



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000318831

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501661-16.2023.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que é apelante GABRIEL ALVES MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, alterando-se, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena de detenção para o semiaberto, mantendo-se a r. sentença proferida, 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 LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 31 de março de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501661-16.2023.8.26.0201

Apelante: Gabriel Alves Martins

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Garça (3ª Vara)

MM. Juiz de Direito Dr. Tiago Tadeu Santos Coelho

Voto nº 6513

Julgamento Virtual.

Apelação Criminal – Tráfico de drogas e resistência – Sentença condenatória – Recurso defensivo – Preliminar de nulidade afastada – Alegação de cerceamento de defesa em razão de aditamento da denúncia durante a audiência de instrução e julgamento – Inocorrência – Aditamento realizado nos termos do artigo 569 do CPP, com garantia do contraditório e da ampla defesa – Aplicação do princípio do "pas de nullité sans grief" – Pleito de absolvição por insuficiência probatória e de desclassificação do crime de tráfico de drogas para a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Depoimentos das testemunhas policiais coerentes e sem desmentidos – Crime de tráfico de drogas bem configurado – Fim mercantil das drogas evidente pela quantidade e circunstâncias do flagrante – Condição de usuário que não afasta a possibilidade da mercancia espúria – Condenação mantida – Dosimetria – Primeira Fase – Pena-base do tráfico de drogas fixada 1/4 acima do mínimo legal – Segunda Fase – Menoridade relativa – Pena do tráfico de drogas reduzida em 1/6 e do delito de resistência mantida no mínimo legal à luz da Súmula nº 231 do Col. STJ – Terceira fase – Ausentes causas de aumento ou diminuição – Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 – Circunstâncias que denotam que o réu se dedica à prática delitiva – Mantido o regime fechado fixado na

origem para o tráfico de drogas – Alterado, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena de detenção para o semiaberto nos termos do art. 33 do Código Penal – Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o sursis penal – Recurso improvido, regime inicial de cumprimento da pena de detenção alterado para o semiaberto, *ex officio*.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Gabriel Alves Martins** contra a r. sentença de fls. 287/301, que julgou procedente a ação e o condenou à pena de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, 02 meses de detenção, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 520 dias-multa, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e no artigo 329 do Código Penal.

Apela a Defesa arguindo, preliminarmente, nulidade do feito por cerceamento de defesa, diante do aditamento da denúncia realizado durante a audiência de instrução e julgamento sem a devida concessão de prazo à Defesa para manifestação. No mérito, postula a absolvição por insuficiência probatória, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 (fls. 318/320).

O Ministério Público apresentou contrarrazões

pleiteando a manutenção da sentença (fls. 325/329), após o que a D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 342/348).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Gabriel Alves Martins foi processado e condenado à pena já mencionada porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: *“trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente 49 (quarenta e nove) micro tubos contendo cocaína (com massa bruta de 69,08g e massa líquida de 25,04g) e 93 (noventa e três) invólucros por plástico e papel alumínio contendo crack (com massa bruta de 56.2g e massa líquida de 29.31g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Auto de Exibição e Apreensão às fls. 21/22, imagens às fls. 23/27, Laudo de Constatação às fls. 29/31, e Laudo Definitivo de Entorpecentes às fls. 109/113.*

*Consta, ainda, que no dia 21 de novembro de 2023, aproximadamente às 14h, na Rua Otávio Telles do Nascimento, 100, Labienópolis, nesta cidade e comarca de Garça, **GABRIEL ALVES MARTINS** opôs-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-la ou a quem lhe esteja*

prestando auxílio.

Segundo apurado, policiais civis realizavam patrulhamento de rotina pelo bairro Labienópolis, quando avistaram uma pessoa em uma moto, em frente a um terreno baldio próximo ao número 100 da Rua Otávio Teles do Nascimento.

*Ao se aproximarem do local, observaram que além da motocicleta, também estava o **DENUNCIADO**, ocasião que os policiais perceberam que **GABRIEL** estava abaixado, pegando uma sacola com diversas porções de drogas. Neste momento foi dada voz de prisão a Gabriel e ao motociclista, mas eles empreenderam fuga.*

*Após perseguição e buscas pelo local, **GABRIEL** foi encontrado dentro da residência da Sra. Cleusa Herculano Pinto, mas empreendeu nova fuga, enquanto o entorpecente foi recolhido no ponto da abordagem inicial, o motociclista não foi localizado ou identificado.*

*Durante a perseguição ao **GABRIEL**, tendo em vista que havia suspeitas de que o **DENUNCIADO** portava arma de fogo e estava prestes a atirar contra os policiais, o policial civil Marcos Cancian Machado efetuou disparo de arma de fogo, atingindo o **DENUNCIADO** que, mesmo ferido, conseguiu fugir.*

que **GABRIEL** teria dado entrada a UPA de Garça, ocasião em que se efetuou a prisão em flagrante do **DENUNCIADO**.

Com efeito, a quantidade de substâncias entorpecentes, a forma de acondicionamento delas (individualmente embaladas para venda) e a movimentação flagrada pelos policiais evidenciaram a prática do tráfico de drogas pelo denunciado.” (fls. 194/195, aditada a fls. 281/282).

Após regular instrução criminal, a ação penal foi julgada procedente para condenar o acusado nos moldes acima mencionados.

E, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, cumpre reconhecer, desde logo, que o improvimento do recurso defensivo se impõe.

Preliminarmente, sustenta a Defesa nulidade processual, sob a alegação de cerceamento de defesa, em razão do aditamento da denúncia durante a audiência de instrução e julgamento. Sem razão, contudo.

O aditamento da peça acusatória foi realizado nos termos do artigo 569 do Código de Processo Penal, que autoriza sua efetivação até o momento anterior à sentença, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa.

No caso concreto, a Defesa foi previamente consultada pelo Juízo antes da alteração promovida pelo Parquet e, após a formalização do aditamento, foi questionada sobre a necessidade de outras provas nos termos do art. 402 do Código de Processo Penal, manifestando-se negativamente o defensor, só então foi declarada encerrada a instrução.

Ademais, em razão do aditamento da denúncia, o Juízo de origem concedeu nova entrevista reservada entre o réu e seu defensor antes do interrogatório (fl. 284), de modo que não se verifica qualquer prejuízo concreto à parte.

Deve ser ressaltado que o Direito Processual Penal se rege pelo princípio do “*pas de nullité sans grief*”, sendo imprescindível que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado prejuízo às partes e, de algum modo, influenciado na apuração da verdade substancial, nos termos dos artigos 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal, o que não se verifica nos autos.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. PROCEDIMENTO. INTERROGATÓRIO. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA

PÚBLICA E ASSISTÊNCIA AO RÉU POR MEIO DE DEFENSOR AD HOC. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que, conforme já decidiu a Corte, “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas” (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002). 2. Ordem indeferida”. (HC 99053, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010 EMENT VOL-02440-01 PP-00009)

Fica, portanto, afastada a questão prejudicial.

Passa-se ao mérito.

A materialidade dos delitos foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 1/3), boletim de ocorrência (fls. 14/18), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), fotografias (fls. 23/27), laudos periciais (fls. 96/107, 109/113, 120/132), bem como pela prova oral.

A autoria, por sua vez, é indubitosa e recai seguramente sobre o recorrente.

Na fase indiciária o **acusado Gabriel** exerceu o direito de permanecer em silêncio (fl. 148).

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa novamente negou a acusação.

Nesse sentido, considerando-se que bem compilada a prova oral produzida nos autos, transcreve-se o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo D. Magistrado sentenciante, que fica adotado:

“EM JUÍZO, (o investigador de polícia, MARCOS MACHADO) relatou que: 'estava com o Delegado de Polícia, Dr. Adriano, retornando do almoço, quando resolveram passar pela Travessa C, onde recentemente foi realizada operação para combate ao tráfico de drogas, e avistaram uma pessoa em uma motocicleta e o jovem abaixado com a mão estendida para pegar o dinheiro, tendo este empreendido fuga ao avistá-los. Disse que seguiu no encalço do indivíduo. Aduziu que realizou buscas nas imediações e, quando retornaram, uma moradora permitiu sua entrada na residência, tendo localizado o acusado no quarto, deitado na cama, vestindo boné e com o rosto encoberto. Disse que abordou o acusado e o conduziu para fora da residência. Que, no momento da revista, percebeu um volume na cintura com características de arma de fogo, oportunidade em que o acusado ofereceu resistência e empreendeu fuga. Disse que iniciou nova perseguição ao acusado e que encontrou com o policial Eduardo Lui,

que não conseguiu deter o acusado. Que, em determinado momento, o acusado fez movimento para que pudesse sacar a arma de fogo, então efetuou disparo contra ele, tendo-o perdido de vista. Disse que retornaram à Delegacia e foram informados de que um indivíduo havia sido socorrido e levado ao UPA. Que se deslocaram ao local e identificam o acusado. Salientou que o acusado esteve envolvido com o tráfico de drogas desde quando menor de idade. Afirmou que os objetos do delito foram apreendidos pelo Delegado. Que os entorpecentes encontrados eram cocaína e crack. Disse que não se atentou as características do motociclista, pois não era o foco da ocorrência. Explicou que, após desembarcar da viatura, o Delegado tentou abordar o acusado, que empreendeu fuga pulando o muro da residência vizinha. Que iniciou a perseguição do acusado e ouviu o barulho da motocicleta se evadindo, tendo o Delegado permanecido no local para apreensão dos itens. Que se recorda de ter sido apreendido aproximadamente 100 porções de drogas, divididas entre cocaína e crack, bem como dinheiro.'” (fl. 292)

*“EM JUÍZO, (o delegado de polícia **ADRIANO MARREIRO DOS SANTOS**) relatou que: 'uma semana antes dos fatos, havia sido realizada uma operação na Travessa C, local conhecido pelo tráfico de drogas e que, no dia dos fatos, estava acompanhado do*

investigador Marcos e que resolveram adentrar na mencionada via. Disse que identificou, em frente um terreno baldio, uma lona pendurada e um, motociclista parado, de forma que, ao se aproximarem com a viatura, surpreenderam-se com o acusado atrás da lona com uma porção de drogas nas mãos. Aduziu que o motociclista era o comprador da droga e estava com nota de valor alto nas mãos. Salientou que desembarcou da viatura e deu ordem de parada ao acusado, que empreendeu fuga pulando o muro. Que o motociclista também empreendeu fuga. Disse que permaneceu no local e realizou a apreensão da droga, enquanto o investigador Marcos perseguiu o acusado. Afirmou que um morador os informou que o acusado estava na casa ao lado. Que Marcos adentrou na residência e deu voz de prisão ao acusado, que resistiu à prisão e empreendeu fuga. Explicou que essas informações foram repassadas por Marcos posteriormente. Que o investigador Lui chegou ao local e, em determinado momento, escutou um disparo de arma de fogo. Que Marcos explicou que atirou em legítima defesa e não soube dizer se havia acertado o acusado. Disse que retornaram à Delegacia para lavratura do boletim de ocorrência, ocasião em que chegaram policiais militares para apresentação de outra ocorrência. Que ouviram no rádio da Polícia Militar uma solicitação de resgate para um ferimento à bala em uma região próxima

da Delegacia. Que se deslocaram ao local e tomaram conhecimento que um morador levou o acusado no UPA de Garça. Disse que, chegando ao local, encontraram o acusado sendo atendido, ocasião em que foi dada voz de prisão. Que foi apreendida cocaína e crack. Que o acusado era conhecido por tráfico de drogas e porte de arma de fogo. Explicou que as notas de dinheiro que estavam na mão do motociclista e do acusado caíram no chão e foram apreendidas posteriormente. Disse que não sabe precisar o valor que estava com o motociclista e o que estava com o acusado. Disse que não conseguiu anotar a placa da motocicleta. Que não havia câmeras de segurança no local. Que não se recorda de ter apreendido aparelho celular na ocasião. Aduziu que o nome do acusado já vinha sendo ventilado nas denúncias de tráfico de drogas.'"

(fls. 292/293)

*“EM JUÍZO, (o investigador de polícia **EDUARDO CESAR LUI**), relatou que: 'no dia dos fatos, foi solicitado para apoio na Travessa C, localizada próximo à Delegacia, e, chegando ao local, deparou-se com o acusado indo a seu encontro e o investigador Marcos no seu encalço. Disse que não conseguiu deter o acusado. Que chegando à esquina, o acusado colocou a mão na cintura dando a entender que iria sacar uma arma, momento que Marcos desferiu disparo com sua arma. Que, enquanto Marcos continuou a perseguir o*

acusado, tentou fazer o cerco com a viatura, mas não teve êxito. Disse que retornaram à Delegacia e, em determinado momento, ouviram no rádio da PM uma ocorrência, indicando que havia adentrado um indivíduo baleado no hospital de Garça. Que foram ao local e identificaram que se tratava do acusado. Que foram informados pelos médicos que o acusado precisaria de atendimento cirúrgico na cidade de Marília. Que, após os fatos, em razão de informações de que o acusado estaria exibindo arma de fogo em suas redes sociais, foi solicitada ordem judicial para buscas na residência do acusado e, em cumprimento, encontraram projétil de arma de fogo de calibre 38. Disse que o acusado é conhecido pelo tráfico de drogas desde a adolescência.'" (fl. 294)

*“EM JUÍZO, (a testemunha **Cleusa Herculano Pinto**) relatou que: 'no dia dos fatos. estava em sua casa quando o investigador perguntou sobre dois indivíduos e pediu para verificar sua residência, tendo permitido. Disse que o acusado foi encontrado deitado em sua residência. Que o conhece de vista, da rua. Acredita que ele adentrou por medos dos policiais, mas desconhece o envolvimento dele com o tráfico de drogas. Que ele não morava em sua residência.'"* (fls. 294/295)

réu Gabriel) declarou que: 'foi até o local dos fatos para comprar entorpecentes. Disse que havia outra pessoa no local e que correram quando avistaram os policiais. Disse que se refugiou na residência de Cleusa, onde foi detido. Disse que, do lado de fora, foi alvejado pelo policial e, então, empreendeu fuga. Disse que foi para a casa de um parente que o levou à UPA. Disse que estava com R\$ 20,00 em moedas. Afirmou que havia uma pessoa em uma motocicleta, possivelmente um entregador. Que a outra pessoa era o vendedor da droga. Explicou que saiu andando do local em direção à casa de Cleusa. Que não pulou muro. Que adentrou na residência de Cleusa pela frente da casa. Negou ter sido encontrado deitado na cama. Elucidou que o policial segurava apenas uma de suas mãos e, ao dar dois passos, o policial disparou a arma de fogo. Negou que estava com arma de fogo no dia dos fatos e que não a exibiu em rede social. Disse que não conhecia o investigador Marcos e o Delegado de Polícia.'" (fl. 295)

Pois bem.

De tal modo, diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal da apelante pelos fatos narrados na exordial acusatória.

afirmar que, durante patrulhamento no local dos fatos, conhecido ponto de tráfico, avistou o acusado abaixado, manuseando pinos de entorpecentes, ao lado de um motociclista, que aparentemente realizava a compra da droga. Disse que, ao perceber a aproximação da viatura, Gabriel empreendeu fuga, sendo posteriormente encontrado no interior da residência de Cleusa, onde tentou ocultar sua identidade ao deitar-se na cama e cobrir o rosto. Relatou que, ao ser conduzido para fora do imóvel, o acusado resistiu à abordagem e, ao fazer um movimento brusco na cintura, gerou fundada suspeita de que estaria armado, o que motivou a reação policial.

O delegado de polícia Adriano corroborou integralmente a versão dos fatos, relatando que permaneceu no local inicial da abordagem para proceder à apreensão dos entorpecentes e do dinheiro que estavam em posse do acusado e do motociclista. Narrou que Gabriel já era conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico de drogas e que sua conduta naquela ocasião se ajustava perfeitamente ao modus operandi dos traficantes que atuam na região.

O investigador Eduardo César Lui, que chegou ao local para prestar apoio, também confirmou que o acusado, ao fugir da abordagem, fez menção de sacar um objeto da cintura, o que levou à reação do policial Marcos, que efetuou um disparo contra ele.

Os depoimentos dos agentes públicos merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, como supedâneo para prolação de sentença condenatória, uma vez que coerentes entre si e harmônicos e sintonizados com os seus depoimentos prestados extrajudicialmente.

Ademais, nada há nos autos que, mesmo superficialmente, coloque em dúvida as suas falas, tampouco a lisura do trabalho por eles realizado.

Nessa esteira já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal e o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos — especialmente quando prestados 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” (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO)

“[...] Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar

sua imprestabilidade.” (HC 436.168/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

A corroborar os testemunhos dos agentes policiais a testemunha Cleusa, proprietária da residência onde o réu se refugiou, declarou que o acusado não residia no local e que permitiu a entrada dos agentes, ocasião em que **Gabriel** foi localizado deitado na cama.

O fim mercantil dos entorpecentes restou bem demonstrado pela quantidade e variedade da droga apreendida – *49 porções de cocaína com peso bruto de 68,98g e 93 porções de cocaína na forma de crack, com peso bruto de 56,12g* –, devidamente embalada e individualizada para comercialização (*conforme fotografia de fls. 26*), pela apreensão de valores em espécie (R\$ 43,25) e pelo fato de o flagrante ter se dado em local já conhecido como ponto de tráfico de droga, que inclusive havia sido alvo de recente operação de combate à atividade ilícita, como relataram as testemunhas policiais.

Pontue-se, ainda que o delito de tráfico de drogas, por tratar-se de crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, prescinde de prova da mercancia. *In casu*, a increpação é de que ele “*trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros*” a droga, o que resultou *quantum satis* comprovado no caso concreto, não se podendo falar, pois, em fragilidade probatória, embasadora do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido:

“A quantidade, forma de acondicionamento da droga, bem como as circunstâncias da prisão, evidenciam que a substância se destinava ao consumo de terceiros, o que tipifica o tráfico que, como é cediço, prescinde de ser o agente surpreendido em pleno desenvolvimento de atos de mercancia” (RT 777/724 e RJTJSP 9/455)

“1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. (...) Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp

1624427/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 23/03/2020).

Lado outro, a negativa do réu no sentido de que estaria no local para comprar drogas, sem qualquer comprovação idônea, restou isolada e dissociada do conjunto probatório, não se sustentando diante dos elementos robustos que evidenciam sua participação ativa no tráfico de drogas.

Os agentes de segurança relataram que Gabriel já era conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico de drogas na região, informação que reforça a habitualidade da conduta, e a testemunha Cleusa, confirmou que ele não residia no local e que sua presença ali era inusitada, indicando que buscava esconder-se da abordagem policial.

Ora, se de fato o acusado estivesse apenas adquirindo entorpecentes para consumo próprio, não haveria justificativa plausível para sua fuga, a tentativa de se ocultar na residência de terceiro e a resistência à abordagem policial, atos que apenas corroboram sua intenção de evitar a prisão em flagrante.

De mais a mais, é cediço que o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do delito de tráfico, não se podendo, pois, cogitar-se em desclassificação para o crime do artigo 28

da Lei Antidrogas.

No ponto, o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“Nada impede que um portador de 12 gramas de cocaína, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, 'desmascarado' pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado” (AgRg no AREsp 1636869/AM, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 28/05/2020)

É também de se ressaltar que a Defesa não trouxe qualquer elemento de convicção capaz de realmente depreciar as provas acusatórias já mencionadas, eis que não evidenciada qualquer intenção de graciosamente prejudicar o réu no caso concreto (art. 156 do CPP).

Dessa forma, não obstante os judiciosos argumentos defensivos, tem-se que a análise dos elementos probatórios torna indubitosa que as condutas praticadas pelo sentenciado se subsomem àquelas inculpidas nos artigos 329, *caput*, do Código Penal e 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não sendo o caso de absolvição ou de desclassificação da conduta como almejado pelo culto defensor.

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta, a qual comporta ligeira reforma, *ex officio*.

Na primeira fase, sopesadas as circunstâncias norteadoras dos artigos 59, do Código Penal e 42, da Lei 11.343/06, o Juízo de origem fixou a pena-base do crime de tráfico de drogas 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa. A pena do crime de resistência foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) meses de detenção.

Com efeito, como asseverado pelo Douto Juiz sentenciante, *considerando a natureza nefasta da droga comercializada pelo acusado (crack e cocaína), que apresenta efeitos mais perniciosos à saúde humana* (fl. 298), idônea é a fundamentação para a exasperação da pena-base, bem como adequado o percentual de aumento eleito, o que não comporta reparo.

Frise-se, ainda, *mutatis mutandis*, que o “**legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado**” (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

objetivamente envolvido com o caso e, por isso, com contato direto com o acusado e sua personalidade, utilizou-se de critérios para fixação da pena estabelecidos em patamar razoável e em observância aos preceitos legais, devem ser mantidos e referendados.

Na segunda fase, pela atenuante da menoridade relativa – eis que o réu contava com 19 anos à data dos fatos (fl. 19) – a pena do crime de tráfico de drogas foi reduzida em 1/6 (um sexto), resultando em 05 anos e 02 meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

A pena do crime de resistência, à luz do que dispõe a Súmula nº 231 do C. STJ, permaneceu no mínimo legal.

Na terceira fase não foram verificadas causas de aumento ou diminuição das penas.

No ponto, a despeito do reclamo defensivo, acertada a não aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

O artigo em comento versa sobre a figura do “tráfico privilegiado”, também conhecida como “tráfico menor” ou “tráfico eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

aplicada àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, sendo um fato atípico em sua vida, embora penalmente punível. A aplicação da causa de redução possui um caráter excepcional, quando constatado não haver dúvidas de que o réu praticou o ato de modo não contumaz e habitual.

No entanto, no caso concreto, a grande quantidade de porções de drogas apreendidas com o réu (142 porções ao todo), todas elas de nefasta natureza (*cocaína e crack*), aliada ao fato de o réu já demonstrar personalidade voltada ao crime – eis que já respondeu por atos infracionais (fls. 67/68), além de ser investigado pela prática de tráfico de drogas em outro feito e ser conhecido no meio policial pela atividade ilícita –, são circunstâncias que confirmam a sua dedicação a atividades criminosas, não fazendo, portanto, jus ao benefício em questão.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça:

“Os requisitos previstos na causa de diminuição (o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa, vale dizer, a ausência de qualquer deles, implica a não aplicação da causa de diminuição de pena” (AgRg no HC 697.770/PE,

13/12/2021, DJe 16/12/2021)

“(...) 2. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos. 3. Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como um dos elementos de convicção para concluir que o paciente traficava com habitualidade e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas (...).” (AgRg no HC 525.356/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019) – grifei.

Na sequência, consignou-se o reconhecimento do concurso material de crimes, nos termos do artigo 69 do Código Penal, restando a pena fixada definitivamente em **05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, 02 meses de detenção e 520 dias-multa, no piso legal.**

termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, mantem-se fixado o **regime fechado** para a pena do crime de tráfico de drogas (reclusão), somando-se ao *quantum* de pena alcançado as circunstâncias judiciais valoradas negativamente na primeira etapa da dosimetria, o que faz despontar a periculosidade do agente e recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional mais gravoso para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de sua conduta e considerando-se, por fim, o cometimento de crime de natureza equiparada à hedionda.

Contudo, no tocante à pena de detenção, comporta correção, ex officio, a r. sentença, sendo de rigor a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33 do Código Penal.

Derradeiramente, por ausência dos requisitos legais, incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o *sursis* penal, nos termos dos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE**

PROVIMENTO AO RECURSO, alterando-se, de ofício, o regime



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inicial de cumprimento da pena de detenção para o semiaberto,
mantendo-se a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos
fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora