



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000321214

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501735-92.2024.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante DENILSON DE CARVALHO MACHADO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada as preliminares, deram provimento em parte ao recurso. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

IVANA DAVID
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 34700

Apelação Criminal nº 1501735-92.2024.8.26.0344 – Marília

Apelante: **DENILSON DE CARVALHO MACHADO**

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A NULIDADE DA PROVA POR CONTA DE AUSÊNCIA DE SUSPEITAS FUNDADAS PARA A ABORDAGEM POLICIAL E VIOLAÇÃO AO DIREITO AO SILÊNCIO. NO MÉRITO QUER A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E SUBSIDIARIAMENTE, O ABRANDAMENTO DAS PENAS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Sentença Condenatória pelo delito de tráfico de drogas (Art. 33, caput, Lei 11.343/06).
2. Ilicitude da abordagem, ausência de fundadas suspeitas. Violação ao direito ao Silêncio. Absolvição por falta de provas. Aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Abrandamento das Penas.
3. Ilicitude da prova não caracterizada, se mostrando regular, na hipótese, a prisão em flagrante realizada. Fundada suspeita presente a justificar a abordagem policial, evasão do réu ao avistar a aproximação policial. Precedentes. Direito ao silêncio observado quando do interrogatório realizado em solo policial, inexistindo exigência legal do “aviso de Miranda” por parte dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante. Precedente. Tráfico de Drogas. Tipo penal de ação múltipla, despicienda a observância do acusado em plena traditio. Condições do flagrante a denotar a finalidade mercantil do entorpecente apreendido. Materialidades e autoria delitivas comprovadas. Palavras dos agentes da lei que merecem primazia na formação do convencimento. Descrição detalhada das condutas típicas e ilícitas. Inconsistente a negativa de autoria, em sendo evidente a finalidade mercantil. Penas fixadas observados os artigos 59 do Código Penal e 42 da lei de drogas. Penas bases aplicadas no mínimo. Inaplicabilidade da atenuante da menoridade a teor da Súmula 231 do STJ Impossibilidade de concessão do redutor, ausentes os requisitos legais. Regime semiaberto mantido. Descabidas a detração e as benesses da substituição e “sursis”. Condenação mantida.
4. Recurso improvido.

Ao relatório da r. sentença de fls. 152/163 proferido pelo MM. Juiz de Direito Dr. **Fabiano da Silva Moreno**, ora fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar **DENILSON DE CARVALHO MACHADO** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, recebendo as penas de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto**, além do pagamento de **500 (quinhentos) dias-multa**, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, negado o direito de recorrer em liberdade.

Apelou a Defesa apontando, preliminarmente, ilicitude das provas por ausência de fundadas suspeitas para a abordagem policial e violação de ao direito ao silêncio por parte dos policiais militares. No mérito, quer a absolvição com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, busca: a) redução da pena base aquém do mínimo, com aplicação da atenuante da menoridade; b) aplicação do redutor previsto do art. 33, 4º, da Lei de Drogas; c) fixação do regime aberto (fls. 188/204).

Bem processado o recurso, com oferta das contrarrazões de fls. 209/2018, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 226/246), vindo conclusos a esta relatoria em 10 de dezembro de 2024.

É o relatório.

Cumpre afastar, desde logo as preliminares aventadas, ressaltando-se que, como se verá, policiais militares em patrulhamento de rotina, em local conhecido pela prática do comércio ilícito, depararam-se com três indivíduos que, ao notarem a aproximação da guarnição, pararam o que estavam fazendo e empreenderam fuga, demonstrando nervosismo incomum e **gerando fundadas suspeitas para a abordagem**.

Assim, abordado o acusado, após correr e se esconder em uma casa abandonada, com ele, no interior da pochete que carregava, foi encontrada expressiva quantidade de entorpecentes, tendo ele naquele

momento confessado informalmente a traficância.

Como se vê, os policiais militares em atuação regular depararam-se com o acusado em nítida ação visando evitar a abordagem, a caracterizar evidente e fundada suspeita a legitimar a atuação, respeitado, assim, o teor do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, decisão esclarecedora do c. Supremo Tribunal Federal, ao mencionar que *“é de considerar-se legítima a atuação dos policiais rodoviários que executaram a prisão em flagrante do acusado, especialmente porque os referidos agentes públicos agiram depois de perceberem que ele apresentava nervosismo incomum diante da abordagem de rotina realizada por agentes da Polícia Rodoviária Federal (PRF). II – Essa circunstância é elemento mínimo a caracterizar fundadas razões (justa causa) para os policiais fazerem uma revista mais minuciosa e aparelhada no caminhão, momento em que lograram encontrar quase 360kg de cocaína. De resto, a vistoria realizada pelos agentes decorre da própria função de patrulhamento e policiamento ostensivo atribuídos à PRF, não havendo falar-se, portanto, em conduta desprovida de previsão legal e em desacordo com a Constituição de 1988.”* (HC 231111 AgR/SP, Rel. Min. Cristiano Zanin, j. 09.10.2023, p. 16.10.2023).

E deste Tribunal de Justiça:

“... Ora, em patrulhamento de rotina, os policiais depararam-se com o apelante, o qual já era conhecido dos meios policiais, portando um volume na cintura que aparentava ser de uma arma. Ocorre que ele, ao notar a presença da viatura, empreendeu fuga e, durante o trajeto, dispensou um objeto. Ainda na via pública, os policiais conseguiram, enfim, abordá-lo e apreenderam a droga que fora arremessada no canteiro central da avenida. Já em revista pessoal, foi localizado o valor de R\$10,00 (dez reais) em dinheiro e, ao ser questionado, negou a propriedade do entorpecente e não indicou o motivo pelo qual teria empreendido fuga (...) Anoto que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada

suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, conforme artigo 244 do Código de Processo Penal. Da análise da dinâmica dos acontecimentos, constatou-se que, de fato, havia circunstâncias indicando a fundada suspeita sobre o comportamento do apelante e sua abordagem, sendo relevante salientar que, em hipóteses como essa, a segurança pública prevalece em relação a direitos individuais (...) Ora, diante do contexto, a lei exigia que os policiais procedessem à abordagem e busca pessoal, sob pena de incorrerem no crime de prevaricação.” (Apelação Criminal nº 1500240-66.2020.8.26.0598, 3ª Câmara de Direito Criminal, rel. Toloza Neto, j. 06.09.2022);

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Abordagem e busca pessoal que estão justificadas, pois de acordo com a lei: fundada suspeita (art. 244 do CPP). Policiais que apontaram de forma segura que, ao visualizar a aproximação da guarnição, o acusado, que se encontrava sentado em uma guia num local conhecido como ponto de tráfico, adotou atitude evasiva, denotadora de fundada suspeita de que tivesse algo ilegal consigo. Desnecessidade, inclusive diante do encontro de drogas com ele e de ser desmentido quanto a estar em outro local, que os policiais expusessem de forma mais elaborada a suspeita que os levara à revista pessoal, que, bom que se diga, independe de mandado judicial e pode ser realizada a qualquer momento, mesmo que não se trate de situação de flagrante (não há que se confundir busca pessoal com busca domiciliar). Expertise policial que merece ser prestigiada, assim como são os depoimentos dos agentes da lei. Prova segura da autoria e materialidade. Condenação bem aplicada, merecendo, a r. sentença, ser ratificada na forma do art. 252 do Regimento Interno inclusive no que tange à dosimetria, fixada com critério. Recurso não provido.” (Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, 13ª Câmara de Direito Criminal, rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, j. 08.08.2022).

Enfim, “se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais

como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública (...) o policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é um dever constitucional. Os suspeitos têm direito a um sistema penal democrático e a um processo penal justo, ao tempo em que a sociedade tem direito a viver com tranquilidade nas vias públicas.” (RHC 229514 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02/10/2023, p. 23/10/2023).

No mais, diante do referido contexto fático, **existiam fundadas razões para o ingresso na residência e a abordagem** (grifo nosso), pois as circunstâncias do flagrante recomendavam imediata apuração diante de inequívoca probabilidade de ilicitudes. Estavam assim amparados os agentes da lei no permissivo do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

Como já definido pelo c. Supremo Tribunal Federal, inclusive em repercussão geral (**Tema 280**), a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, ainda que durante o período noturno, quando arrimar-se em fundadas razões, devidamente justificadas '*a posteriori*' (**RE nº 603.616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8.10.2010**).

Nessa linha, a construção recente da jurisprudência (**AgReg no AREsp nº 1.353.606/DF, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 3.12.2019; HC nº 451.582/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 21.6.2018**), a ressaltar a possibilidade de sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência (**AgReg no HC nº 653.943/MG, rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, j. em 8.6.2021**). Sendo tal a hipótese dos autos.

Segue-se, ainda, que se caracterizando o crime de tráfico de drogas como delito permanente, que se prolonga no tempo, autoriza a prisão em qualquer momento por haver o estado de flagrância também

permanente, de modo que a busca domiciliar levada a efeito pelos agentes da lei revestiu-se de legalidade, até porque resultou na apreensão de entorpecentes.

Não havendo que se falar, portanto, em contaminação da prova ou em aplicação apressada da denominada '*teoria dos frutos da árvore envenenada*'.

Também descabida a alegação de afronta ao direito ao silêncio, uma vez que ao ser interrogado na fase policial, foi bem orientado acerca do seu direito constitucional, ocasião em que nada falou a respeito de inobservância a tal direito quando de sua prisão em flagrante (fl. 06), o mesmo ocorrendo quando da apresentação de resposta à acusação (fls. 108/110).

E realizada audiência de instrução, o apelante, ao ser interrogado, mesmo após advertido, mais uma vez, do direito ao silêncio, nada mencionou acerca de eventual desrespeito quando da prisão em flagrante (arquivo digital).

Nesse sentido julgado deste Tribunal, ao mencionar que *“a não realização do 'Aviso de Miranda' pelos policiais civis, por si só, não é apta a anular as provas obtidas contra o recorrente, uma vez que não há norma processual que imponha aos agentes públicos o dever de previamente cientificar o preso sobre seu direito ao silêncio, haja vista que **não são eles responsáveis pela colheita das declarações, mas sim as autoridades policial e judicial.**”* (Apelação Criminal nº 1502571-02.2023.8.26.0344, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. João Augusto Garcia, j. 05.02.2024).

De outro lado, é de se ressaltar que eventual irregularidade na informação ao acusado sobre o direito de permanecer em silêncio caracterizaria nulidade relativa. Nesse sentido a orientação da jurisprudência (HC nº 557.198/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 5.3.2020), reiterada inclusive (HC nº 614.339/SP, rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, 11.2.2021).

Dependeria, assim, de provocação oportuna, sob pena de preclusão e convalidação do ato (artigos 564, IV, e 572, II e III, do Código de Processo Penal), sendo necessário também a demonstração de prejuízo, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, positivado nos artigos 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal, o que não é o caso dos autos.

Assim, afastadas as preliminares, passa-se ao mérito.

A acusação foi a de que, no dia 21 de fevereiro de 2024, por volta de 19h20, nas circunstâncias de tempo e local mencionadas, **DENILSON DE CARVALHO MACHADO**, agindo em concurso com outros dois indivíduos não identificados, trazia consigo, para fins de tráfico, 61 porções de cocaína, contendo massa líquida de 20 g e 30 porções de Cannabis Sativa (“maconha”), contendo massa líquida de 202,9 g, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, o apurado, nas circunstâncias de tempo e local acima, lugar conhecido como ponto de venda de drogas, o denunciado estava ao lado de outros dois indivíduos não identificados, com o fim de realizarem o tráfico de drogas, oportunidade em que, ao notarem a aproximação policial, empreenderam fuga, motivando a perseguição policial.

Os dois indivíduos ainda não identificados, portando sacolas

plásticas nas mãos, correram em direção ao matagal, enquanto o denunciado, que tinha consigo uma pochete que acondicionava as drogas acima descritas, tentou se esconder em uma residência abandonada, sendo acompanhado pelos policiais e preso em flagrante.

Informalmente, o denunciado confessou estar na traficância e

ser aquele responsável pela entrega das drogas aos demais que vendiam as drogas. (conf. denúncia – fls. 91/92).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 01/03), boletim de ocorrência (fls. 08/11), auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), auto de constatação preliminar (fls. 16/18), exame químico-toxicológico (fls. 79/83), com resultado positivo para *cocaína e THC (Tetrahydrocannabinol)*, “maconha”, bem como pela prova oral produzida nas duas fases do processo (fls. 04/06 – delegacia; e arquivo digital – juízo).

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Denilson De Carvalho Machado, ao ser ouvido na Delegacia de Polícia, relatou que *“Em síntese narrou que estava no interior do barraco abandonado, o qual é usado como fumódromo de drogas, juntamente com Véio e Baixinho, que fugiram, apenas fumando crack, quando os policiais militares chegaram. Eles saíram correndo. Foi detido, e os policiais já falaram que a droga lhe pertencia. Disse que não havia drogas no barraquinho, e não sabe onde aquelas foram encontradas.”* (fls. 06).

Em juízo, ele negou a propriedade das drogas e a traficância disse que estava no local pra buscar droga, pois é usuário de *crack*. Disse que os outros dois indivíduos estavam traficando, mas que estava ali só conversando com eles porque eram seus amigos. Asseverou já ter visto um dos policiais ali, mas nada tem contra ele e nunca havia sido abordado por ele (mídia digital 145/151)

De seu lado, os policiais militares oficiais **CESAR ALEXANDRE JULIO** e **HENRIQUE LEITE LAMARCA** e **Márcio Francisco Alves**, responsáveis pela prisão do réu e apreensão dos entorpecentes, ao serem ouvidos na Delegacia de Polícia, apresentaram depoimentos firmes e substanciais, confirmando os fatos exatamente como narrados na denúncia, corroborando a prova acusatória (fls. 03/ e 04).

Em juízo, o policial **CÉSAR ALEXANDRE** reiterou o quanto narrado em solo policial, oportunidade em que relatou que relatou que

estava em patrulhamento com a ROCAM, pela zona sul, local conhecido como ponto contumaz da prática de tráfico de drogas. Chegando ao local, surpreenderam três indivíduos, dois com sacolas em mãos e o terceiro com uma pochete. Ao notar a aproximação das motocicletas, dois indivíduos se evadiram sentido a uma mata, já estratégico para empreenderem fuga das viaturas policiais, o terceiro indivíduo tentou se esconder em uma residência abandonada, foi acompanhado e abordado. Em busca pessoal foi localizado a pochete, que trazia aproximadamente 60 (sessenta) *eppendorf* de cocaína e 30 (trinta) porções de maconha. Indagado, o réu confessou estar na prática de tráfico de drogas e confirmou estar na gerência daquele ponto, soltando a droga que seria comercializada. Diante dos fatos, o acusado foi conduzido para a CPJ. Nunca abordou o acusado, porém seu parceiro já tinha o abordado. Os outros indivíduos correram e se evadiram com as sacolas e o acusado foi preso com a pochete. A sacola não foi localizada, os indivíduos correram com ela (mídia digital – fls. 141/151).

No mesmo sentido, as falas do policial **HENRIQUE LEITE**, quem acrescentou que No memento, ele confessou que estava fazendo a traficância no local e era responsável por soltar as drogas para os demais, inclusive os outros indivíduos que correram. Foi ele que distribuiu a droga, como se fosse um gerente local. Já tinha abordado o acusado em outra biqueira, próxima ao local, mas nunca pegou ele com droga. Com o acusado, não foi apreendido dinheiro, apenas as drogas. Ele não mencionou há quanto tempo realizava essa atividade. no local (mídia digital – fls. 141/151).

Destaco que, conforme jurisprudência dominante, não há qualquer impedimento no depoimento de policiais, que é idôneo para embasar um decreto condenatório, uma vez que não armariam uma situação para incriminar inocentes, principalmente quando seus depoimentos são coerentes com as demais provas, colhido sob o crivo do contraditório, como na hipótese dos autos.

Sobre a idoneidade dos depoimentos dos agentes públicos, o E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: “...*esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes 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.*” (AgRg no AREsp 1.917.106/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 14.03.2023, DJe 17.03.2023).

Ainda: STF, ARE 1406375/SC, rel. Min. André Mendonça, j. 12.03.2023, pub. 13.03.2023; STJ, HC 814.576/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 12.04.2023, DJe 14.04.2023.

Para afastar-se suas presumidas idoneidades seria preciso constatar divergências em seus relatos ou demonstrar alguma desavença séria com o réu que os tornassem suspeitos ou capazes de prejudicar inocentes. Cabendo à Defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (HC nº 165.561/AM, rel. Min. Nélfi Cordeiro, j. em 2.2.2016). Mas disso não se cuidou aqui.

Despicienda, outrossim, a qualificação de testemunhas civis e isentas, que supostamente teriam presenciado o flagrante, uma vez que, em situações como a dos autos, tem-se enorme dificuldade em arrolar testemunhas civis, caso contrário a própria defesa teria buscado produzir tal prova.

Sabido ainda o temor que as pessoas têm em narrar o ocorrido às autoridades competentes, dado o poderio intimidador da criminalidade organizada, que, aliás, fomenta o tráfico de drogas.

Ademais, a legislação processual penal vigente não obriga a presença de testemunhas civis no momento da prisão em flagrante.

Ressalto que a quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como o modo como estavam acondicionados (**61 porções de crack – 20g**

e 30 porções de maconha – 202,9g), próprias para a venda, corroborada pela apreensão do caderno de anotações e de dinheiro trocado, além da ausência de petrechos destinados ao consumo, denota, sem dúvidas, o intuito mercantil, tornando impossível a desclassificação para a conduta do artigo 28 da lei de drogas, não sendo crível que possuísse considerável quantidade de entorpecentes para o consumo próprio. Sem comprovação escoreita da condição de usuário ou dependente químico, aliás.

Ainda que fosse comprovada a dependência química, tal não afastaria a traficância, pois é sabido que muitos passam a traficar para sustentar o próprio vício, bem narrando o acusado, ainda que informalmente, que estava no tráfico há uns cinco meses (conforme se infere do vídeo realizado quando da busca domiciliar).

E, diante da extensiva tipificação penal, não se exige qualquer ato de comércio para a incidência no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, bastando que a conduta do agente conste dentre os núcleos verbais nele referidos, no presente caso, aquele de “guardar” as substâncias entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros. Assim, ainda que não flagrado em plena *traditio*, o crime de tráfico de drogas já estava consumado da mesma forma, porquanto, se trata de delito de ação múltipla.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais: “*Ressalte-se que a configuração do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 prescinde da flagrância do ato de venda ou entrega da substância entorpecente, já que o delito é de mera conduta. Em outras palavras, não prevê e não exige eventual resultado como pressuposto para sua caracterização. Logo, basta que o agente pratique um dos verbos contidos no dispositivo legal, cuja destinação comercial é presumida pelas circunstâncias do caso concreto, causando perigo à incolumidade e à saúde pública. Por esses motivos, diante das circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante, é inegável que o recorrente, na data dos fatos, trazia consigo as*

drogas com o objetivo de comercializá-las, motivo pelo qual não comporta provimento o pleito defensivo de absolvição.” (Habeas Corpus nº 816.768-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24.04.2023).

Devemos lembrar, também, que o Magistrado ao analisar o caso e optar pela desclassificação para a figura do porte, deve se ater ao disposto no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei Antidrogas, ou seja, verificar se a droga apreendida em poder do acusado seria mesmo destinada ao seu consumo ou conforme dispõe o citado artigo: “§ 2º *Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*”.

Assim, a prova é farta e coesa, estando perfeitamente caracterizada a prática do tráfico de entorpecente, não comprovando a Defesa de forma eskorreita a tese apresentada em juízo, o que lhe cabia, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, ficando seus argumentos somente nas alegações.

Passo à dosimetria das penas.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, as bases foram fixadas no piso, quais sejam 05 anos e 500 dias- dias multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes a serem consideradas. Presente, no entanto, a circunstância atenuante da menoridade relativa, uma vez que, à época dos fatos, o réu tinha menos de 21 (vinte e um) anos, no entanto, estando a pena no mínimo legal, deixo de aplicá-la, em atenção à Súmula 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça (Súm. 231, C. STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal").

Portanto, aqui sem razão à defesa.

Na terceira fase não há incidência de causas de aumento de pena. Na mesma esteira, o réu não faz jus à benesse do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em seu poder, do que se infere não ser eventual a sua ligação com o crime, não restando suficientemente demonstrado que exercesse à época dos fatos atividade lícita que lhe garantisse o sustento. Pela inexistência de qualquer outra circunstância modificadora aplicável, foi a pena tornada pena acima definitiva.

Ademais, ele possuía passagem recente à época pela Vara da Infância e Juventude pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas ostenta anotações na Vara Especial da Infância e Juventude, pelo delito análogo ao tráfico de drogas (fls. 31/33 – processos n.º 1507952-88.2023.8.26.0344 e 1500797-35.2018.8.0344), a reforçar envolvimento com a criminalidade, circunstância que também corrobora para impedir a concessão da benesse.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem deixou de aplicar o redutor do tráfico privilegiado em razão do envolvimento do agravante com organização criminosa. 2. Para tanto, levou-se em consideração, além da grande quantidade de drogas apreendidas, as anotações pela prática do tráfico de drogas desde a menoridade - entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte, segundo a qual 'a existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006' (AgRg no AREsp 2.209.211/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta

Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/3/2023.) 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp n. 2.289.505/MG, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 3/7/2023);

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. REGISTRO ANTERIOR DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência dessa Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que registros de atos infracionais cometidos pelo réu, especialmente quando análogos ao delito de tráfico e que apresentem conexão temporal com o delito em tela, são aptos a demonstrar a dedicação do paciente a atividades criminosas e a afastar a incidência do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 2. No caso concreto, segundo informações das CAIs, os recorrentes, desde a tenra idade estão inseridos na prática de ilícitos, inclusive ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Valendo destaque, ainda, o fato de que os atos criminosos foram praticados quando tinham entre 19 e 20 anos, isto é, pouco tempo após a maioridade, estando presente o requisito da contemporaneidade. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp n. 2.055.219/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 5/6/2023).

Esses elementos acima expostos mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez que denotadora de que, para ter acesso a tamanha quantidade de entorpecentes, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância.

Não há se confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, de acordo com o intuito do legislador, o que não

é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 5ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação nº 1504103-60.2022.8.26.0533, em 17.03.2023:

“... No último instante do procedimento individualizatório cumpre consignar que a redução hoje admitida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não se mostrava mesmo viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente 'não se dedique às atividades criminosas'. Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A intelecção útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

No âmbito da Colenda Terceira Câmara Criminal, registrou o preclaro DES. LUIZ ANTONIO CARDOSO por ocasião do

julgamento da Apelação Criminal nº 0036916- 89.2011.8.26.0050 (Comarca da Capital, j. em 30 de julho de 2013), que 'essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder'...".

Nesse ponto, veja-se que a Lei de Drogas faculta (grifo nosso) ao magistrado – sem obrigar – a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E no caso não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade de drogas apreendidas, fatores já mencionados.

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender, negociar e transportar drogas em qualquer lugar, o acusado deveria necessariamente estar inserido na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, “livre concorrência” na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas – controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento – não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso).

Enfim, havendo indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Sopesada exclusivamente a quantidade de pena imposta, foi fixado o regime semiaberto para o cumprimento da pena, o que está de acordo com o artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal, nada mais podendo almejar a Defesa.

Não há se falar em detração penal, conforme previsto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.736, de 2012, uma vez que o Juiz das execuções penais ainda é competente para decidir sobre essa questão, com a avaliação dos requisitos objetivo e subjetivo, nos termos do artigo 66 da Lei de Execução Penal.

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou “sursis”, porque não recomendáveis e porque os requisitos legais não se veem como satisfeitos (artigos 44 e 77 do Código Penal), dado o montante da pena aplicada, superior a quatro anos, o que afasta a aplicação de tais benesses.

Diante do exposto, **REJEITADAS** as preliminares, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, mantida a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Providencie a Secretaria a imediata comunicação do resultado do julgamento ao Juízo da Execução, conforme Portaria nº 05/2016 deste Tribunal.

IVANA DAVID
Relatora