



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000327041

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500215-09.2024.8.26.0341, da Comarca de Maracaí, em que é apelante ADAO ANTONIO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo, integralmente, a respeitável sentença de primeiro grau. V.U."**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), AIRTON VIEIRA E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

TOLOZA NETO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500215-09.2024.8.26.0341

Apelante: **ADÃO ANTÔNIO DA SILVA**

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Juízo de Direito da Comarca de Maracaí – SP

Voto nº 49.133

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONCURSO MATERIAL. CONFISSÃO DO APELANTE EM JUÍZO QUANTO A AMBOS OS DELITOS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSE DE ARMA DE FOGO QUE NÃO CONSTITUIU CRIME-MEIO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE ELEVADA PELA R. SENTENÇA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INADMISSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REPRIMENDA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Apelante condenado à pena de (i) 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 520 dias-multa, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, por ter em depósito, para fins de tráfico, 2.152 porções de “crack”, com peso bruto aproximado de 778,80g, além de 80 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 30,46g, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar; e (ii) 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso no artigo 16, “caput”, da Lei nº 10.826/03, por possuir arma de fogo, consistente em uma pistola, marca Taurus, calibre nominal 9mm, de uso restrito, além de 27 munições, marca ignorada, íntegras e compatíveis com o armamento, também sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2. Recurso defensivo: (i) no tocante ao delito de posse ilegal de arma de fogo, a aplicação do princípio da consunção e sua condenação unicamente pelo crime-fim; quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, (ii) a concessão, na fração máxima legal, do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e (iii) o abrandamento do regime prisional imposto.

3. O princípio da consunção incide nas hipóteses de (a) crime progressivo; (b) progressão criminosa; (c) “antefactum” impunível; ou “postfactum” impunível. No caso em apreço, não se vislumbra nenhuma das quatro hipóteses autorizadoras do reconhecimento do referido princípio, especialmente porque o crime de posse ilegal de arma de fogo não constituiu meio nem se exauriu no tráfico de drogas (STJ. AgRg no HC n. 676.665/SC).
4. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas é circunstância que justifica a exasperação da pena-base, devido à maior exposição a risco do bem jurídico protegido, nos termos do art. 42, Lei nº 11.343/06 e da jurisprudência pátria (STJ. REsp n. 1.887.511/SP; AgRg no HC n. 694.438/PR; HC n. 539.623/SP).
5. O reconhecimento do tráfico privilegiado está condicionado à primariedade e aos bons antecedentes do agente e à inexistência de indicativos de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Embora o apelante seja tecnicamente primário, ele ostenta antecedentes criminais e há indícios de sua dedicação a atividades criminosas, especialmente em razão da existência de denúncias anônimas em seu desfavor.
6. O regime inicial fechado é o mais adequado diante do quantum da pena imposta.
7. Recurso desprovido.

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Zander Barbosa Dalcin, que condenou **Adão Antônio da Silva** às seguintes penas e em concurso material de infrações (artigo 69, “caput”, do Código Penal):

i) 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, por ter em depósito, para fins de tráfico, 2.152 (duas mil, cento e cinquenta e duas) porções de “crack”, com peso bruto aproximado de 778,80g, além de 80 (oitenta) porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 30,46g, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar; e

ii) 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, calculados no mínimo

legal, como incurso no artigo 16, “caput”, da Lei nº 10.826/03, por possuir arma de fogo, consistente em uma pistola, marca Taurus, calibre nominal 9mm, de uso restrito, além de 27 (vinte e sete) munições, marca ignorada, íntegras e compatíveis com o armamento, também sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O apelante, em razões de recurso, requer, no tocante ao delito de posse ilegal de arma de fogo, alegando constituir um crime-meio para o tráfico de drogas, a aplicação do princípio da consunção e sua condenação unicamente pelo crime-fim, apontando a ocorrência de “*bis in idem*”. Já quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, almeja a concessão, na fração máxima legal, do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. No mais, pleiteia o abrandamento do regime prisional imposto.

Em contrarrazões, o Ministério Público requer o desprovimento do recurso.

No mesmo sentido, manifestou-se o Procurador de Justiça, opinando pelo não provimento do apelo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

A materialidade dos crimes está provada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 01/92, pelo boletim de ocorrência de fls. 11/15, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 18/19, pelo laudo de constatação provisória de substâncias entorpecentes de fls. 22/25, pelas fotografias de fls. 39/43, pelo termo de autorização de entrada em residência de fls. 44, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 88/90, pelo auto de incineração de substância de fls. 107, pelo laudo de exame pericial em arma e fogo e munições de fls. 109/116, complementado às fls. 236/237, bem como pela prova oral colhida.

Igualmente, a autoria delitiva, ficou suficientemente comprovada nos autos, inclusive com a confissão do apelante, razão pela qual deixo de proceder à análise dos depoimentos colhidos.

A insurgência defensiva limita-se **(i)** à possibilidade de o crime de posse ilegal de arma de fogo ser absorvido pelo de tráfico de drogas; **(ii)** à aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; e **(iii)** ao regime prisional imposto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, o que será analisado a seguir.

Impossível a aplicação do princípio da consunção, para que o crime previsto no artigo 16, “caput”, da Lei nº 10.826/03 seja absorvido pelo tráfico de drogas, tal como pleiteado pela Defesa do apelante.

O princípio é aplicável às hipóteses em que há uma relação de continência entre dois tipos penais, isto é, quando o crime tipificado em uma norma penal (consumida) representa uma fase de realização para o delito previsto em outra norma penal (consumida).

Conforme ensinamentos de Rogério Sanches Cunha, tal princípio incide nas hipóteses de **(a)** crime progressivo; **(b)** progressão criminosa; **(c)** “antefactum” impunível; ou **(d)** “postfactum” impunível:

*“Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: (A) **Crime progressivo**: se dá quando o agente para alcançar um resultado/crime mais grave passa, necessariamente, por um crime menos grave. Por exemplo, no homicídio, o agente tem que passar pela lesão corporal, um mero crime de passagem para matar alguém. (B) **Progressão criminosa**: o agente substitui o seu dolo, dando causa a resultado mais grave [...]. (C) **“Antefactum” impunível**: são fatos anteriores que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave [...]. (D) **“Postfactum” impunível**: pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente, que, portanto, não pode ser punido” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2020).*

No caso em apreço, não se vislumbra nenhuma das quatro hipóteses que permitem a aplicação do referido princípio.

Nesse sentido, não restou comprovado, de maneira inequívoca, o emprego da arma de fogo para a prática do tráfico de entorpecentes. Isso porque, nos termos postos pelo MM. Juízo *a quo*, não foi o apelante flagrado portando a arma de maneira ostensiva, em ponto de tráfico. De igual modo, não restou comprovada a utilização da arma com o intuito de intimidação coletiva, como prevê o artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06.

Ao contrário, relatou o apelante que a posse da arma de fogo objetivava sua proteção pessoal. Diante disso, anoto que o escopo da posse do referido armamento não era garantir o sucesso do crime de tráfico, mas sim assegurar a integridade física do apelante, tratando-se, portanto, de finalidades distintas, o que impede o reconhecimento do princípio da consunção.

É nesse sentido que aponta a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. CRIMES PREVISTOS NA LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. CRIMES PREVISTO NA LEI Nº 10.826/03. POSSE DE ARMA DE FOGO. CRIMES PREVISTO NO CÓDIGO PENAL. RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA RECHAÇADO. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS PARA AMPARAR A CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELOS TRÊS FATOS. PLEITO DE ABSORÇÃO DO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PELA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NÃO RESTOU COMPROVADO O EFETIVO EMPREGO DAS ARMAS, MEDIANTE VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA OU PROCESSO DE INTIMIDAÇÃO, NO EXERCÍCIO DO TRÁFICO. MANTIDA A CONDENAÇÃO POR CRIMES AUTÔNOMOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE O CRIME DE RECEPÇÃO E O CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. OS DELITOS POSSUEM MOMENTOS CONSUMATIVOS DISTINTOS E SÃO CRIMES AUTÔNOMOS, CADA UM DELES VISANDO A PROTEÇÃO DE BENS

JURÍDICOS DIVERSOS, NÃO HAVENDO FALAR, POIS, EM ABSORÇÃO DE UMA DAS CONDUTAS PELA OUTRA. DOSIMETRIA DA PENA. MANTIDO O APENAMENTO APLICADO NA SENTENÇA.RECURSO DESPROVIDO” (Apelação Criminal, Nº 50014502320188210026, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Martins Xavier, Julgado em: 25-04-2024) (grifos nossos).

De rigor, portanto, a manutenção da condenação do apelante como incurso nos crimes previstos no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e artigo 16, “caput”, da Lei nº 10.826/03, ambos em concurso material de crimes.

Passo à análise da dosimetria.

Inicialmente, foi a pena-base do apelante elevada, em relação a ambos os delitos, em razão do reconhecimento de condenação definitiva anterior, para fins de maus antecedentes (autos nº 0001042-22.2009.8.26.0341, fls. 57/58).

Ainda, quanto ao delito de tráfico de drogas, exasperou-se sua pena-base também em razão da diversidade e expressiva quantidade de drogas apreendidas na residência do apelante, em observância à disposição constante do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que determina seja tal circunstância considerada na primeira fase da dosimetria penal, inclusive com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

“A essência desse delito [tráfico de drogas] fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos, "a natureza e a quantidade da substância apreendida", para serem necessariamente observados em etapas ou fases nas quais a análise dos vetores do art. 59 do CP se imponha por exigência legal. Dessa forma, o legislador elegeu esses elementos (que já estariam compreendidos no genérico vetor "circunstâncias") para consideração na primeira fase da dosimetria, elevando-os ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, que se diferenciam das demais pelo grau de especialidade que lhes foi conferido. Uma interpretação teleológica dessa especialidade ancorasse, certamente, na direta ligação desses elementos com o bem jurídico protegido. De fato, a existência de algum tipo ou de determinada quantidade de substância entorpecente é pressuposto que

necessariamente molda o quadro fático-probatório envolvido na traficância, sendo a ela diretamente ligado, o que, ao certo, levou o legislador a determinar sua utilização na fixação da pena-base [...]. Assim, considero que, na primeira etapa da dosimetria da pena em condenações de tráfico de drogas, deve-se necessariamente considerar o elemento preponderante "natureza e quantidade do entorpecente apreendido" para fixação da pena-base" (STJ. 3ª Seção. REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 9/6/2021).

"Atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. III - As circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa. Na espécie, verifica-se que o v. acórdão impugnado, respeitando os critérios acima referidos, considerou a natureza dos entorpecentes apreendidos (crack e cocaína), para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ. Tal o contexto, sobretudo por se tratar de circunstância preponderante na fixação da reprimenda, não observo teratologia manifesta no cálculo da reprimenda a justificar a concessão da ordem" (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 694.438/PR1, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), julgado em 9/11/2021).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. COCAÍNA E CRACK. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. 1/6. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. O aumento da pena-base do paciente em razão da natureza da droga apreendida (cocaína e crack) está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06." (STJ. 5ª Turma. HC n. 539.623/SP, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em

19/11/2019).

Anote-se que o apelante guardava 2.152 (duas mil, cento e cinquenta e duas) porções de “crack”, quantidade que extrapola significativamente a normalidade do tipo penal e denota a maior reprovabilidade da conduta.

Havia em sua residência, ainda, 80 (oitenta) porções de cocaína, substância ilícita com maior potencial nocivo.

Diante disso, quanto ao delito de tráfico, considerando-se a quantidade e a diversidade dos entorpecentes, assim como os maus antecedentes do apelante, foi sua pena-base exasperada em 1/2 (metade). Já em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo, considerando-se tão somente os antecedentes criminais do apelante, foi a pena-base elevada em 1/8 (um oitavo).

“A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade” (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 577.284/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 26/5/2020).

Nenhuma alteração, portanto, deve ser feita.

A seguir, reconhecida a atenuante da confissão espontânea em relação a ambos os delitos, foram as reprimendas reduzidas em 1/6 (um sexto). Ausente recurso neste aspecto.

Por fim, na derradeira fase da dosimetria penal, impossível mesmo o reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Conforme exposto, apelante ostenta maus antecedentes por condenação definitiva em autos de nº 0001042-22.2009.8.26.0341 (fls. 57/58) e, por isso, não faz jus à incidência do redutor, que somente pode ser aplicado ao réu primário, de bons antecedentes e que não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa.

“A reincidência e os maus antecedentes constituem óbices legais à concessão da minorante do tráfico privilegiado, consoante previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 733.090/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 20/9/2022).

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual, o que não é o caso dos autos, como fundamentado pelo Magistrado sentenciante: *“Na derradeira fase da dosimetria, ausentes causas de diminuição e de aumento. Ausentes os requisitos do artigo 33, §4º da Lei de Drogas, ante a presença de maus antecedentes”* (fl. 164).

Vale salientar que a sua residência, bem como o próprio apelante, foram alvos de denúncias anônimas aos policiais militares, o que, somado aos demais motivos já apontados pelo Magistrado sentenciante, demonstram que ele realmente vinha se dedicando ao crime com regularidade.

Ausentes quaisquer majorantes ou minorantes, o apelante foi definitivamente condenado à pena de 9 (nove) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 530 (quinhentos e trinta) dias-multa, calculados no mínimo legal, aplicando-se a regra prevista no artigo 69 do Código Penal.

O regime prisional fechado deve ser mantido, porque é o único compatível com o *quantum* da reprimenda imposta ao apelante, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal.

Desta forma, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo, integralmente, a respeitável sentença de primeiro grau.

TOLOZA NETO
relator
assinatura eletrônica