



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2025.0000321180**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1501915-05.2023.8.26.0616**, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante HAYNER GOMES FOGAÇA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 31 de março de 2025.

**GRASSI NETO**  
Relator  
**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Voto Nº 37535**

**Apelação Criminal Nº 1501915-05.2023.8.26.0616**

**Comarca: Mogi das Cruzes**

**Apelante: Hayner Gomes Fogaça**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Tráfico de entorpecentes – Agente flagrado guardando e mantendo em depósito as seguintes substâncias estupefacientes, para fins de tráfico: a) 148,91 gramas de cocaína, acondicionados em 238 invólucros plásticos; b) 551,02 gramas de maconha, acondicionados em 58 invólucros plásticos – 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 da acusada 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 – Agente que ostenta maus antecedentes – Inaplicabilidade da redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**

O fato de o agente ostentar maus antecedentes afasta a possibilidade de incidência da redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em razão de expressa vedação legal neste sentido.

**Pena – Regime inicial – Tráfico de entorpecentes de maior nocividade – Apreensão de substância estupefaciente em grande quantidade e de natureza mais viciante – Regime fechado para início do cumprimento de pena – Entendimento dos artigos 33, § 3º e 59, do CP**

Conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 8 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado, bem como à



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

**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.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 206/216, prolatada pelo MM. Juiz Tiago Ducatti Lino Machado, cujo relatório ora se adota, HAYNER GOMES FOGAÇA foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 05 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão, em regime inicial fechado, e 566 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. Foi negado ao acusado o recurso em liberdade.

Consoante consta da exordial acusatória, o ora apelante teria sido surpreendido guardando e mantendo em depósito as seguintes substâncias estupefacientes, para fins de tráfico: a) 148,91 gramas de cocaína, acondicionados em 238 invólucros plásticos; b) 551,02 gramas de maconha, acondicionados em 58 invólucros plásticos.

Inconformado, apela o réu, em busca de sua absolvição, alegando fragilidade probatória para sustentar a condenação. Subsidiariamente, requer o redimensionamento da



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

reprimenda para que: a) a pena-base seja fixada no mínimo legal, ou, que pelo menos, o aumento se dê na fração de 1/6; b) seja aplicado o redutor descrito no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Pleiteia, por fim, a fixação do regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena (fls. 221/236).

Processado e contra-arrazado o recurso (fls. 250/254), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 272/285).

É o Relatório.

O recurso merece ser parcialmente provido, apenas para retificar pequeno erro de cálculo, quanto ao número de dias-multa.

A condenação do acusado pelo crime de tráfico de entorpecentes foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.

Segundo restou comprovado, no dia 13 de julho de 2023, policiais militares receberam notícia anônima, oriunda de um transeunte, versando a prática de tráfico de entorpecentes na residência do ora apelante.

Com o intuito de verificar a veracidade da informação, os agentes públicos se dirigiram ao local indicado, onde foram recebidos por Iolanda de Souza Dantas Silva, proprietária do imóvel, no qual há doze apartamentos locados, tendo ela autorizado a entrada dos policiais.

Em seguida, os agentes públicos bateram na porta do apartamento n. 05, onde residia o acusado, ocasião em que foram atendidos por ele e sua namorada.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Realizadas buscas no apartamento, os policiais encontraram, no interior do quarto, anotações de contabilidade, típicas de quem exerce o tráfico de entorpecentes com habitualidade.

Na parte externa da residência havia um tanque de lavar roupas, que estava cheio de lixo reciclável (sacolas plásticas e garrafas vazias). Ao lado desse local, embaixo de várias madeiras, foi encontrada uma mochila preta contendo 238 porções de cocaína e 58 porções de maconha.

Questionado a respeito do encontro dos entorpecentes, o acusado afirmou que havia recebido as substâncias ilícitas de uma pessoa, cuja identidade não quis revelar, com o objetivo de distribuí-las no bairro, para que fossem vendidas sob sua gerência.

Em seguida o acusado foi preso em flagrante e conduzido à Delegacia de Polícia, para as providências cabíveis.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 18), pelas fotografias de fls. 24/28, pelo laudo de constatação provisória (fls. 30/33), bem como pelo exame químico-toxicológico de fls. 96/98, que comprovou a natureza entorpecente das substâncias apreendidas.

Ouvido perante a autoridade policial (fls. 10), o então indiciado negou os fatos que lhe foram atribuídos. Em interrogatório judicial (fls. 182 – arquivo digital), realizado posteriormente sob o crivo do contraditório, o ora apelante voltou atrás e confessou a sua prática delitiva. Disse que voltou a praticar o comércio espúrio de entorpecentes, porque possuía uma dívida antiga, por drogas que perdera em outra oportunidade. Contou que sua função era a de guardar e de zelar pelos entorpecentes.

As testemunhas Kailaine Evelink de Oliveira Moura

e Iolanda de Souza Dantas Silva, arroladas pela Defesa, não presenciaram o encontro dos entorpecentes e se limitaram a tecer boas considerações sobre o acusado, informando desconhecerem seu envolvimento com entorpecentes.

O restante da prova oral (fls. 02/03, 04/05, 06/07, 156, 182 e arquivos digitais) colhida na instrução criminal, que ainda conta com os depoimentos dos policiais militares Rodrigo Ferreira dos Santos, Marcelo Santos Silva e Bruno Bueno Costa, todos nos exatos termos acima narrados, mostrou-se, assim, apto, não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

***Habeas corpus* — Condenação baseada em depoimentos de investigadores, que descreveram o ocorrido de forma coerente e segura, com apoio em mais elementos probatórios**

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. <sup>1</sup>

Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.577/SP. Paciente/Impetrante: Francisco Carneiro Neto. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, DF, 06 de novembro de 1973. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. v. 68, tomo 1, Abr. 1974, p. 64.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

prejudicar inocentes.<sup>2</sup>

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Pondere-se que, para a realização do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aqueles de “ter em depósito” e “guardar”.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais:

**Crime contra a saúde pública – Tráfico de entorpecente – Acusado surpreendido e preso quando trazia consigo certa quantidade de 'pontos' de LSD – Quantidade ainda maior apreendida em sua residência – Confissão de a ter trazido dos Estados Unidos – Condenação – Voto vencido – Inteligência dos arts. 12 e 37 da Lei 6.368/76**

Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, '*contrario sensu*'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação nº 795.471/2 - São Paulo. Apelantes: Manoel Luiz da Silva Filho ou José Antônio da Silva Filho ou Manoel Luís da Silva Filho e Luiz Eduardo Dias dos Santos ou Luís Eduardo Dias dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gonzaga Franceschini. 12ª Câmara. Votação unânime. São Paulo, 28 de junho de 1993. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 18. Abril, Maio e Junho de 1993, p. 80.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

conduta e os antecedentes do agente.<sup>3</sup>

A atual legislação de entorpecentes determina, com efeito, que o tipo penal do tráfico de entorpecentes abrange indistintamente condutas hipotéticas, que são regidas por uma série de núcleos verbais diversos entre si. Estes vem relacionados, por sua vez, no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer substâncias estupefacientes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

É possível aferir-se, assim, a partir de uma simples leitura superficial do texto legal, que o mero trespasse ilegal de substância estupefaciente já implica, por si só, na incidência do tipo penal referente ao tráfico de entorpecentes. A transferência, ainda que a título de cessão gratuita, distribuição, dádiva, troca ou presente, tampouco escapa ao sentido de tráfico previsto pelo legislador, uma vez não ser imprescindível a presença do escopo de lucro à configuração do crime.

Em tais casos, é irrelevante, ainda, à consumação, o fato de o agente ter ou não logrado concretizar a *traditio* da substância a terceiros.

No caso em tela, dúvidas inexistem, portanto, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de traficar, elemento subjetivo do tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

As reprimendas, dosadas e fundamentadas em

---

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 20.239-3. Apelante: Justiça Pública. Apelados: Leônidas José Tavares e Elde Penna Kubrusly. Relator: Desembargador Geraldo Gomes. 4ª Câmara Criminal. Votação unânime. São Paulo, 26 de agosto de 1985. **Revista dos Tribunais**. v. 584, Junho 1984, p. 347/348.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, com a imposição do regime inicial fechado, não comportam qualquer reparo.

a) atentando-se ao quanto disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e no art. 59 do CP, cujas circunstâncias judiciais o Magistrado *a quo* corretamente reputou desfavoráveis ao acusado, as suas penas-base foram estabelecidas em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e em 666 dias-multa.

O Juízo de origem justificou o aumento levado a efeito pelos maus antecedentes ostentados pelo réu, bem como pela quantidade e natureza especialmente nefasta de parte dos tóxicos apreendidos (cocaína).

Verifica-se, com efeito, que o réu já foi condenado anteriormente pela prática do mesmo delito (fls. 55/62), sendo que o fato de ostentar mau antecedente específico também justifica a majoração na primeira fase da dosimetria, que deve ser mantida.

b) na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda foi diminuída de 1/6, perfazendo 05 anos, 08 meses e 01 dias de reclusão e 566 dias-multa. Cabe pequena retificação apenas quanto ao cálculo dos dias-multa, lembrando-se que este deve seguir o mesmo método daquele concernente à pena corporal. Assim a multa deve ficar restrita a 555 dias-multa.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, inaplicáveis causas de aumento, ou de diminuição, as sanções restaram assim finalizadas.

Destaque-se que o fato de o agente ostentar **maus antecedentes**, inclusive específicos, afasta a possibilidade de incidência da redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, por conta de expressa vedação legal neste sentido.

Nesse sentido destacou o Magistrado sentenciante  
(fls. 213):

Afasto a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º da lei 11.343/06.

Tal dispositivo, que estabelece requisitos cumulativos, visa à redução da pena do traficante de primeira viagem que não se dedica ao mundo do crime e nem integra organização criminosa, e, por todo o contexto probatório apurado, **é forçoso reconhecer que o acusado está bem inserido no mundo do crime**, haja vista a elevada quantia de substância entorpecente com ele encontrada, de forma que, a diminuição de pena estabelecida na lei, não pode premiar traficante profissional como é o seu caso (grifos nossos).

Correta, outrossim, a fixação do regime inicial **fechado**, com fundamento no art. 33, §3º, do CP, em virtude das circunstâncias judiciais negativas constatadas (maus antecedentes, além de grande quantidade e natureza especialmente viciante de parte dos entorpecentes apreendidos (148,91 gramas de cocaína e 551,02 gramas de maconha).

Pontue-se que, conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade, como o aqui tratado.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 8 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

Na hipótese dos autos, tendo sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe, no mais, sua conversão em penas restritivas de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao apelo Defensivo** interposto em favor de HAYNER GOMES FOGAÇA, apenas afim de retificar o número de dias-multa impostos para 555, retificando-se pequeno erro de cálculo. Resta mantida, no mais, a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Sem prejuízo da custódia cautelar anteriormente decretada, ora mantida pela ausência de alteração na conjuntura que determinou sua decretação, fica determinada, desde já, a expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime **fechado**, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

**ROBERTO GRASSI NETO**  
Relator