RJ* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 23.4.2019 - Dje 30.4.2019.

A quantidade não era desprezível, repise-se 32 cápsulas de cocaína, 61 porções de "crack" e 9 porções de "skunk". De outro lado, ela contribuiu para a descoberta da verdade real: admitiu aos policiais a traficância, na polícia e em Juízo e, como dito, é primária e tem bons antecedentes. Diante disso tudo, a fração de metade leva em conta a quantidade de entorpecentes apreendidos, a variedade, além das circunstâncias subjetivas totalmente favoráveis da recorrente.

Tem-se, então, dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa. Seriam duzentos e cinquenta (250) dias-multa, mas em razão do quantum fixado na r. sentença (fls. 119), não é feita a correção, por se tratar de recurso exclusivo da Defesa, sob pena de "reformatio in pejus".

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira.

Incabíveis, outrossim, a exclusão ou a redução da pena pecuniária,

por falta de amparo legal, já que se trata de sanção cominada cumulativamente à pena privativa de liberdade.

Ademais, a **fixação da pena de multa** deve **observar o sistema trifásico** (*REsp 1777169/AL* – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 14.5.2019 – DJe 23.5.2019. Ainda: “1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, após afirmar que a quantidade de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, passou a definir que a pena de multa deveria ser estabelecida de forma proporcional à privativa de liberdade imposta, obedecendo ao sistema trifásico (art. 68 do Código Penal)” – *Resp 1756117/RS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 7.5.2019 – DJe 10.5.2019. Veja-se *Edcl no AgRg no AREsp 1077743/RS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. 23.4.2019 – DJe 7.5.2019.

Para concluir, a **pena pecuniária não contém o vício da inconstitucionalidade**, diante de sua previsão expressa na Constituição Federal (artigo 5º, XLVI, "c"), não se vislumbra, na espécie, violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, apenas a concretude de sancionar com maior rigor quem comete crime de extrema gravidade e causa males a todos.

Acaso, a todo instante, se pudesse alegar a inconstitucionalidade de uma lei, em sua integralidade ou parcialmente, o ordenamento jurídico, como um todo, poderia ser afetado, pois o eixo central do sistema ficaria abalado. No caso, não se constata que a retirada da multa do plano jurídico faria bem ou mal ao condenado.

É justamente nesse artigo, art. 5º da Carta da República, que se inscreve os direitos e garantias fundamentais para todos. Não se vê, pois, qualquer previsão para se extrapolar os valores de alguém. Ao contrário,

complementa-se a pena corporal com outra sanção compatível pela ação criminosa realizada.

Além disso, eventual impossibilidade de seu cumprimento - por motivo de insolvência -, é sabido, deverá ser analisada, inicialmente, pelo juízo da execução, a fim de evitar supressão de instância, sobretudo diante do disposto nos artigos 50 e 51 do Código Penal e 168 e 169 da Lei de Execução Penal.

Pela leitura das normas legais e sua conjugação, vê-se que se dá todas as oportunidades para haver a solvência com o menor prejuízo possível a quem é condenado. Essa ideia, lembre-se, vem do direito romano e estende-se nos diplomas legais no Brasil (Código Civil e Código de Processo Civil). Na atualidade, apenas quem não paga pensão alimentícia pode vir a ser preso, restringindo-se isso aos três últimos pagamentos ("O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo" – Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça).

A pena acima é definitiva.

O regime pode ser o inicial aberto.

Com a nova sistemática promovida pela Lei nº 13.964/2019, há de se reconhecer que o tráfico privilegiado deixou de ser considerado hediondo, a corroborar o entendimento já pacificado pela Jurisprudência dos Tribunais Superiores (*Pet 11796/DF* – S3 – Terceira Seção – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – J. 23.11.2016 – DJe 29.11.2016, que se reporta ao *HC 118.533/MS* do Supremo Tribunal Federal, acrescente-se que julgamento foi em 27.6.2012 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Dias Toffoli).

No mesmo sentido: **HC 522614/BA** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 10.12.2019 – DJe 19.12.2019 e **HC 497365/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 11.4.2019 – DJe 29.4.2019, para exemplificar.

Ora, não adiantaria nada ser maleável quanto ao "quantum" da pena se não se fosse com relação ao regime, por isso mesmo pode haver uma gradação entre "fechado", "semiaberto" e "aberto".

No caso presente, reforce-se, a apelante é primária, de bons antecedentes e a quantidade de drogas não era expressiva. Dessa forma, **não há motivo para afastar a incidência do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.**

Observa-se ainda o enunciado da recente **Súmula Vinculante 59, do STF**, “*é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal*”.

Não poderá alegar falta de oportunidade para emendar-se, tampouco a necessidade de rever seus conceitos de licitude.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pode ocorrer. A pena não é superior a 4 anos, ela não é reincidente, não possui maus antecedentes, a culpabilidade, conduta social e personalidade permitem a substituição, sendo a medida suficiente para a sua responsabilização (art. 44 do Código Penal).

Aplicando-se o artigo 44, § 2º c. c. o artigo 77, inciso III, ambos do Código Penal, substitui-se a sanção corporal por pena de **prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas**, pelo tempo da pena privativa, cujo melhor disciplinamento será feito no Juízo das Execuções, verificando-se as aptidões do sentenciado e disponibilidade de tempo, segundo o art. 46 e parágrafos do Estatuto Repressivo, além de **multa**, a qual, na base, fica em **dez (10) dias-multa** e, por fim, no mesmo patamar. A substituição é permitida, desde que haja requisitos legais, pelo **HC nº 97.256-RS** (Rel. Min. Ayres Britto do STF, de setembro de 2010) e Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal.

Em caso de descumprimento e conversão, o regime, como dito, será o aberto.

A opção legislativa foi salutar, ou seja, permitiu ao Magistrado diminuir a pena substancialmente para quem é primário, de bons antecedentes, não reitera na prática infracional e, por fim, não faça parte de organização criminosa, e, ao mesmo tempo, com a evolução jurisprudencial, permitiu-se, mesmo para o tráfico de drogas, a opção por regime mais ameno e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, permitindo-se a concreção da individualização da pena, conforme preceito constitucional. De outro lado, a legislação, a doutrina e a jurisprudência direcionam-se para o combate do crime objeto de discussão de maneira mais severa, dependendo das condições subjetivas do infrator (reincidente, de maus antecedentes, com tendência delitiva – processos em andamento, por exemplo) e, isoladamente ou cumulativamente, na posse direta ou indireta de quantidade e variedade de drogas exorbitantes, reiterando em prática delitiva e integrando as organizações criminais. Nesse caso, a severidade deve estar presente, com acréscimos e aumentos consideráveis nas diferentes etapas da pena, com regimes mais severos e impossibilidade da substituição da pena corporal por

restritiva de direitos. Vê-se que o legislador criou uma dualidade relevante, devendo-se ater-se às peculiaridades de cada situação para melhor apreciar-se a sucessão de atos que ocorreu.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo acolhimento parcial do apelo defensivo para aplicar maior redução na terceira fase (1/2), ficando as reprimendas em dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, e pagamento de mais dez (10) dias-multa, na forma acima, e fixar o ***regime inicial aberto***, para a hipótese de descumprimento e conversão, mantidos os demais termos da respeitável sentença.

Recurso livre (fls. 120).

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.