



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323040

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500844-50.2024.8.26.0545, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DAVISON ROQUE DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL para reconhecer a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, bem como para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, readequando-se a reprimenda do réu Davison Roque da Silva para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, afastando-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 1500844-50.2024.8.26.0545

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Davison Roque da Silva Comarca: Bragança Paulista

MM. Juiz de Direito Dr.(a). Guilherme Moretti

Voto nº 6927

Julgamento Virtual.

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Recurso ministerial visando a reformulação da dosimetria e do regime da pena – Condenação bem lançada - Prova testemunhal coerente e sem desmentido – Condenação mantida – Dosimetria – Primeira fase – Pena-base fixada no mínimo legal – Segunda fase – Reconhecida a atenuante da menoridade relativa, sem alteração da reprimenda – Súmula 231 do STJ - Terceira fase – Pleito ministerial de aplicação da causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06 – Possibilidade – Traficância realizada nas proximidades de entidades educacionais, elencados no referido dispositivo legal – Majorante de natureza objetiva – Afastamento do reconhecimento do tráfico privilegiado – Réu que demonstrou se dedicar ao comércio espúrio de drogas de forma habitual – Ato infracional pretérito análogo ao crime de tráfico - Expressiva quantidade e variedade de entorpecentes de natureza altamente nociva – Antecedente pretérito por tráfico de drogas - Não preenchidos os requisitos para concessão do redutor – Modificado o regime inicial de cumprimento da pena corporal para o fechado, mais justo e proporcional ao caso – Afastada a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos – Recurso Ministerial provido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo
Apelação Criminal nº 1500844-50.2024.8.26.0545 -Voto nº 6927

Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 133/139, que julgou procedente a ação e condenou **Davison Roque da Silva** à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 250 dias-multa, no piso, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por infração ao artigo 33, §4º, da Lei nº11.343/06.

Irresignado, apela o *Parquet*, pleiteando o afastamento da causa de redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 e a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena. (fls. 146/158)

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 175/188), após o que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso. (fls. 202/210)

É o relatório.

Davison Roque da Silva foi processado e condenado à pena já mencionada porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: “*agindo de forma livre, consciente e voluntária, guardava e trazia consigo, drogas, sem autorização ou em*

desacordo com determinação legal ou regulamentar, a saber, 28 (vinte e oito) pedras de crack, pesando 8.38g, 23 (vinte e três) papelotes de cocaína, pesando 15.85g e 01 (um) porção de maconha, pesando de 13.1g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (vide auto de exibição e apreensão de fls. 11 e laudo de constatação de substância entorpecente de fls. 12/13), além de R\$225,00 (duzentos e vinte e cinco reais) em notas trocadas.

Segundo apurado, na data e local dos fatos, os policiais William e Dayane abordaram, durante patrulhamento, um indivíduo que caminhava pela via e havia mudado de sentido ao perceber a presença da equipe.

Em busca pessoal, o policial o indagou se havia algo de ilícito e Davison disse que tinha droga. Foi encontrado com o investigado um maço de cigarros, que continha em seu interior 23 (vinte e três) papelotes de cocaína e no bolso de sua calça, havia 28 (vinte e oito) pedras de crack e 01 (uma) porção de maconha.

Como o denunciado usava uma bermuda por baixo da calça, foi encontrado no bolso dessa peça o valor de R\$225,00 (duzentos e vinte e cinco reais em notas trocadas). Davison admitiu

informalmente aos policiais que estava traficando e foi dada voz de prisão.

Diante do exposto, DENUNCIO DAVISON ROQUE DA SILVA, por incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 e requeiro que seja citado para comparecer a interrogatório e, enfim, para se ver processado até final julgamento, sendo condenado nas penas da lei, ouvindo-se, oportunamente, as testemunhas abaixo arroladas, observado o disposto nos artigos 48 e seguintes da Lei de Drogas. Requer-se, outrossim, a decretação do perdimento definitivo dos valores apreendidos, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/2006.” (fls. 01/02)

A exordial acusatória foi aditada nos seguintes termos:

“MM. Juiz: Tendo em vista a juntada do laudo pericial do local do fato, dando conta que o ponto utilizado pelo réu para a prática do crime de tráfico de entorpecentes fica a 210 metros da Escola Municipal Professora Maria Erci Ramos Valle (fls.68/71), locais tidos pelo legislador pátrio como de alto risco, pois potencializam os efeitos nocivos à saúde em razão do consumo de estupefacientes, seja

em razão da grande concentração de pessoas ou pela vulnerabilidade dos potenciais compradores das drogas, conduta descrita pelo inciso III, do artigo 40, da Lei n. 11.343/06, ADITO a denúncia, com fulcro no artigo 384 do Código de Processo Penal, passando a constar o réu DAVISON ROQUE DA SILVA como incurso nas penas do artigo 33, caput, c.c. artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06.” (fl.97)

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

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

A materialidade do delito foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 04), boletim de ocorrência (fls. 10/12), auto de exibição e apreensão (fls.14), auto de constatação preliminar (fls. 15/16), fotografia das drogas e do dinheiro apreendidos (fls.24), comprovante de depósito bancário (fl.49), laudos toxicológicos definitivos (fls.59/61, 62/64 e 65/67), laudo pericial no local dos fatos (fls. 69/71), bem como pela prova oral.

No que tange à responsabilidade criminal do

sentenciado, tem-se que sua condenação se mostrou correta e indiscutível.

Na fase inquisitorial, o réu optou por resguardar o silêncio.

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, admitiu a posse dos entorpecentes, alegando que eram para uso próprio.

Considerando-se que bem compilada a prova oral produzida nos autos, transcreve-se o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pela D. Magistrada sentenciante, que fica adotado:

“Em juízo, a testemunha DAYANE RIBEIRO PONTES, policial militar, relatou que em patrulhamento de rotina e ao visualizar o acusado, este teria tentado fugir. Então, ela e seu parceiro decidiram abordá-lo, momento que encontraram diversas porções de drogas em suas vestes, além de certa quantia em dinheiro. Relatou que o acusado teria assumido que o entorpecente apreendido era destinado a traficância.” (fl.134)

“Em juízo, a testemunha WILLIAM FREITAS VIEIRA, também policial militar, disse ratificou o relato trazido por sua colega de farda, acrescentando que o acusado tentou empreender fuga

quando avistou a viatura policial. Confirmou que toda droga apreendida estava nas vestes do acusado.” (fl.135)

Para melhor compreensão dos fatos, importante destacar os depoimentos dos policiais na fase inquisitiva:

A Policial Militar DAYANE RIBEIRO PONTES disse que: *“estávamos em patrulhamento pelo bairro Henedina Cortez, conforme cartão de prioridade de patrulhamento quando avistamos um indivíduo caminhando pela via, o qual, ao perceber a equipe, mudou o rumo de direção, sendo efetuada a abordagem. Quando meu parceiro foi fazer a busca pessoal, indagou se tinha algo de ilícito e o mesmo disse que tinha droga. Durante a busca pessoal, o policial Freitas localizou na calça, um maço de cigarro e em seu interior foram localizados vinte e três papéletes de cocaína. Ainda no bolso da calça, encontrou vinte e oito pedras de crack e uma porção de maconha. Como ele estava com uma bermuda embaixo da calça, no bolso dessa peça foi encontrado o valor de duzentos e vinte e cinco reais em notas trocadas. O indivíduo foi identificado Davison Roque da Silva e indagado, confessou que estava no tráfico. Foi dada voz de prisão e usada algemas por receio de fuga, sendo trazido para este plantão policial.”* (fl.06)

E, por seu turno, o policial militar WILLIAM FREITAS VIEIRA disse que: *“estou em serviço na noite de hoje com a policial Pontes. Realizávamos patrulhamento pelo bairro Henedina Cortez, e percebemos que um indivíduo mudou o rumo de direção que caminhava assim que avistou nossa viatura e foi abordado. Perguntei se ele portava algo de ilícito, tendo respondido que estava com drogas. Procedi a revista pessoal e no bolso da calça, encontrei um maço de cigarro contendo em seu interior vinte e três papелotes de cocaína. Ainda no bolso da calça, localizei mais vinte e oito pedras de crack e uma porção de maconha. O indivíduo usava uma bermuda sob a calça e no bolso dessa peça encontrei duzentos e vinte e cinco reais em dinheiro, em notas trocadas. Ele foi identificado como Davison Roque da Silva e confessou que estava traficando, sendo dada voz de prisão e conduzido a esta unidade policial. Foi feito uso de algemas por receio de fuga.”* (fl.07)

“Em seu interrogatório judicial, o acusado afirmou que é usuário de drogas e que todo entorpecente apreendido era destinado ao seu uso próprio. Relatou que havia comprado as drogas há pouco tempo e que o dinheiro apreendido era fruto de seu trabalho.” (fl.135)

Pois bem.

A mendaz versão do réu, no sentido de ser apenas usuário, restou isolada nos autos e não encontra respaldo nas demais provas coligidas.

Com efeito, os policiais Dayane e William, em ambas as fases da persecução penal, relataram, em linhas gerais, que estavam em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, ocasião em que, ao avistar a viatura, o réu tentou fugir, razão pela qual resolveram pela abordagem. Submetido a revista pessoal, com o apelado foram encontradas diversas porções de drogas nas vestes dele, além da quantia em dinheiro apreendida. Relataram, ainda, que o acusado admitiu que os entorpecentes apreendidos eram destinados à traficância.” (fl.134)

Não se pode olvidar que os depoimentos dos policiais merecem inteira acolhida, já que prestaram depoimentos uniformes e harmônicos quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos, até porque eles não conheciam o apelado e não tinham motivo algum para incriminá-lo.

Ademais, nada há nos autos que, mesmo superficialmente, coloque em dúvida as suas falas, tampouco a lisura do

trabalho por eles realizado, uma vez que harmônico e sintonizado com os depoimentos prestados na fase inquisitiva.

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

“o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos — especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO)

“[...] Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.” (HC 436.168/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

O fato de o apelante **DAVISON** não ter sido

surpreendido praticando a mercancia, não o beneficia, uma vez que foi fartamente demonstrado que ele tinha na sua posse considerável quantidade de entorpecentes, de natureza variada, o que é suficiente para configuração do crime de tráfico de entorpecentes, delito de conteúdo variado ou misto alternativo, de modo que qualquer das condutas descritas no dispositivo o tipifica.

In casu, ficou bem demonstrado o fim mercantil dos entorpecentes, eis que, consoante auto de exibição e apreensão (fls. 14), foram apreendidos em poder do réu, **28 (vinte e oito) pedras de crack, pesando 8.38g, 23 (vinte e três) papелotes de cocaína, pesando 15.85g e 01 (um) porção de maconha, pesando de 13.1g, além de R\$255,00** (duzentos e cinquenta e cinco reais), constatada a natureza ilícita das substâncias altamente nocivas pelos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 59/61, 62/64 e 65/67), **diversidade de entorpecentes apreendidos que denotam atendimento a “público” variado, evidenciando-se a traficância também pela forma de acondicionamento das drogas, além do comportamento do increpado, como devidamente salientado pelas testemunhas de acusação.**

Anote-se, ainda, que a eventual condição de usuário

de drogas não afasta a responsabilidade do apelante pela conduta prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06, mormente porque é comum, e, mesmo corriqueiro, que uma mesma pessoa seja, ao mesmo tempo, traficante e usuário.

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

“(...) muito embora o acusado tente se apresentar como mero usuário, é sabido que nada impede que possam coexistir, numa mesma pessoa, as duas figuras - usuário e traficante - daí, pois, ainda que no caso focado o agente seja usuário, restou demonstrado que o mesmo praticava conduta dirigida para a vontade de traficar ilicitamente substância entorpecente. A rigor, o crime de tráfico de entorpecentes não exige para a sua configuração a venda da substância tóxica a terceiros. A ratio legis pretende antecipar a proteção ao bem jurídico saúde pública, não exigindo a ocorrência de um dano concreto, mas tão somente uma situação onde: ocorra perigo à saúde de um grupo indeterminado de pessoas.” (STJ - REsp 1708569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, data de publicação: 06.03.2018)

Nesse seguro conjunto probatório, a condenação do réu, pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, é mesmo de rigor, não

havendo em que se falar, no entendimento desta Relatoria, em análise de pleitos formulados pela defesa em contrarrazões recursais.

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta, que comporta reparo, nos termos pedidos pelo Ministério Público em razões recursais.

Na primeira fase, a despeito da quantidade e variedade de drogas e considerando-se favoráveis as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, a pena base foi fixada no mínimo legal, 05 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, com o que se conformou a acusação.

Na segunda fase, ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade relativa, a reprimenda **restou como fixada na etapa anterior, eis que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231).**

Na terceira fase, nos termos do recurso ministerial deve ser reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06.

No ponto, respeitado o entendimento do D. Juízo a

quo, o laudo pericial produzido no local dos fatos (fls. 67/71) comprovou que a traficância era realizada a aproximadamente 210 metros da Escola Municipal Professora Maria Erci Ramos Valle e a 310 metros da Escola Estadual Prof. João Ernesto Vanni, locais sedes de entidades estudantis, a denotar que o local escolhido pelo apelado para exercer a traficância facilita a difusão em massa do entorpecente.

Pese embora o respeitável entendimento do d. Magistrado sentenciante, o qual considerou o afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, uma vez em que o flagrante teria ocorrido por volta da 00h52min, é de se destacar que o artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006 prevê a causa de aumento quando o tráfico ocorre nas proximidades de estabelecimentos de ensino, sem fazer menção ao horário de funcionamento. Deveras, a norma busca proteger a integridade do ambiente educacional de forma ampla, independentemente de a instituição estar ativa no momento da prisão em flagrante, portanto é de rigor a aplicação da causa de aumento, conforme postulado pelo Ministério Público.

Ademais, é despicienda a comprovação da direta comercialização de entorpecentes com os respectivos frequentadores desses locais, bastando a mera proximidade da mercancia ilícita com

estabelecimentos como os da espécie, para a caracterização da referida causa de aumento, que é de natureza objetiva.

No ponto, o C. STJ:

“Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial. Precedentes” (STJ, AgRg no HC 488.403/SP, j. 19/03/2019).

Ademais, em caso análogo, já se decidiu nesta C. 4ª Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas (art. 33, caput e §4º, da Lei nº 11.343/06) – Pretendida a desclassificação para porte para uso próprio (art. 28 do Codex) – Inadmissibilidade – (...) – Afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 – Inviabilidade – Majorante de caráter objetivo, bastando que o delito seja praticado nas imediações dos estabelecimentos elencados no tipo, o que restou suficientemente

comprovado nos autos — Precedentes — Regime aberto e substituição mantidas — Recurso desprovido.” (Apelação Criminal 1500052-61.2021.8.26.0623; Relator (a): Camilo Léllis; Data do Julgamento: 25/05/2022)

Por tais razões, majoram-se as penas em **1/6**, fixando-se em 5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.

Ainda nesta etapa, nos termos do recurso do *Parquet*, deve ser afastada a aplicação do redutor legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reconhecido na origem.

Com efeito, restou devidamente comprovado que o réu se dedicava à traficância, o que impede a aplicação da causa de diminuição da pena contemplada no § 4º do artigo 33 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 possui um caráter excepcional, quando constatado não haver dúvidas de que o agente praticou o ato de modo não contumaz e habitual.

Ainda que não conste em sua folha de antecedentes condenações definitivas por crime diverso, não faz jus ao benefício aquele que faz do tráfico de drogas um meio de vida.

In casu, a despeito de ser primário, quando adolescente, o apelado respondeu a procedimento por ato infracional análogo ao tráfico de drogas (processos nº 1502179-26.2020.8.26.0099 – fls. 31), ocorrido, inclusive, no mesmo local dos fatos apurados nestes autos, conforme muito bem destacado pela e. Procuradoria de Justiça:

*“Além disso, **desde sua menoridade** o réu se dedica à **tráfico**, conforme certidão de fls.31, sendo o crime perpetrado **na mesma rua e na mesma cidade do presente, ou seja: Bragança Paulista**. Vide abaixo trecho da representação em face do réu na Vara da Infância e da denúncia do presente, com grifo nosso. Segundo a jurisprudência, tal ensejaria o afastamento da causa de diminuição*

prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06.

'Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 18 de junho de 2024, às 00h52, em uma via pública localizada na Rua Manoel André Barros, 222, Residencial Hípica Jaguari, na cidade e Comarca de Bragança Paulista – SP, DAVISON ROQUE DA SILVA...'

'O Representante do Ministério Público que a presente subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, oferecer REPRESENTAÇÃO e propor a instauração de procedimento para apuração de ato infracional e aplicação de medida socioeducativa que se afigure amais adequada, dentre as previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), ao adolescente DAVISON ROQUE DA SILVA, qualificado nos autos, pelos motivos que seguem: Consta do incluso expediente que, no dia 05 de junho de 2020, por volta das 9h, na Rua Manoel André Barros, nº 196, nesta Cidade e Comarca de Bragança Paulista – SP, o adolescente guardava e trazia consigo, para entrega ou fornecimento de qualquer forma à consumo, 48 (quarenta e oito) porções de maconha, pesando aproximadamente 62g (sessenta e duas gramas), 21 (vinte e um)

papelotes contendo cocaína, pesando aproximadamente 20g (vinte gramas), 45 (quarenta e cinco) pedras de crack, pesando aproximadamente 9g (nove gramas), sem autorização legal e em desacordo com determinação legal e regulamentar.”

A propósito, o C. STJ:

“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) (g.n.)

Demais disso, em que pese não ser o réu reincidente, não teria mesmo direito à redução, tendo em vista a significativa quantidade e diversidade de drogas apreendidas, de nefasta natureza, 28 (vinte e oito) pedras de crack, pesando 8.38g, 23 (vinte e três) papелotes de cocaína, pesando 15.85g e 01 (um) porção de maconha, pesando de 13.1g, bem como as circunstâncias do caso concreto – estarem as drogas devidamente acondicionadas para a mercancia, além da apreensão de R\$ 255,00 em notas diversas – apontam que ele está envolvido com organização que realiza o tráfico de drogas, fazendo de tal prática atividade habitual, pois tal quantidade de entorpecente não seria a ele confiada se não estivesse inserido no esquema criminoso.

Destaca-se, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação do índice de redução ou até mesmo impedir a sua aplicação da causa de diminuição de pena. (AgRg no HC 562.200/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020).

Como se não bastasse, o acusado ostenta antecedente pretérito por tráfico de drogas (processo n.º

1500495-81.2023 - fls. 78/79), circunstância indicativa de sua propensão a atividades criminosas e, por tal, incompatível com a benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

A propósito:

“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).

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.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, a despeito da primariedade do réu, e do montante da pena imposta, nos termos do recurso ministerial é, de fato, necessária a fixação do regime inicial **FECHADO** para o cumprimento da pena, salientando-se, que o tráfico

de entorpecentes é equiparado aos crimes hediondos, o que demonstra a necessidade de atuação mais ostensiva do Estado na fixação do regime inicial para cumprimento da reprimenda. Não se podendo olvidar que o crime praticado envolveu **cocaína**, substância com elevadíssimo poder de viciar seus usuários, acarretando, por isso, maior dano à saúde pública, tornando-o merecedor, portanto, da fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena que lhe foi imposta, não havendo que se falar em ofensa às súmulas nº 440 do STJ, e nº 718 e 719 do C. STF.

Derradeiramente, consideradas as circunstâncias que motivaram o redimensionamento da reprimenda do réu, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se mostra incabível no caso dos autos (art. 44, I, do CP), sendo incabível também a suspensão condicional da pena (art. 77, do CP), uma vez que não preenchidos os requisitos exigidos em lei.

Em situações assemelhadas já se decidiu nesta C. 4ª Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO — Tráfico de drogas — Recurso ministerial — Materialidade e autoria delitiva incontestes —

Insurgência para redimensionamento das penas impostas – Redutor de pena afastado – Dedicção ao comércio espúrio de drogas de forma habitual – Demonstração de rotina de proceder – Regime fechado de rigor – Substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos incabível, por expressa vedação legal – Recurso provido.” (Apelação Criminal 1502329-67.2023.8.26.0530; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 15/03/2024)

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, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL** para reconhecer a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, bem como para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, readequando-se a reprimenda do réu Davison Roque da Silva para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, afastando-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de direitos, mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora