



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323037

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500736-21.2023.8.26.0621, da Comarca de Lorena, em que é apelante FLAVIO MARTINS DA SILVA, 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: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pela acusação para estabelecer o regime inicial fechado para o cumprimento das penas, mantida, no mais, a r. sentença guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Após o trânsito em julgado definitivo da sentença, expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu. 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) E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500736-21.2023.8.26.0621

Apelante: Ministério Público

Apelado: Flávio Martins da Silva

Comarca: Vara Criminal da Comarca de Lorena - SP

MM. Juiz de Direito Dr. Daniel Otero Pereira da Costa

Voto nº 6704

Tráfico de drogas – Sentença condenatória – Recurso ministerial pleiteando exasperação da pena basilar e fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena corporal – Parcial acolhimento - Dosimetria - Primeira Fase - Pena-base fixada no patamar mínimo legal que deve ser mantida – Segunda Fase – Presente a atenuante da confissão espontânea a reprimenda permaneceu no patamar fixado na primeira etapa em obediência à Súmula 231 do STJ - Terceira Fase - Afastamento na origem do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 – Circunstâncias do delito e bem como cometimento de atos infracionais, inclusive por delito análogo ao crime de tráfico de drogas, que demonstra que o réu se dedicava à atividade criminosa, em especial ao tráfico de substâncias ilícitas, indicando habitualidade – Regime fechado – Possibilidade - Gravidade concreta do delito e personalidade do réu voltada ao exercício de atividades criminosas - Inviabilidade, pelas mesmas razões, da substituição da pena privativa por restritiva de direitos – Recurso ministerial parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo

Ministério Público contra a r. sentença de fls. 162/164, que julgou procedente a ação e o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, fixados unitariamente no mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

O **Ministério Público**, inconformado, pleiteia i) o aumento da pena basilar, bem como ii) a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena corporal.

A apelação interposta pela defesa a fls. 194/199 não foi recebida pelo magistrado de piso por ser intempestiva (fls.202), de modo que esta relatoria analisará, tão somente, as razões apresentadas pelo i. “parquet”.

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 210/212).

Após, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 171/185)

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É O RELATÓRIO.

Flávio Martins da Silva foi processado e condenado à pena já mencionada porque, nas condições de tempo e local

descritas na exordial acusatória: *“trazia consigo e guardava, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, e para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 15 porções de maconha, com peso líquido de 21 gramas, substância esta entorpecente que causa dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 12, laudo de constatação de fls. 65/67, bem como laudo definitivo a ser anexado aos autos.*

Segundo consta, o denunciado era alvo de investigações pretéritas pela Polícia Civil por conta de informações de que praticava comércio de entorpecentes em sua residência (fls. 21).

Neste contexto, em posse de ordem busca e apreensão (fls. 45/50, autos número 1500973-76.2023.8.26.0323, da Vara Criminal de Lorena), os agentes da polícia civil, na data dos fatos, dirigiram-se para o endereço do denunciado.

Com efeito, assim que percebeu a chegada dos agentes da lei, o acusado, que estava na parte de fora da residência, evadiu-se rapidamente para o interior do imóvel, instante em que lançou no telhado uma sacola plástica.

Recuperada, no interior da sacola lançada foram

encontradas 14 porções de maconha.

Prosseguindo as buscas, a Polícia Civil ainda encontrou, em uma mesa da garagem, outra porção da mesma droga, com igual embalagem, bem como no quarto do acusado, em uma cômoda, o montante de R\$ 432,00.

Considerando as circunstâncias da prisão, notadamente as investigações anteriores, a quantidade de drogas apreendidas, bem como o montante encontrado, é forçoso convir que, efetivamente, o entorpecente apreendido destinava-se a entrega e fornecimento a consumo de terceiros.” – Fls. 93/96

Inicialmente, observo que a insurgência ministerial objetiva (i) a majoração da pena basilar e a (ii) fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Não mais se discute, portanto, a materialidade (demonstrada pelos documentos acostados aos autos e prova oral) e autoria delitivas, que restaram bem comprovadas nos autos.

Ademais, não há qualquer insurgência da defesa quanto à condenação do réu ou dosimetria das penas.

Vê-se, então que a prova é farta quanto materialidade e autoria, sendo de rigor o decreto de procedência da ação.

Assim, passo à análise das penas impostas ao acusado que merecem reparos.

Senão vejamos.

Na primeira fase, atento às diretrizes dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11343/06, o juízo a quo fixou as penas basilares no patamar mínimo legal, ou seja, **05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

Pleiteia, contudo, o Ministério Público, a aumento da pena basilar em razão de o réu ostentar passagens pela Vara da Infância pelo cometimento de atos infracionais.

Não se desconhece que o acusado ostenta condenações perante o Juízo da Infância e Juventude.

Contudo, a prática de atos infracionais não é circunstância hábil a configuração dos maus antecedentes, nem pode ser valorada como outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, conforme entendimento reiterado do C. Superior Tribunal de Justiça:

***"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL.
LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE.
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CONDUTA
SOCIAL. USUÁRIO DE DROGAS. ARGUMENTO***

INADEQUADO. PERSONALIDADE. PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA. IMPROPRIEDADE. MOTIVO DO CRIME. APROPRIAÇÃO DE BENS. DELITO PATRIMONIAL. ARGUMENTO INADEQUADO. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. *Conforme entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o réu ser usuário de droga, por si só, não justifica a valoração negativa de sua conduta social e o consequente aumento da pena-base. 2. Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância. 3. (...) Precedentes. 7.*

Recurso especial provido em parte." ([REsp 1702051/SP](#), Rel.

Ministra Nome, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

" Atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social . Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais , pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância" (STJ. 5a Turma. [HC 499987/SP](#), julgado em 30/05/2019) (g.n.).

Daí não se poder considerar o passado infracional do acusado para majoração da pena-base.

A respeito, pacífico é o posicionamento jurisprudencial dessa 4a Câmara de Direito Criminal:

"APELAÇÕES. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. Aplicação da fração máxima do redutor Impossibilidade. RECURSO MINISTERIAL. Exasperação da pena- base pelos atos infracionais do acusado, valorando-

se negativamente em sua personalidade. Inviabilidade. Fundamento, porém, aceito para afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 Precedente STJ. Acusado que se encontrava diretamente envolvido com a traficância. Regime fechado mantido. Recurso defensivo desprovido e ministerial parcialmente provido" (Apelação Criminal 1500139-88.2019.8.26.0622; Rel. Edison Brandão; j. em 14/04/2020 - grifei).

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. Recurso defensivo. Pretendida absolvição. Impossibilidade. Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos. Quantidade e variedade de entorpecentes, somados às circunstâncias da apreensão, que evidenciam a destinação à mercancia. Validade dos depoimentos dos policiais. Condenação bem decretada. Pena-base. Ante o provimento do recurso ministerial no ponto, faz-se necessária a redução da sanção, na segunda etapa, pela menoridade relativa do réu. Impossibilidade de aplicação do redutor inculcado no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Conjunto probatório que revela

dedicação do acusado às atividades criminosas. Atos infracionais que, malgrado não se prestem para recrudescer a básica, podem ser invocados para obstar a aludida minorante. Precedente. Substituição da pena corpórea defesa Inteligência do art. 44, I, do CP. Recurso parcialmente provido. Recurso ministerial. Aumento da pena-base. Acolhimento. Quantidade e natureza das drogas que deve ser sopesada. Inteligência do art. 42 da Lei 11.343/06. Fixação de regime inicial fechado. Necessidade. Gravidade em concreto dos fatos que justifica a imposição do regime mais gravoso. Mais de 1,0kg de entorpecentes, entre cocaína e maconha, com aptidão para atingir milhares de usuários. Perdimento dos bens e valores apreendidos já determinado na origem, nos termos do art. 63 da Lei de Drogas. Recurso parcialmente provido" (Apelação Criminal 1510815-16.2019.8.26.0228; Rel. Camilo Léllis; 4a Câmara de Direito Criminal; j. em 04/02/2020 - grifei).

Na segunda fase, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea, as penas se mantiveram no patamar fixado na primeira etapa, em obediência à Súmula 231 do S.T.J.

Na terceira fase, como bem consignado na r. sentença, inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

Registre-se que o artigo em comento versa sobre a figura do “tráfico privilegiado”, também conhecida como “traficância menor” ou “traficância 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.

Assim sendo, a causa de diminuição constante no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 deve ser 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.

Logo, em que pese não ser o réu reincidente, há evidências de que o acusado esteja envolvido com organização criminosa, pois surpreendido em local conhecido como ponto de vendas de drogas e guardava considerável quantidade de droga individualizada (15 porções de maconha), para venda a terceiros. Ademais, o acusado

tinha consigo considerável quantia de R\$434,00, não conseguindo explicar, de maneira convincente a origem do dinheiro, tudo a confirmar que já havia vendido importante quantidade de entorpecente quando foi surpreendido e detido pelos policiais.

Tem-se, portanto, independentemente de qualquer outra circunstância probatória, o contexto apontado já evidencia a figura do traficante habitual, o que, por si só, já obsta no caso concreto a concessão do beneplácito do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, cujos requisitos são cumulativos.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

“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, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 16/12/2021).

No mais, o acusado ostenta registro pretérito de

diversas passagens pela Vara da Infância e Juventude, por crime de roubo e por tráfico de drogas (fls.21/22), circunstâncias indicativas de sua propensão a atividades criminosas e, por tal, incompatível com a benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Nessa mesma linha, firme o entendimento adotado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

“Esta Corte Superior de Justiça tem, reiteradamente, decidido, por ambas as Turmas, que atos infracionais praticados pelo agente quando adolescente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar, na análise do caso concreto, dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes também do Supremo Tribunal Federal”. (AgRg no HC 632654/SP, Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 15/06/2021).

Logo, no presente caso, dadas a particularidades expostas, inaplicável a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

Assim, a reprimenda resta definitivamente fixada em

05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, requer o Ministério Público, com razão, a fixação do regime fechado.

Com efeito, o regime inicial fechado se erige o mais justo e proporcional ao caso, considerada a gravidade concreta do delito ponderada com a personalidade do réu voltada ao exercício de atividades criminosas, considerando, ainda, ser medida de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo proporções sem precedentes, merecendo, assim, a conduta do acusado maior repressão por parte do Estado.

No mais, pelas mesmas razões, incabível a substituição da pena de corporal por restritiva de direitos, pois ausentes os requisitos legais previstos no artigo 44 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, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto pela acusação para estabelecer o regime inicial **fechado** para o cumprimento das penas, mantida, no mais,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a r. sentença guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

*Após o trânsito em julgado definitivo da sentença,
expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu.*

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora