



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000321219

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1503091-43.2024.8.26.0047**, da Comarca de Assis, em que é apelante NOELI BATISTA DE LIMA, 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: "**Negaram provimento ao recurso. 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

Voto Nº 37305



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal Nº 1503091-43.2024.8.26.0047

Comarca: Assis

Apelante: NOELI BATISTA DE LIMA

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação – Direito de recorrer em liberdade – Pedido formulado no próprio recurso de apelação – Entendimento

O pedido do réu para poder apelar em liberdade que venha formulado no próprio termo de recurso, restará evidentemente prejudicado, uma vez já estar sendo deliberado a respeito da própria apelação.

Nulidade – Tráfico de entorpecentes – Incidente de dependência química – Indeferimento – Eventual constatação quanto a ser viciado que se revela irrelevante para aferir se o agente praticou ou não o tráfico – Figuras do traficante e do viciado que se mesclam em uma mesma pessoa – Nulidade inexistente

A dependência química por parte do agente não indica, por si só, necessidade de realização de exame pericial para constatar se ele é ou não viciado, eis que aludida condição não implica invariavelmente em comprometimento de suas faculdades mentais, e não obsta evidentemente possa ele vir a traficar. Cuida-se, ao contrário, de situação comum, na qual as figuras do traficante e do viciado se mesclam em uma única pessoa, valendo-se o usuário da prática do tráfico como um meio mais rápido e prático para sustentar o seu vício.

Tráfico de entorpecentes – Agente que vende e tem em depósito, para fins de tráfico, 15 porções de cocaína sob a forma de “crack” (4,27 gramas) e 62 porções de cocaína (21,65 gramas) – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade – Desnecessidade de flagrância na prática de oferta gratuita ou de venda – Alegação do agente no sentido de ser apenas usuário incompatível com a quantidade de entorpecente apreendida – Desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06 afastada

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e

têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

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 aquele de “vender” e de “ter em depósito”. A procedência da alegação de que a substância ilícita se destinaria apenas ao uso próprio deve ser aferida em consonância com a conjuntura de sua apreensão, devendo ser afastada se não se coadunar com a dinâmica dos fatos.

Cálculo da pena – Reprimenda corretamente fixada consoante o sistema trifásico

Não há porque alterar pena corretamente dosada em primeiro grau, mediante correta aplicação do sistema trifásico

Cálculo da Pena – Tráfico de Entorpecentes – Exacerbação da pena-base seguindo os critérios norteadores previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e a variedade do entorpecente apreendido – Admissibilidade

Nos casos de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei n. 11.343/06) é perfeitamente admissível a elevação da pena-base com base na quantidade e variedade mais nociva do tóxico apreendido, nos termos do art. 42 da Lei de Tóxicos.

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 de natureza mais viciante – Regime fechado para início do cumprimento de pena – Entendimento dos artigos 33, §§ 2º e 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, §§ 2º e 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 dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados. Inadmissível, ainda, que se lance mão da ideia de vulnerabilidade social do sentenciado para justificar a fixação do regime prisional mais benéfico, com lastro na denominada “Teoria da Culpabilidade” do Estado, uma vez que o simples fato de o indivíduo ser socialmente excluído não lhe dá o direito de delinquir.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 166/178, prolatada pelo MM. Juiz Adugar Quirino do Nascimento Souza Júnior, cujo relatório ora se adota, NOELÍ BATISTA DE LIMA foi condenada como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, às penas de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado e de 520 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, apelou a ré. Seus Patronos objetivam, preliminarmente, a revogação de sua prisão preventiva, com ou sem fiança, nos termos do art. 283 do CPP. Argumentam que a apelante se compromete a comparecer a todos os atos processuais, acompanhada de seus Advogados e a não se ausentar da comarca sem cientificar o Juízo.

No mérito, requerem a desclassificação de sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conduta para a prevista no art. 28 da Lei de Tóxicos. Invocam, para tanto, o decidido pelo STF no RE n. 635.659.

Ressaltam, ainda, o indeferimento do pedido de realização de exame de dependência química (fls. 183).

Subsidiariamente, buscam a aplicação das penas-base nos mínimos, com a aplicação do Enunciado n. 241 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Argumentam que a reincidência não deve ser considerada duas vezes na dosimetria trifásica, razão pela qual pedem a fixação da pena-base mínima (fl. 232); na segunda etapa, em razão da reincidência, requerem a aplicação da fração de 1/6 e a fixação de regime inicial semiaberto, sustentando este último pedido com base nos precedentes dos *habeas corpus* n. 735697 - SP (2022/0106734-1), n. 837945 - SP (2023/0241075-8), n. 874276- SP (2023/0438907-4), n. 884664 - SP (2024/0005448-0), n. 870900 (2023/0422100-9) e n. 885478 (2024/0013611-2 e em ARE 1.052.700 Minas Gerais), por ser medida de equidade.

Processado e contra-arrazado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

Inicialmente, observa-se que, ao contrário do alegado pela Defesa (fls. 232), a recorrente recebeu pena corpórea definitiva de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão (e não 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão).

Quanto à preliminar de pedido de liberdade provisória, formulado nas razões recursais, está evidentemente prejudicado no presente momento processual, uma vez já estar sendo deliberado a respeito da própria apelação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

De todo modo, a negativa de tal direito ao recorrente foi devidamente fundamentada na r. sentença (fls. 174).

Compulsando os autos, verifica-se que a sentenciada permaneceu no cárcere ao longo de toda a instrução criminal, não tendo havido, até o presente momento, qualquer alteração dos motivos que teriam levado o Juízo de primeiro grau a mantê-la custodiada (fls. 132/133 e fls. 174).

Deve ser igualmente ponderado que, após o regular processamento da ação penal, viu-se ela ainda condenada pela r. sentença impugnada a descontar suas penas em regime inicial fechado. Seria efetivamente um contrassenso que, neste momento, fosse-lhe concedida a liberdade, sendo imperiosa a manutenção da r. decisão, como medida necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

Acrescente-se, também, estar presente ao menos um dos seguintes motivos autorizadores da prisão preventiva, dentre os relacionados no art. 312 do CPP: assecuração da aplicação da lei penal.

Reavaliada a decretação da preventiva, chega-se à conclusão de ser descabida a concessão de liberdade provisória.

No que concerne ao aduzido pelos nobres Defensores, quanto ao indeferimento de realização de exame de dependência química (fls. 183), cumpre pontuar que o Juiz de Direito não está obrigado a deferir provas que julgue desnecessárias à apreciação da questão e cuja falta não traga prejuízo à ré, como no presente caso. Como bem fundamentou o Magistrado (fls. 161/162):

A realização do exame de dependência toxicológica somente é necessária quando o juiz, em seu prudente juízo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de discricionariedade e pela atenta observação do acusado, conceber que seu vício lhe impinge uma anormalidade psíquica relevante, de modo a atingir sua capacidade de autodeterminação e, em consequência, afetar sua culpabilidade. Assim, o exame em questão deve ser feito em sendo observada alguma anormalidade que pudesse diminuir a capacidade de raciocínio do acusado, para verificar, se à época dos fatos, era dependente químico e por isso era, inteira ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. Pelo teor do interrogatório da acusada conclui-se que essa possui e possuía, à época dos fatos, plena capacidade de entendimento e raciocínio. Naquela oportunidade, respondeu a todas as perguntas dentro da maior normalidade, não deixando qualquer suspeita sobre sua capacidade de compreensão da ilicitude do fato e de autodeterminação. Tanto que ao ser inquirida, afirmou que trabalhava, realizando bicos, vendendo roupas e lingerie. Assim, não vislumbro nenhum indício que possa colocar em dúvida a capacidade mental da denunciada quando do crime, capaz de ensejar a realização do exame pericial a respeito. Ademais, a simples alegação de uso de drogas, por si só, sem qualquer prova neste sentido, não é indício suficiente para determinar a realização do exame de dependência toxicológica. Nestes termos, indefiro o pedido de realização de exame toxicológico.

Pontue-se, ademais, que a dependência química por parte da acusada não indica, por si só, necessidade de realização de exame pericial para constatar se ela é ou não viciada, eis que aludida condição não implica invariavelmente em comprometimento de suas faculdades mentais e não obsta, evidentemente, a que ela possa vir a traficar. Cuida-se, ao contrário, de situação comum, na qual as figuras do traficante e do viciado se mesclam em uma única pessoa, valendo-se o usuário da prática do tráfico como um meio mais rápido e prático para sustentar o seu vício.

Não verificada, portanto, a necessidade de instauração do incidente de dependência química, como bem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

explanado pelo Juízo *a quo* e acima transcrita.

Dirimidas as questões, passa-se a análise do mérito.

O recurso efetivamente não merece provimento.

A condenação da ora sentenciada pela prática do crime de tráfico de entorpecentes foi bem decretada e veio embasada em prova firme e suficiente.

Narra a denúncia que, no dia 07 de agosto de 2024, a ora apelante teria vendido e tinha em depósito, para fins de tráfico, sem ter autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar: (a) 15 porções de cocaína sob a forma de “*crack*”, com peso de 4,27 (quatro gramas e vinte e sete centigramas); e (b) 62 porções de cocaína, pesando 21,65 (vinte e um gramas e sessenta e cinco centigramas).

Segundo apurado, a acusada estaria mantendo em depósito as substâncias ilícitas em questão, destinadas à venda para terceiros.

Durante patrulhamento, os policiais militares teriam visualizado a testemunha Gerson Ladeia entregar uma nota de R\$ 10,00 a Noelí.

O imóvel seria conhecido “ponto” de tráfico de entorpecentes. Os agentes policiais teriam, então, abordado ambos. Na abordagem pessoal, teriam encontrado com a apelante a nota de R\$ 10,00 recebida da testemunha Gerson e uma pedra de cocaína, sob a forma de “*crack*”, em sua mão direita.

Gerson, informalmente questionado, teria alegado estar comprando “*crack*” de Noelí. Nada de ilícito foi encontrado em sua posse.

A exordial acusatória relata, ainda, que (fls. 75/79),

em seguida, os militares visualizaram outras 14 (quatorze) pedras de *crack* sobre a mesa da cozinha e, diante do cenário até então observado, ingressaram no imóvel e localizaram as mencionadas pedras de *crack*, além da quantia de R\$ 191,00 (cento e noventa e um reais), em notas diversas, ao lado da droga.

Após a realização de buscas com o auxílio de cão farejador, os policiais encontraram, embaixo de uma cômoda, 62 (sessenta e duas) porções de cocaína, embaladas e prontas para venda. Durante as buscas, também foram localizados 06 (seis) telefones celulares, uma câmera de segurança e um notebook que Noelí não soube explicar a procedência.

Nesse contexto, Noelí foi presa em flagrante, sendo conduzida à Delegacia de Polícia, onde foi formalmente autuada.[...].

A materialidade dos fatos restou plenamente comprovada nos autos, conforme demonstram os autos de exibição e apreensão (fls. 18/19), de constatação preliminar (fls. 27/28) e o laudo pericial químico toxicológico.

Em Juízo, a ré negou ter praticado o crime de tráfico de entorpecentes, dizendo que a substância estupefaciente seria destinada ao seu consumo pessoal. Afirmou, também, não residir no local dos fatos (mídia digital de fls. 164).

Sua versão restou, todavia, isolada no conjunto probatório dos autos.

A testemunha Gerson buscou corroborar a versão da acusada em Juízo, afirmando que foi abordado pelos policiais do lado de fora da residência, enquanto entregava R\$ 10,00 à acusada; explicou que devia dinheiro à apelante pelo fato de ela ter vendido roupas para o pessoal “dele” (*sic*). Declarou ser usuário de maconha e de cocaína sob a forma de “*crack*”, negando, porém, o consumo de cocaína em pó. Afirmou que o local é um “ponto” de venda de

substâncias entorpecentes. Aduziu que não foi ao local para comprar entorpecentes, nem da acusada, tampouco ter mencionado tal intenção aos policiais ou ao Delegado. Esclareceu que tem ciência do vício em “*crack*” da acusada e que já fez uso conjunto do entorpecente com ela, no período em que ela residia próximo à sua casa (mídia digital de fls. 164).

Seu depoimento, contudo, não pode prevalecer. Nesse sentido, como bem lançado na r. sentença (fls. 170):

Entretanto, na fase policial, a testemunha Gerson disse ser usuário de “*crack*”. Estava indo embora do serviço e que passou no local para comprar Crack. O local é um ponto conhecido de venda de drogas. Estava prestes a adquirir uma pedra de “*crack*”, quando os policiais chegaram. Não chegou a pegar a pedra de “*crack*”, mas já tinha entregado a nota de dez reais para Noeli. Já comprou “*crack*” ali outras vezes e de outras pessoas.

Observe-se que, independentemente dos elementos de convicção obtidos junto a própria acusada e da testemunha Gerson, o teor das declarações prestadas pelos policiais militares Rodrigo e Fernando, por si só, já a desfavorece.

Os depoimentos são suficientemente detalhados e dão conta das circunstâncias que cercaram a prisão da apelante e a apreensão do entorpecente (fls. 164, arquivos digitais).

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**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mais elementos probatórios

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.¹

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 prejudicar inocentes.²

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.

Não se cogita, ainda, da pretendida desclassificação da conduta para o delito previsto na Lei n. 11.343/2006.

Destaque-se desde logo 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 “vender” e de “ter em depósito”.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais:

¹ 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.

² 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.

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 conduta e os antecedentes do agente.³

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 vêm 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

³ 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.

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 a apelante 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.

A procedência da alegação de que a substância ilícita se destinaria apenas ao uso próprio deve ser aferida em consonância com a conjuntura de sua apreensão, devendo ser afastada se não se coadunar com a dinâmica dos fatos.

Cumprido observar que, na medida em que existem nos autos elementos de convicção evidenciando que o dolo era efetivamente de traficar – elemento subjetivo do tipo descrito do art. 33 da Lei n. 11.343/06 – resta completamente descabida a hipótese de desclassificação da conduta praticada para aquela subsumível à descrição contida no art. 28 do mesmo texto legal, até mesmo porque, o local, as condições do fato criminoso, bem como os demais indícios apontados pelo conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, não permitem o acolhimento da tese de destinação para uso próprio.

Nesse sentido:

Tóxico – Tráfico – Alegação de ser viciado o agente, o que não obsta o reconhecimento da figura delitiva – Hipótese em que a figura do traficante e do viciado se mesclam num mesmo agente, preponderando a primeira – Sentença confirmada

A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

preponderando a última, de maior gravidade.⁴

Destaque-se, por fim, que o pedido da Defesa pela desclassificação do crime de tráfico de entorpecentes para o de posse de entorpecentes para uso pessoal, com base no Tema 506 do STF, simplesmente não prospera.

O Tema 506 do Supremo Tribunal Federal se restringiu claramente às hipóteses relativas à posse da substância entorpecente maconha, com a finalidade de uso próprio, sendo, pois, evidentemente, inviável a sua ampliação para outros tipos de substâncias estupefacientes.

Assim, diferentemente do quanto quer fazer crer as Defesa, não se desconhece a decisão do Pretório Excelso, de junho de 2024 (RE 635.659 - Tema 506), no sentido de que a apreensão de menos de 40 gramas de maconha com o agente deve, a princípio, ser considerada como sendo destinada a uso próprio e que, em tais casos, aludida conduta, analisada à luz dos direitos à privacidade e à liberdade individual (art. 5º, X, da CF/88), conquanto mantenha seu caráter irregular e enseje a apreensão do entorpecente, bem como a imposição de sanções educativas aplicadas por um Magistrado, sequer configuraria infração penal.

O assim denominado “critério dos quarenta gramas” não é, todavia, absoluto, cuidando-se, antes, de uma presunção relativa, que pode ser afastada na hipótese de restar demonstrado que o tóxico não seria destinado ao consumo próprio, sendo ilustrativa a situação na qual a apreensão de menos de 40 gramas de maconha, vier acompanhada do encontro de embalagens,

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 42.229-3 – São Paulo - Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Dirceu Cerquiario. Relator: Onei Raphael. 1ª Câmara. São Paulo, 23 de dezembro de 1985. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 101, 1986, p. 498.

balanças ou registros de venda, indicativos de sua destinação ao tráfico de entorpecentes.

No caso concreto, ao revés do que sustentam os Defensores, não se cogita de aplicação do Tema em questão, mesmo porque a quantidade de entorpecente apreendida em poder da ré foi de **cocaína em pó e sólida**.

Mesmo que, assim, não fosse e a apreensão tivesse sido de quantidade inferior a 40 gramas de maconha, fato é que toda a dinâmica ora analisada, revelou-se no sentido de que mencionado tóxico (**no caso, cocaína em pó e sob a forma de “crack”**) não se destinava a uso próprio, mas à comercialização espúria.

A recorrente se dedica a atividades criminosas. É portadora de mau antecedente específico (processo n. 0028294-33.2007.8.26.0482 – arts. 33 e 35, c.c. art. 40, III, todos da Lei n. 11.343/2006 – fls. 32/33, com pena cumprida em 2018).

Não há como, portanto, desvinculá-la da autoria do delito e nem tampouco como não reconhecer o *animus* de traficar.

As reprimendas, dosadas e fundamentadas em consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, não comportam efetivamente reparos.

Primeiramente, verifica-se que o Enunciado n. 241 da Súmula de Jurisprudência do STJ, não se aplica ao presente caso, uma vez que a acusada é portadora de **mau antecedente específico** (processo n. 0028294-33.2007.8.26.0482 – arts. 33 e 35, c.c. art. 40, III, todos da Lei n. 11.343/2006 – fls. 32/33, com pena cumprida em 2018) e essa circunstância foi devidamente aplicada na primeira fase da pena.

Estando-se atento 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* reputou desfavoráveis à acusada, diante do mau antecedente por ela ostentado, conforme já observado, as suas penas-base foram corretamente fixadas em 06 anos e 03 meses de reclusão e em 625 dias-multa (o que equivale ao mínimo legal, acrescido de $\frac{1}{4}$).

Correta, portanto, a majoração das penas-base, tendo em vista as circunstâncias judiciais negativas, constatadas no presente caso.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, mas presente a confissão extrajudicial (Enunciado n. 545 da Súmula de Jurisprudência do STJ), as reprimendas foram reduzidas de $\frac{1}{6}$, perfazendo o total de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e de 520 dias-multa.

Na terceira etapa, elas foram conservadas, dada a ausência de causas de aumento ou de diminuição.

O fato de a apelante 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.

Chegou-se a um total final de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e de 520 dias-multa, à razão de $\frac{1}{30}$ do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

De rigor, ainda, a manutenção do regime inicial fechado, já que a ré é portadora de **mau antecedente específico** e de ter sido flagrada realizando o comércio ilícito, substância altamente viciante e nociva à saúde dos usuários.

Ressalte-se, ademais, que a argumentação da Defesa, que atribui à sociedade, com base em doutrina (fls. 234),



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

parcela de responsabilidade pela reincidência criminal do indivíduo, pois criaria um ambiente degradante que dificultaria a reinserção social, é insustentável. Sua tentativa de aplicar a Teoria da Culpabilidade” do Estado, simplesmente não prospera.

Inadmissível que se lance mão da ideia de vulnerabilidade social da ora recorrente para justificar a fixação do regime prisional mais benéfico, com lastro na denominada “Teoria da Culpabilidade” do Estado, uma vez que o simples fato de o indivíduo ser socialmente excluído não lhe dá o direito de delinquir.

Destaque-se ainda 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, §§ 2º e 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 da sentenciada, bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ela praticados.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso interposto pela Defesa**, em favor de NOELÍ BATISTA DE LIMA, restando mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Sem prejuízo da custódia cautelar anteriormente decretada, ora mantida pela ausência de alteração na conjuntura que ensejou sua decretação, fica determinada, desde já, a expedição,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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