



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000329983

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500597-47.2024.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante AGILDO JOSE DE LIMA, 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. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9538

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500597-47.2024.8.26.0617

Apelante: Agildo José de Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São José dos Campos

Apelação Criminal. Tráfico de Drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria escoreita. Pena-base fixada no mínimo legal. Inaplicável o redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Réu reincidente. Regime fechado mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agildo José de Lima contra a r. sentença (fls. 167/174) que julgou procedente a ação penal para condená-lo à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quintos e oitenta e três) dias-multa, calculando-se cada dia-multa em 1/30 do valor do salário-mínimo, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Em suas razões recursais (fls. 175/189), o apelante pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteou pela aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei de Drogas, assim como a fixação de regime prisional menos gravoso e o afastamento da pena de multa.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 197/200), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 211/215).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **AGILDO JOSÉ DE LIMA** e a corré

Jacinaira Lúcia de Faria Araújo foram processados como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 31 de março de 2024, por volta das 09 horas e 45 minutos, na Rua São Mateus, altura do número 32, Bairro Jardim São Judas Tadeu, na comarca de São José dos Campos, agindo em concurso e com identidade de desígnios, traziam consigo e guardavam, para fins de tráfico ilícito, 12 cápsulas de cocaína e 05 porções de maconha, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado na inicial acusatória (fls. 93/94), policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pela Rua São Mateus, quando avistaram o apelante e a corré Jacinaira Lúcia de Faria Araújo, sentados na calçada. Ao perceberem a presença dos policiais, Jacinaira imediatamente fechou a mochila que trazia consigo e tentou escondê-la atrás de suas pernas. Ato contínuo, se levantaram e caminharam em direções opostas. Diante disso, os policiais deliberaram pela abordagem, sendo encontrado, no interior da mochila, 12 cápsulas contendo cocaína e 05 porções de maconha. Ainda, na posse de Jacinaira, os militares encontraram a quantia de R\$ 100,00 em cédulas diversas. Em razão disso, ambos foram presos em flagrante delito e conduzidos à Delegacia de Polícia. Ouvidos pela Autoridade Policial, preferiram o silêncio (fls. 17 e 27).

Em relação à corré Jacinaira Lúcia de Faria Araújo, o processo foi desmembrado, tendo em vista que a mesma não foi encontrada para notificação pessoal (fls. 124/125).

Após o regular trâmite da ação penal em relação ao apelante, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge a d. Defesa, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos pela d. Defesa, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao apelante.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do boletim de ocorrência (fls. 01/04), termos de depoimentos (fls. 07/08), auto de exibição e apreensão (fls. 09), fotografias (fls. 10/12), laudo de constatação preliminar (fls. 14/16), relatório final

(fls. 56/58), laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 106/108), que atestou que as substâncias apreendidas eram proibidas, bem como pelas demais provas produzidas em Juízo sob o crivo do contraditório.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações das testemunhas Renan Carlos Candido e Matheus Krisman Gomes Candido, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do apelante (fls. 162/163 – mídia eletrônica).

Na fase administrativa (fls. 07/08), os policiais apresentaram declarações uníssonas e narraram que: atuando em conjunto, “(...) *durante patrulhamento ostensivo pela Rua São Mateus, 32, bairro São Judas Tadeu, São José dos Campos-SP, ponto conhecido pela venda de drogas, avistaram um casal sentado. Assim, que avistaram a viatura, a mulher fechou uma mochila que trazia consigo, a tentando esconder atrás das pernas, tendo ambos se levantado e rumado em direções diferentes, sendo abordados. Tal mulher foi identificada como JACINAIRA LUCIA DE FARIA ARAÚJO, sendo encontrado consigo R\$100,00 (cem reais) e na mochila 05 (cinco) porções de MACONHA e 12 (doze) microtubos tipo eppendorf contendo COCAÍNA. O homem foi identificado como AGILDO JOSÉ DE LIMA, não sendo nada de ilícito encontrado consigo. Entrevistado na ocasião, Agildo admitiu que estavam ali para vender drogas, informando que Jacinaira guardava as drogas e ele negociava a venda. Diante dos fatos foram ambos encaminhados à CPJ para conhecimento e deliberação da autoridade policial.*”

As testemunhas Renan Carlos Candido e Matheus Krisman Gomes Candido, ouvidas em Juízo (fls. 162/163 – mídia eletrônica), confirmaram o alegado na fase anterior e foram uníssonos ao afirmar que o local dos fatos é conhecido ponto de venda ilegal de drogas e, em patrulhamento, os réus foram avistados. Realizada a abordagem, em uma mochila que estava na posse da ré havia a droga em questão e também R\$ 100,00. Indagado, o réu disse que a droga lhe pertencia para fins de tráfico que realizava em coautoria com a ré, sendo o dinheiro produto seta ilegal atividade. Em razão disso, ambos foram presos em flagrante e conduzidos até a Delegacia de Polícia.

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas

de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que **os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos**. 5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016, g.n.).

Os policiais descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante dos réus. Não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o apelante. A apreensão somente foi possível pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer

depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RESISTÊNCIA. LESÃO CORPORAL CONTRA AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado às penas de (i) 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no art. 33, "caput", da L11.343/06, (ii) 2 meses e 10 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 329, "caput", do CP, e (iii) 4 meses e 20 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 129, § 12, do CP. 2. Recurso defensivo: (i) absolvição dos três delitos, por negativa de autoria e insuficiência de provas e (ii) reconhecimento do tráfico privilegiado, alegando "bis in idem" em razão da reincidência ter sido utilizada em dois momentos quando da dosimetria. 3. A materialidade e a autoria dos crimes foram suficientemente comprovadas pelo conjunto fático-probatório. 4. **A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos** (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). (...) Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1520106-64.2024.8.26.0228; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/01/2025; Data de Registro: 07/01/2025, g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença

condenatória. Insurgência do acusado. Pleitos de absolvição e de abrandamento da pena. Descabimento. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. **Validade dos depoimentos prestados pelos agentes de segurança pública, que descreveram pormenorizadamente as circunstâncias da diligência.**

Circunstâncias do flagrante que evidenciam a traficância e impossibilitam a desclassificação da conduta para a tipificada no art. 28 da Lei de Drogas. Pena privativa de liberdade bem fixada. Pena-base estabelecida no patamar mínimo legal. Acréscimo de 1/6 (um sexto) em razão da agravante de reincidência, efetivamente verificada. Causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, descaracterizada, ante a reincidência constatada. Manutenção do regime inicial fechado. Inaplicabilidade dos arts. 44 e 77 do CP. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500361-10.2020.8.26.0626; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ubatuba - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/12/2024; Data de Registro: 22/12/2024, g.n.)

Por sua vez, o réu, em seu interrogatório judicial (fls. 162/163 – mídia audiovisual), demonstrando capacidade moral para delinquir, experiente em figurar no polo passivo de relação jurídica-processual criminal, reincidente (fls. 62/66), negou, sem sucesso, a prática delitiva que lhe foi imputada, ressaltando que foi ao local dos fatos para comprar drogas.

Contudo, inaproveitável a tese de ser o apelante somente usuário de droga. Evidenciado o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, mas “*A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (RJTJ 101/498). Ademais, o local é conhecido como ponto de venda de drogas, indicativo da efetiva difusão do vício com *animus lucrandi*, “*O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua*

configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância” (TJSP - ac 6.635 – Rel.: ONEI RAPHAEL - RJTJSP 70/371).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o apelante praticava a mercancia ilícita de drogas, inviável a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar sua renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: **pleito de desclassificação para o delito de porte para uso próprio – inadmissibilidade – circunstâncias do crime que não deixam dúvidas a respeito do narcotráfico** – condenação mantida – DESPROVIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: correta observância do critério trifásico – ausência de circunstâncias judiciais – circunstância legal presente (menoridade relativa) – causa de diminuição caracterizada – regime prisional adequado – RECURSO IMPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1501244-33.2023.8.26.0599; Relator (a): **Jayme Walmer de Freitas**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/01/2025; Data de Registro: 10/01/2025, g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Pretensão de absolvição por insuficiência probatória (art. 386, inciso VII, do CPP). Não acolhimento. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Validade dos depoimentos prestados pelos guardas municipais.

Impossibilidade de desclassificação da conduta imputada para

a prevista no art. 28, da Lei nº. 11.343/06. O fato de a apelante eventualmente ser usuária de drogas não afasta a condição de traficante. Condenação mantida. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Reincidência da acusada que não foi considerada. Observância ao Princípio do non reformatio in pejus. Reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3. Regime aberto. Possível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a quantidade de pena aplicada. Pena bem dosada. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1520345-68.2024.8.26.0228; Relator (a): **Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/12/2024; Data de Registro: 03/12/2024 – g.n.)

Logo, possível condição de usuário em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Isto posto, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao réu, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas – 12 cápsulas de cocaína e 05 porções de maconha –, aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas, em porções individualizadas, conforme fls. 11/12.

Cabe notar que já se decidiu que: “*A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados na residência da apelante, induz que se destinavam ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368/76*” (RTJE 109/277). Ensina Fernando Pedroso que: “*em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de*

fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo” (Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 2ª ed., RT, 2004, item “5”, p. 96).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu guardava e trazia consigo substâncias ilícitas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, *"para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente"* (Resp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Oportuno, ainda, registrar que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes”* (TJRS, Ap. 697.020.717, Câ., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime”* (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Logo, examinando-se a natureza das droga apreendidas, em

especial da “cocaína”, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública; a forma como estavam acondicionadas; o lugar em que se deu a ação criminosa, pois o lugar do crime é conhecido ponto de venda de drogas, mostrando que a repetição da mercantilização das drogas no lugar ganhou publicidade; a segura incriminação feita pelos agentes da autoridade, incumbidos por dever de ofício da repressão penal; e as inadmissíveis alegações do réu, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da ilustre defesa, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta do acusado às formas puníveis do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria da pena e do regime prisional aplicado na r. sentença.

Na primeira fase, o MM. Juiz *a quo*, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e devidamente considerada a agravante da reincidência (fls. 62/66), a reprimenda foi acrescida de 1/6 (um sexto), perfazendo em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na derradeira fase, ausentes causas de aumento e redução, a pena restou definida tal como fixada na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “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 e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, o réu ostenta reincidência, fator que aliado as circunstâncias da sua prisão em flagrante, em que foi surpreendido com drogas de elevada nocividade, em conhecido ponto de tráfico, revela sua dedicação à atividade criminosa, utilizando-se da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DE CINCO ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRELEVÂNCIA. MAUS ANTECEDENTES. CONCEITO AMPLO.

1. 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.

2. O fato de se tratar de condenação antiga, transitada em julgado há mais de 5 anos, não impede sua consideração para fins de afastamento da minorante, seja a título de reincidência, caso não superado o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena relativa ao crime anterior ou a declaração de extinção de sua punibilidade, seja como maus antecedentes, cujo conceito, por ser mais amplo, "abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes" (HC 246.122/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 15/3/2016), afastando, do mesmo modo, a aplicação do redutor.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 733.090/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

No mesmo sentido é o entendimento desta C. Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Inviável o acolhimento do pedido de absolvição do réu. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. É incontroverso que o réu trazia consigo 37,09g (massa líquida) de cocaína na forma de "crack" no momento da sua prisão em flagrante. Alegação do recorrente, de que a droga se destinava ao seu próprio consumo, que não foi corroborada pelas demais provas produzidas nos autos. Os diálogos mantidos com pelo menos três pessoas, via mensagens de texto, extraídos de seu aparelho de telefonia móvel, comprovam a prática da mercancia de drogas pelo recorrente. Eventual condição de usuário do réu que não obsta que as comercialize, até para sustentar o próprio vício. Condenação mantida. Dosimetria das penas e cumprimento. Pena-base fixada no mínimo legal. Na segunda fase, o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência elevou as penas. **Na derradeira etapa, inviável o reconhecimento do redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ante a reincidência.** Regime fechado. Quantidade de pena aplicada que obsta a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (art. 44, I, CP). Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500134-65.2024.8.26.0598; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaú - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/11/2024; Data de Registro: 27/11/2024 - grifei)

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas.

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na r. sentença.

Outrossim, devidamente eleito o regime inicial fechado, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, todos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se o *quantum* fixado para a reprimenda e a reincidência ostentada pelo réu, a obstem, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

A respeito, destaca-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUASÃO RACIONAL. REVISÃO ADMITIDA TÃO SOMENTE QUANDO DESNECESSÁRIA A DILAÇÃO PROBATÓRIA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENAL. PARÂMETROS LEGAIS OBSERVADOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O exame pelo Superior Tribunal de Justiça de matéria que não

foi apreciada pelas instâncias ordinárias enseja indevida supressão de instância, com explícita violação da competência originária para o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, c, da Constituição Federal).

2. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em habeas corpus somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

3. O período depurador não se aplica às condenações consideradas como maus antecedentes, diante dos efeitos do princípio da perpetuidade, diferentemente da reincidência, que é regida pela temporariedade.

4. A condenação a pena entre 4 e 8 anos de reclusão, que, em tese, admitiria a fixação do regime semiaberto, enseja, em caso de reincidência, conforme os parâmetros legais (art. 33, §§ 2º, a e b, e 3º, do Código Penal), a imposição do regime prisional fechado.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 563.878/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 10/6/2021.)

No mesmo sentido é o entendimento desta C. 3ª Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado,

e ao pagamento de 500 dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. 2. Recurso defensivo: (i) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, (ii) fixação do regime inicial aberto e (iii) substituição da pena corporal por restritivas de direitos. 3. A materialidade e a autoria foram suficientemente comprovadas pelo conjunto fático-probatório, bem como a destinação comercial das substâncias apreendidas. 4. 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. A reincidência do apelante constitui óbice à aplicação da benesse (STJ. AgRg no HC n. 733.090/SP). **5. O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao réu que é reincidente e condenado a pena superior a quatro anos de reclusão (STJ. AgRg no HC n. 677.691/SP), sendo inaplicável a exceção jurisprudencial contida na S269/STJ.** 6. A reincidência do apelante e a pena que lhe foi imposta, de acordo com a inteligência do art. 44, I, II e III, do CP, impedem a substituição por restritivas de direitos. 7. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1501240-51.2024.8.26.0537; Relator (a): **Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Diadema - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/03/2025; Data de Registro: 06/03/2025 – g.n.)

Claro, pois, que regime mais brando não se mostra suficiente, uma vez que os mecanismos de prevenção e repressão do Estado não são aptos a demover o apelante do impulso criminoso.

Nesse passo, entende-se incabível a imposição de regime mais ameno, mostrando-se necessário o cumprimento de todas as etapas de ressocialização.

Por fim, para que não passe sem apreciação, inviável o acolhimento

do pleito defensivo de afastamento da multa imposta na r. sentença, posto que aludida pena decorre de expressa determinação legal.

Ressalta-se, contudo, que eventual impossibilidade de arcar com o pagamento da pena de multa deverá ser analisada pelo Juízo das Execuções Penais, por força do disposto nos artigos 50 e 51, ambos do Código Penal, e 168 e 169, ambos da Lei nº 7.210/84.

A respeito, já se manifestou esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

ROUBO MAJORADO – Configuração. Materialidade e autoria comprovadas. (...) Condenação mantida. PENAS E REGIME PRISIONAL – Bases acima dos pisos (1/2). Restrição de liberdade utilizada como circunstância judicial desfavorável e consequências do crime – Confissão espontânea. Redução em 1/6 – Duas causas de aumento. Acréscimo nos coeficientes de 1/3 (concurso de agentes) e 2/3 (emprego de arma de fogo). Faculdade do julgador (CP, art. 68, parágrafo único). **Proporcionalidade – Exclusão ou diminuição da pena de multa. Impossibilidade. Previsão legal em abstrato no tipo penal, independentemente da condição financeira do réu. Respeito aos limites mínimo e máximo estabelecidos na norma** – Regime inicial fechado – (...) – Apelo provido em parte para afastar a condenação à reparação de danos, nos limites desta ação penal e sem prejuízo da esfera civil.

(TJSP; Apelação Criminal 1502313-95.2023.8.26.0536; Relator (a): Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cubatão - 2ª Vara; Data do Julgamento: 07/05/2024; Data de Registro: 07/05/2024 - grifei)

Depreende-se, portanto, que as penas foram corretamente fixadas, observou-se o critério trifásico estabelecido no artigo 68, do Código Penal, e todas as fases de dosimetria restaram fundamentadas dentro dos parâmetros legais, não merecendo qualquer reparo as reprimendas impostas na decisão combatida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se no mais a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator