



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000329986

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502986-85.2023.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante GILMAR JESUS DOS SANTOS, 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 9535

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1502986-85.2023.8.26.0537

Apelante: Gilmar Jesus dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Bernardo do Campo

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, e §4º, da Lei 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade do relato dos policiais militares. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria. Quantidade e nocividade das drogas apreendidas que impõem o recrudesimento da basilar. Mantida a aplicação do redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Inviável a aplicação do redutor em seu grau máximo. Regime fechado bem fixado. Detração. Tema de competência do Juízo da execução criminal. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Gilmar Jesus dos Santos contra a r. sentença (fls. 179/188) em que se julgou procedente a ação penal para condená-lo, como incurso no art. 33, *caput*, e §4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias multa, no mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 205/210), o apelante pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteou pela redução da pena-base, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, bem como pela fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena, com o reconhecimento da detração penal.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 216/222), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 235/247).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **GILMAR JESUS DOS SANTOS** foi processado como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, segundo narra a denúncia, no dia 13 de dezembro de 2023, por volta das 10h20, na Rua Nossa Senhora Aparecida, nº 675, Bairro Arreiã, Paulicéia, na cidade e comarca de São Bernardo do Campo, o agente supracitado, trazia consigo e guardava, para fins de entrega à consumo de terceiros, 72 (setenta e duas) porções de maconha, pesando aproximadamente 152,05 (cento e cinquenta e dois gramas e cinco decigramas); 112 (cento e doze) porções de cocaína, pesando aproximadamente 119 (cento e dezenove gramas); 43 (quarenta e três) porções de cocaína, pesando aproximadamente 6,18 (seis gramas e dezoito decigramas), sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além do valor de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais) em espécie.

Segundo o apurado na inicial acusatória (fls. 01/08): “(...) *no dia e horário apontados nos autos, agentes da lei realizavam patrulhamento de rotina no palco delitivo, cuja localização já se encontra descrita nos autos (Rua Nossa Senhora Aparecida, nº 675, Bairro Arreiã, Paulicéia, nesta cidade e comarca de São Bernardo do Campo), porquanto tratar-se de conhecido ponto de venda de drogas, ocasião em que, ao chegarem no local, visualizaram o denunciado encostado na parede. Ao ver os Guardas Municipais, o increpado demonstrou nervosismo e tentou atravessar a rua, se desfazendo de uma sacola que trazia consigo, o qual continha produtos com embalagem da cor rosa. Em razão disso, os homens da lei decidiram abordar o imputado. Após a abordagem do denunciado, os agentes da lei pegaram a sacola dispensada, e encontraram dentro dela substâncias entorpecentes. Ato contínuo, se deslocaram até o muro onde o increpado estava encostado, e também localizaram mais uma sacola com substâncias entorpecentes. Realizada a abordagem e examinado o conteúdo da sacola que o increpado trazia consigo, os policiais encontraram 72 (setenta e duas) porções individuais, da substância entorpecente Tetrahydrocannabinol (THC), vulgarmente conhecida como MACONHA, pesando aproximadamente 152,05 (cento e cinquenta e dois gramas e cinco decigramas); 112 (cento e doze) porções individuais, da substância entorpecente Erythroxylon Coca, vulgarmente conhecida como COCAÍNA, pesando*

aproximadamente 119 (cento e dezenove gramas); 43 (quarenta e três) porções individuais, da substância entorpecente Erythroxylon Coca, vulgarmente conhecida como COCAÍNA, pesando aproximadamente 6,18 (seis gramas e dezoito decigramas); conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 19 e Auto de Constatação Preliminar de fls. 23/26, substâncias estas entorpecentes e causadoras de dependência física, química e psíquica, o fazendo sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além do valor de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais) em espécie. O denunciado foi preso em flagrante delito e conduzido à Delegacia de Polícia. O Auto de Constatação Preliminar acostado aos autos as fls. 23/26 demonstra que as substâncias apreendidas são COCAÍNA e MACONHA, drogas ilícitas que causam dependência química, física e psíquica. A quantidade de entorpecente apreendida, sua forma de acondicionamento, o dinheiro encontrado em poder do indiciado, o local onde o denunciado foi abordado, conhecido ponto de venda de drogas, bem como, as demais circunstâncias que permearam a prisão do indiciado, evidenciam que o increpado encontrava-se praticando o tráfico ilícito de drogas. (...)”

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

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos, 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 auto de prisão em flagrante (fls. 09/10), boletim de ocorrência (fls. 13/16), termos de depoimento (fls. 17/19), auto de exibição e apreensão (fls. 27/28), laudo de constatação (fls. 31/34) laudo de exame químico toxicológico (fls. 143/146) que atestou que a substância apreendida era proibida, bem como pelas demais provas colhidas nos autos.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações dos policiais Ana Paula Lançoni da Silva e Igor de Paula Braga Pereira, agentes responsáveis pela prisão do apelante (fls. 178 – mídia eletrônica).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em

juízo feitos pelo culta Magistrada sentenciante, vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

*“(…) **A testemunha Ana Paula Lançoni da Silva**, policial militar, narrou que estavam dando apoio a uma equipe da secretaria de habitação de São Bernardo do Campo e quando entraram na rua onde os fatos ocorreram, visualizaram o réu que estava encostado na parede. Ao ver os policiais, ele apresentou nervosismo e soltou uma sacola que trazia nas mãos. A seguir, tentou atravessar a rua, momento em que foi feita sua abordagem. Recolheram a sacola dispensada e constataram que havia entorpecentes. Observaram, ainda, que perto de onde ele estava encostado na parede havia uma outra sacola, com mais entorpecentes. Na ocasião, ele disse que estava escolhendo a droga na sacola para comprar. Depois foi avistado no local a pessoa de Sueli que, ao visualizar a viatura se escondeu. Diante disso, ela abordada, mas nada de ilícito foi encontrado com ela. O local onde o acusado foi preso é conhecido como ponto de vendas de drogas (fls. 178).*

***A testemunha Igor de Paula Braga Pereira**, policial militar, narrou que no dia dos fatos estavam prestando apoio nas proximidades do bairro Areião. Ao entrarem na rua descrita na denúncia, visualizaram dois indivíduos, sendo que um deles empreendeu fuga. O réu Gilmar se levantou e foi andando bem devagarinho. Viram que ele estava com algumas coisas nas mãos, então se aproximaram e fizeram a abordagem. Com ele foi encontrada uma quantidade de drogas, uma quantia em dinheiro trocado e próximo a ele, havia uma quantidade maior de entorpecentes. Com ele foram encontradas umas 20 pedras de crack e na sacola que estava no chão próximo dele, havia entorpecentes de tipos variados. Ele informou que estava escolhendo a droga que iria comprar. Uma segunda pessoa que*

estava no local correu e entrou em meio a um matagal, mas a perderam de vista. Não conhecia o réu antes dos fatos. O local é um ponto de venda de drogas já conhecido. Uma pessoa de nome Sueli foi abordada, pois estava no matagal bem próximo deles e com ela nada de ilícito foi encontrado. Ela informou ter comprado entorpecentes e estava ali no matagal para usar as drogas. Quem dispensou a sacola no chão foi o réu, bem como o dinheiro. A outra sacola estava do outro lado da rua, ele tinha vigilância da outra sacola do lugar onde ele foi visto e abordado (fls. 178).”

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 do réu. 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 acusado. 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 apelante, em Juízo (fls. 178 – mídia audiovisual), negou a prática delitiva, aduzindo que estava pelo local para comprar drogas. Narrou que tinha o dinheiro no bolso, dispensou a sacola e saiu correndo quando viu

os policiais.

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).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o recorrente trazia consigo 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 a 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.

Nesse ponto, pela clareza do exposto, cumpre destacar trecho da r. sentença:

“(...) alegação de que o acusado é usuário de drogas, por si só, não possui o condão de afastar o crime de tráfico de drogas, uma vez que é notório que as pessoas envolvidas com a prática desse delito, não raras vezes, também consomem essas substâncias entorpecentes, praticando a mercancia ilícita com o fim de sustentar o próprio vício, de modo que há de afastar a tese subsidiária de desclassificação para o crime de porte de drogas para uso pessoal conforme requerido pela Defesa.” (fls. 185).

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao apelante, pelos elementos da prova testemunhal e pela considerável quantidade e nocividade de drogas apreendidas (227 porções de maconha, cocaína e crack), sem olvidar da apreensão da quantia R\$ 42,00 (quarenta e dois reais) em espécie, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 27/28.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo e guardava substâncias ilícitas, sem autorização legal e com propósito de disseminação do vício com *animus lucrandi*, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 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 registrar, ainda, 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 Câm. 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, Câm., 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).

Posto isso, examinando-se a quantidade e natureza das drogas apreendidas, em especial da “cocaína”, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, e de conhecida potencialidade letal; a apreensão, no mesmo contexto das porções de droga, de dinheiro de origem não justificada; 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 policiais militares, 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.

Com efeito, ao cabo das diligências, restou constatado que o apelante fazia a difusão espúria de drogas proibidas – aliás, de grande poder destrutivo –, com *animus lucrandi*, de maneira profissionalizada, própria de quem é estabelecido no ramo do crime.

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 das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, e artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a MMª. Juíza *a quo*, sopesando negativamente as circunstâncias judiciais desfavoráveis do caso concreto, em especial a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 72 (setenta e duas) porções de maconha, pesando aproximadamente 152,05 (cento e cinquenta e dois gramas e cinco

decigramas); 112 (cento e doze) porções de cocaína, pesando aproximadamente 119 (cento e dezenove gramas); e 43 (quarenta e três) porções de cocaína, pesando aproximadamente 6,18 (seis gramas e dezoito decigramas) –, fixou a pena-base acrescida de 1/6 (um sexto), perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Nesse ponto, cumpre observar que o crime de que se cuida tem suas particularidades que o distinguem da generalidade dos crimes de mesma espécie, porquanto a natureza e a elevada quantidade das drogas apreendidas, com potencial para atingir elevado número de usuários, demonstram o dolo intenso com que se deu a apelante.

Segundo escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “*É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização.*” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, RT, 7ª edição, pág 350).

Ressalta-se, ainda, que: “*A alta nocividade da **cocaína** está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública*” (TJRS – AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda – RJTJRS 130/154), *in* HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes –, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **TOLOZA NETO**, em 13.05.2014).

Assim, aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade – cocaína –, ofendendo de forma vigorosa o bem juridicamente tutelado, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: “*A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morfético e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo*” (**Habeas Corpus** nº 2049710-67.2014.8.26.0000 – Comarca de Mogi das Cruzes,

Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **GERALDO WOHLERS**).

A respeito, para ilustrar a necessidade de recrudesimento da pena-base quando a quantidade de drogas apreendidas se mostra elevada, cumpre colacionar precedente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. **TRÁFICO DE DROGAS**. NULIDADE DAS PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Apelado absolvido com fundamento no art. 386, VII, c/c art. 157, CPP, devido ao reconhecimento da ilicitude das provas apresentadas aos autos. 2. Recurso ministerial: (i) legalidade das buscas domiciliares empreendidas pelos policiais militares e, consequentemente, das provas apresentadas aos autos; (ii) caracterização do crime de tráfico de drogas, nos exatos termos da denúncia; (iii) exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes criminais e da quantidade e natureza das drogas apreendidas; (iv) reconhecimento da multirreincidência; (v) fixação do regime inicial fechado; e (vi) perdimento dos valores apreendidos. 3. O tráfico de drogas é crime de caráter permanente, cujo estado de flagrância persiste enquanto o infrator mantiver em depósito substâncias entorpecentes, o que possibilita aos policiais o ingresso no domicílio do apelado independentemente de consentimento, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal (STJ. RHC n. 141.544/PR. TJSP. Habeas Corpus Criminal 2275261-55.2020.8.26.0000). 4. No caso em apreço, o ingresso dos policiais militares no domicílio do apelado foi justificado pelo consentimento e pela caracterização da situação flagrancial. 5. 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). 6. Preliminar acolhida. 7. A materialidade e a autoria

foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 8. **A quantidade expressiva e a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) é circunstância que justifica a exasperação da pena-base, devido à sua alta nocividade e maior exposição a risco do bem jurídico protegido, nos termos do art. 42, Lei nº 11.343/06 e da jurisprudência pátria (STJ. HC n. 539.623/SP; REsp n. 1.887.511/SP; AgRg no HC n. 694.438/PR1).** 9. A multirreincidência do apelado tem prevalência sobre a confissão espontânea (STJ. Tema Repetitivo 585). 10. O regime inicial fechado é o mais adequado às circunstâncias do caso em apreço, notadamente em razão do "*quantum*" da pena atribuída ao apelado, à sua reincidência específica e aos seus maus antecedentes criminais. 11. Recurso ministerial provido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1504005-55.2023.8.26.0302; **Relator: Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaú - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/09/2024; Data de Registro: 27/09/2024)

Não bastasse, “*Não há nulidade na decisão que fixa a pena-base considerando fundamentação idônea, na qual estão compreendidas a natureza e a quantidade do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06*” (STF - HC nº 112798 /AC Rel. Exma. Min. **CÁRMEN LÚCIA**. j. 18/12/2012); “ENTORPECENTE - Tráfico - Pena - Fixação da reprimenda-base acima do mínimo legal em virtude da espécie e da quantidade de droga apreendida. Admissibilidade. (STJ) - RT 786/599”.

No mesmo sentido é a decisão do C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. TESE NÃO ENFRENTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE

ILEGALIDADE. DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO QUANTO ÀS VETORIAIS CONSIDERADAS REPROVÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A irresignação sobre a nulidade da intimação do defensor dativo não foi debatida na instância ordinária, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte Superior a respeito, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

2. Quanto à culpabilidade, às circunstâncias e à quantidade de drogas, a fundamentação apresentada mostra-se idônea, baseada em elementos concretos, cuja avaliação está situada no campo da discricionariedade do julgador.

3. A quantidade e a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, não se constatando ilegalidade na dosimetria da reprimenda fixada, tendo em vista a apreensão de 740g de cocaína.

4. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no HC 839.686, Órgão Julgador: 6ª Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, Data do Julgamento: 25/09/2023, g.n.).

Ressalta-se, também, que: *“Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação penal.”* (MASSON, Cleber Rogério – Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – 4ª ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 628)

Oportuno realçar, por fim, que o *“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a*

critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado” (HC 283.706/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida a pena-base como lançada.

Na segunda, ausentes atenuantes e agravantes, a pena restou definida tal qual fixada na primeira fase.

Na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a reprimenda foi reduzida em 1/6 (um sexto), totalizando 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias multa, no mínimo legal.

Nesse ponto, malgrado os esforços despendidos pela d. Defesa, tem-se que, aplicada com benevolência a causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, inviável a redução máxima da reprimenda.

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, a nocividade e elevada quantidade de drogas apreendidas, aliadas as circunstâncias da prisão em flagrante, em conhecido ponto de tráfico, indicam pelo *modus operandi* o profissionalismo da empreitada criminosa demonstrando que o apelante se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*.

Com efeito, para ilustrar a inviabilidade de causa de diminuição de pena: “*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO*

*REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta. In casu, trata-se de apreensão de 54 pedras de crack - "50 embaladas de dez em dez e quatro avulsas" -, circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena. 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp: 1302590 RS 2012/0016349-7, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, j. 11/03/2014, Colenda SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014).*

Ademais, o lugar do crime é conhecido ponto de comércio nefasto de drogas proibidas e pela pertinência e lucidez, obrigatória a transcrição de parte do respeitável julgado em que foi Relatora a Excelentíssima **Doutora Ivana David**: “(...) Em que pese a primariedade do réu, restou acertada a não aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto, (...) o local conhecido como “ponto de venda de drogas”, além do depoimento da testemunha (...) relevam que o réu se dedicava à atividade criminosa. Por outro lado, ainda que não se tenha provas exatas sobre a qual organização criminosa pertença o acusado, é certo que para vender drogas em um conhecido “ponto de vendas de entorpecentes” ele deve, necessariamente, estar inserido na estrutura da organização criminosa estabelecida naquela região, uma vez que, ainda, não há “livre concorrência” na venda de drogas. Ora, seria leviano acreditar que o réu simplesmente comprou papелotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu aquele local, coincidentemente, já conhecido pela venda de entorpecentes, e iniciou o seu “negócio”. Tal conclusão não se trata de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público e notório, notícias divulgadas diariamente pela imprensa, a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Assim, é certo que (...) se dedicava às atividades criminosas de tráfico de drogas, bem como há indícios de que integra organização criminosa, sendo impossível a concessão do redutor, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06. (Ap. nº 0004998-62.2011.8.26.0604 - Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Exma. Dra. **IVANA DAVID**).

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. Nesse sentido: “*De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo*” (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Portanto, mantém-se, o patamar de redução conforme estabelecido na resp. sentença.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena pelo crime de tráfico de drogas, 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, bem como a natureza e quantidade das drogas apreendidas, a obstarem, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido: “*A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais*” (TACRIM/SP - Ap. JOSÉ HABICE - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354). Da mesma forma: “*Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.*” (STF - Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº

76.191-1, Col. 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, decisões do C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) No presente caso, a quantidade de droga apreendida (231,680g de maconha) revela maior gravidade, o que justifica a manutenção do regime inicial fechado, pois está de acordo com os parâmetros legais expressos no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. (...)” (AgRg no REsp n. 2.010.296/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 17/11/2022); *“(...) O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de crack. (...)”*. (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023).

Outro não é o entendimento desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. RECURSOS DEFENSIVOS. (...) 14. Dosimetria. 15. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas (mais de 33kg de cocaína) são circunstâncias que justificam a exasperação da pena-base,

devido à sua alta nocividade e 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/PR1; HC n. 539.623/SP). 16. Reconhecimento do tráfico privilegiado pela r. sentença, que gerou a redução da reprimenda em 1/6 (um sexto). Fração de redução que levou em conta o maior grau de articulação entre os agentes e periculosidade diferenciada, dentre outros critérios, não havendo de se falar em concessão do redutor no máximo legal. 17. Pena do delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido mantida no mínimo legal. 18. **O regime inicial fechado revela-se o mais adequado aos apelantes, diante do quantum das reprimendas fixadas e da valoração negativa das circunstâncias judiciais (STJ. AgRg no HC n. 748.253/SC).** 19. Recursos desprovidos, com correção de erro material existente quanto ao regime prisional fixado para o início do cumprimento da pena de detenção, fixando-o no semiaberto; e correção de erro material quanto ao cálculo da pena pelo delito de tráfico.

(TJSP; Apelação Criminal 1539143-97.2022.8.26.0050; Relator (a): **Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/08/2024; Data de Registro: 08/08/2024 – 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.

Além disso, em que pese o pleito da defesa, entende-se incabível a imposição de regime mais ameno, em razão da aplicação do instituto da detração penal, nos termos do artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, o artigo em comento refere-se à possibilidade de

imposição de regime menos gravoso, descontando-se da pena imposta o tempo de prisão cautelar cumprida pelo Apelante e, na hipótese, o referido período é insuficiente para alterar o regime eleito pela d. Magistrada, mormente ao se considerar as circunstâncias específicas do caso em concreto, conforme disciplina o artigo 33, §3º do Código Penal.

Ademais, ante a ausência de informações acerca da situação carcerária do apelante, a indicar o direito ao benefício, o pleito de progressão do regime de pena deverá ser analisado pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei n. 7.210/1984, segundo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. INÍCIO DA EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO EXECUTÓRIO. DETRAÇÃO. CRÉDITO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Da análise detida dos autos e da consulta ao andamento processual no site do Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo tem-se que não foi iniciada a execução da pena, razão pela qual não há como se pleitear benefícios (progressão de regime). É firme neste Superior Tribunal de Justiça - STJ a orientação de que, nos termos do art. 66, III, c, da Lei n. 7.210/1984, compete ao Juízo da Execução Penal avaliar as matérias inerentes ao cumprimento da pena, dentre as quais o pedido de progressão de regime. Precedentes. 2. A questão relativa à detração em razão de prisão cautelar de crime diverso e cometido em período anterior ao daquele da pena ora imposta (crédito penal) não foi objeto de análise pela Corte de origem. Nessa ordem de idéias, conforme outrora aduzido, inviável qualquer manifestação direta por este Sodalício, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância. Precedentes. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega

provimento. (AgRg no HC 494.715/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019)

Desse modo, eventual progressão de regime prisional deve ser analisada pelo Juízo das Execuções, a quem compete verificar a presença dos requisitos necessários para a progressão, entre os quais o merecimento do sentenciado, que deve ser aferido de maneira cuidadosa para a adequada individualização da pena, inclusive com a realização de exame criminológico, se for o caso.

Em reforço, decisão recente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto simples. Sentença condenatória. Recurso da defesa requerendo a absolvição por atipicidade (insignificância) ou a redução da pena e a fixação de regime de cumprimento mais brando, considerada a detração. Fato material e formalmente típico, não havendo que se falar em aplicação do "princípio da insignificância", por ausência de previsão legal ou constitucional e por não preencher o ora recorrente os vetores estabelecidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, além de o recorrente ser reincidente específico. Condenação mantida. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal, em decorrência dos maus antecedentes. Adequação de erro material no cálculo da pena. (...) Regime inicial fechado. **Eventual detração que deve ser analisada pelo juízo das execuções.** Vedada a concessão dos benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do CP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 1500228-17.2024.8.26.0435; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pedreira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 27/11/2024; Data de Registro: 27/11/2024, g.n.)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao apelo, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator