



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000337469

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501523-28.2024.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante GUSTAVO AUGUSTO FREITAS DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena de Gustavo Augusto Freitas dos Santos a 6 anos reclusão e 600 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

HERMANN HERSCHANDER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal no. 1501523-28.2024.8.26.0617

Apelante: Gustavo Augusto Freitas dos Santos

Apelado: Ministério Público

Comarca: São José dos Campos

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Recurso da defesa. Absolvição. Insuficiência probatória. Pleitos subsidiários. Aplicação do redutor. Abrandamento do regime prisional. Inconstitucionalidade do quantum da pena de multa previsto na Lei nº 11.343/06. Materialidade e autoria demonstradas pelos exames periciais e prova oral produzida. A natureza, diversidade e quantidade do entorpecente apreendido, além das circunstâncias da prisão em flagrante, evidenciam a prática do tráfico de drogas. Condenação mantida. Dosimetria da pena. Pena-base fixada no mínimo legal. Aumento pela reincidência específica reduzido a 1/5. Redutor negado em razão da reincidência. Inviável o reconhecimento da inconstitucionalidade da sanção pecuniária. Não há violação aos princípios constitucionais de isonomia, proporcionalidade, razoabilidade ou individualização da pena. A pena de multa, prevista cumulativamente com a privativa de liberdade, não pode ser afastada ou reduzida, devendo o valor de cada dia-multa considerar a condição financeira do réu, conforme o artigo 43 da Lei nº 11.343/06 e o artigo 49, §1º, do Código Penal. Regime fechado para o início do cumprimento da pena, considerando as graves circunstâncias do fato e a reincidência específica. O montante da pena não autoriza a substituição por penas restritivas de direitos ou a concessão de sursis. Apelo parcialmente provido, para redução da reprimenda.

Voto no. 52.844

1. Insurge-se **Gustavo Augusto Freitas dos Santos** contra a r. sentença¹ prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. JOSÉ LOUREIRO SOBRINHO, cujo

¹ Fls. 187/194.

relatório ora se adota, que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei no. 11.343/06, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 dias-multa, no piso legal.

Postula a Defensoria Pública, em suas razões², a absolvição por insuficiência de provas para a condenação. Subsidiariamente, requer a redução da fração de aumento pela agravante da reincidência, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e o abrandamento do regime prisional. Sustenta, por fim, a inconstitucionalidade do *quantum* da pena de multa previsto na Lei nº 11.343/06, ao argumento de que afronta os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Devidamente contra-arrazado o recurso³.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Dr. ALFONSO PRESTI, manifesta-se no sentido de que se proceda à conversão do julgamento em diligência, para a juntada imediata do laudo de exame químico-toxicológico, e, após o cumprimento dessa diligência, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Anoto de início, em atenção ao quanto requerido pelo ilustre Procurador de Justiça, que o laudo de exame químico-toxicológico já foi juntado aos autos, às fls. 214/218.

3. A acusação é de que no dia 11 de setembro de 2024, por volta das 00h15min, na Avenida Alto do Rio Doce, Bairro Jardim Altos de Santana, na comarca de São José dos Campos, Gustavo Augusto Freitas dos Santos trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 51 porções de *maconha*, 19 porções de

² Fls. 195/207.

³ Fls. 214/218.

haxixe, 49 porções de crack e 161 porções de cocaína.

Nos exatos termos da denúncia, “(...) na data e horário supracitados, Policiais Militares realizavam patrulhamento de rotina pela Avenida Alto do Rio Doce, quando avistaram uma luz de lanterna em meio ao terreno baldio ali existente. Os militares, então, ingressaram no mencionado terreno, oportunidade em que se depararam com o denunciado, o qual estava na posse de uma sacola plástica e manuseava algo. Realizada a abordagem, os militares constataram que GUSTAVO manuseava drogas e que, no interior da mencionada sacola, havia 51 porções de maconha, 19 porções de haxixe, 49 porções de crack e 156 cápsulas contendo cocaína e 05 papелotes da mesma droga (cocaína). Assim, o denunciado foi preso em flagrante delito e conduzido à Delegacia de Polícia. Ouvido pela Autoridade Policial, GUSTAVO preferiu o silêncio (fls. 38/41). As drogas apreendidas foram submetidas a exame, positivando-se serem elas, efetivamente, maconha e cocaína (Fotografias a fls. 21/25. Laudo de constatação preliminar a fls. 32/35). As circunstâncias verificadas, em especial, a quantidade e variedade de droga e a forma como estava acondicionada, evidenciam que os entorpecentes apreendidos seriam destinados à comercialização.”⁴

Consoante superiormente demonstrado pela r. sentença, cujos fundamentos acolho como razões de decidir, não há dúvida de que o apelante praticou o crime que lhe é imputado.

A materialidade é demonstrada por exame químico-toxicológico⁵.

Inequívoca a autoria, assim como a destinação da droga à mercancia.

Na delegacia⁶, o apelante permaneceu em silêncio.

Em Juízo, negou a traficância. Asseverou que se encontrava em via pública

⁴ Fls. 113/114.

⁵ Fls. 121/123.

⁶ Fls. 38/41.

na posse de uma porção de *maconha* que acabara de adquirir. Foi abordado por policiais militares, os quais, em razão de ele não ter revelado o traficante de quem comprara a droga, apresentaram o restante do entorpecente em questão, acusando-o injustamente de tráfico e conduzindo-o até a Delegacia de Polícia.

Inócua a tentativa de exculpar-se.

Com efeito, sob a égide do contraditório, os policiais militares Felipe Thiago Martins Silva e Leonardo Martins de Avelar Luiz confirmaram os fatos descritos na denúncia. Esclareceram, em suma, que, durante diligência na área dos fatos, conhecida como ponto de tráfico, avistaram o réu em atitude suspeita, encontrando-o no interior de uma área verde. Realizaram, então, a abordagem, momento em que constataram que ele estava na posse das drogas apreendidas, as quais ele manipulava, em uma situação típica de tráfico. Ao ser indagado, e após certa relutância, o réu admitiu informalmente a traficância, afirmando que a droga lhe pertencia e era destinada à comercialização. Disse ainda que atuava em conjunto com terceiros, em um esquema de divisão de tarefas. Sua função, segundo o acusado, era transportar e estocar a droga naquele local, para que outros traficantes a retirassem e abastecessem os pontos de venda, viabilizando o comércio ilegal.

Tais relatos merecem crédito.

Como é cediço, nada impede que policiais, como quaisquer outras pessoas, possam testemunhar sobre fatos de que tiveram conhecimento.

Repele-se a preconceituosa objeção que procura inquinar aprioristicamente os depoimentos prestados por policiais, como se estes, em princípio, não fossem dignos de credibilidade.

Seria impensável que o Estado, sem qualquer motivo concreto, desprezasse os depoimentos daqueles que ele mesmo constituiu e a quem confiou a tarefa de

velar pela segurança pública.

Inexistindo qualquer indício de que os policiais militares tivessem algum interesse em incriminar falsamente o apelante por tão grave crime, seus depoimentos, seguros e coesos, merecem crédito.

Sobre a validade dos policiais, a doutrina e a jurisprudência mostram-se assentes e consoantes.

Nesse sentido a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73518, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP-00293).

A par disso, as testemunhas não foram contraditadas na oportunidade própria, prestando seus depoimentos sob o dever de dizer a verdade.

Impende destacar ainda que as testemunhas policiais, em contraditório judicial, podem **esclarecer** e **acrescentar** detalhes sobre a diligência realizada.

Não há entre os depoimentos qualquer divergência relevante, a ponto de colocar em dúvida os relatos das testemunhas.

Aliás, não se pode olvidar que a legislação processual penal em vigor não obriga a participação de testemunhas civis no momento em que ocorre a prisão em flagrante, mostrando-se, pois, legítimo o procedimento dos policiais militares.

Sabe-se, de resto, que é muito difícil, notadamente em casos como o dos autos, arrolar testemunhas estranhas aos quadros da polícia.

Como se vê, restou sobejamente demonstrada a prática, pelo apelante, do tráfico de drogas, não se vislumbrando motivos para desacreditar as palavras dos policiais militares.

Lado outro, irrelevante a não comercialização da droga no momento da prisão. A prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes independe da venda da droga ou posse de dinheiro, restando bem delineada nos autos a configuração do delito, na modalidade de trazer consigo entorpecentes para fins de tráfico.

A natureza, quantidade e a forma de acondicionamento do entorpecente apreendido – 51 porções de *maconha*, com peso líquido de 76,83 gramas, 19 porções de *haxixe*, com peso líquido de 6,66 gramas, 49 porções de *crack*, com peso líquido de 5,56 gramas, e 161 porções de cocaína, com peso líquido de 107,49 gramas⁷ -, somadas à atitude suspeita do apelante, à confissão informal do réu aos policiais militares, aos depoimentos destes e às demais circunstâncias que ensejaram o flagrante, denotam, de maneira hialina, a traficância.

De mais a mais, não é crível que policiais militares transportassem consigo drogas em expressiva quantidade com o intuito prévio de incriminar gratuitamente pessoas inocentes.

⁷ Fls. 32/35.

Logo, inviável acolher-se a pretensão absolutória, ressaltando-se, ainda, que eventual condição de usuário não exclui a de traficante.

4. Passa-se à análise da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, vale dizer, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, em face da reincidência específica⁸, mostra-se mais adequado o recrudescimento em 1/5, do que resultam 6 anos reclusão e 600 dias-multa.

Tal pena se consolida, à míngua de causas de aumento ou diminuição na derradeira etapa.

A reincidência, de fato, impede a aplicação da minorante do artigo 33 § 4º da Lei no. 11.343/06.

Não há falar-se, outrossim, em *bis in idem*, na esteira do entendimento desta C. 14ª Câmara Criminal⁹, por funcionar a reincidência como circunstância agravante genérica e fator impeditivo à incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei no. 11.343/06, já que se trata de efeitos diversos, legalmente previstos, provenientes do mesmo instituto, produzidos em fases distintas da dosimetria da pena.

Nessa esteira já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em bis in idem, mas

⁸ Fls. 80/83.

⁹ Confira-se, a propósito, apelação criminal no. 0032949-88.2010.8.26.0564, relatada pelo eminente Des. WILSON BARREIRA.

em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. (...)." (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).

Outrossim, não pode prosperar a pretensão subsidiária da Defesa, que visa ao reconhecimento da inconstitucionalidade da sanção pecuniária.

Lembre-se que o mínimo da pena pecuniária contra o qual se insurge o apelante pode ser reduzido, juntamente com a pena privativa de liberdade, caso preenchidos os requisitos do artigo 33 § 4º. da Lei nº. 11.343/2006.

Assim, olvida o apelante que a nova Lei de Drogas apenas conferiu ao Juiz um espectro mais amplo na dosagem da reprimenda, tendo em vista que o redutor pode baixá-la muito aquém do mínimo, situando-a em até 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

À vista do exposto, indevida qualquer alegação de afronta aos princípios constitucionais de isonomia, proporcionalidade, razoabilidade ou individualização da pena.

Ademais, inviável reduzir ou afastar a pena de multa, já que prevista cumulativamente com a pena privativa de liberdade no preceito secundário do tipo penal incriminador. De ver-se, ainda, que tão somente em relação ao valor a ser atribuído a cada dia-multa, a teor do que estatui o artigo 43 da Lei no. 11.343/06 e o artigo 49 §1º do Código Penal, é que se levam em consideração a condição financeira do réu.

5. Finalmente, o regime fechado, fixado para o início de cumprimento da pena, é o único possível em face da reincidência específica do acusado e das graves circunstâncias do fato, já enfatizadas – notadamente o tráfico de drogas altamente perniciosas (cocaína e *crack*), praticado em plena via pública, durante a madrugada.

O montante da pena não autoriza a substituição por restritivas de direitos ou concessão de *sursis*.

Não há falar-se em estipulação imediata de regime menos severo, considerado o lapso da prisão cautelar, tendo em vista as circunstâncias já apontadas, que determinam o regime mais gravoso.

Cabe lembrar que a detração do artigo 387 § 2º do CPP, a teor do que vem decidindo o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não enseja uma progressão antecipada, que prescindiria da presença do requisito de ordem subjetiva.

O cômputo dessa detração, na sentença, permite apenas que se considere a reprimenda já despojada do período da prisão cautelar, exclusivamente para estabelecimento dos limites do artigo 33 § 2º do Código Penal.

No entanto, o regime inicial remanesce vinculado não apenas a desses limites, mas à consideração das circunstâncias judiciais e da reincidência, tal como determina o artigo 33 §§ 2º. e 3º do Código Penal.

É o que ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se

autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3.º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira correta.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 13.^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Nesse sentido o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. (...) DETRAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIFERENTES INSTITUTOS. PROVIMENTO DO AGRAVO. CONCESSÃO PARCIAL. (...) A detração penal, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 3. Agravo regimental provido, concedendo parcialmente o habeas corpus a fim de determinar que o

Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 33 do CP e do art. 387, § 2º, do CPP.” (AgRg no HC 479.279/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019);

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida de ofício, pois a fixação o regime inicial semiaberto não decorre do quantum da pena imposta, mas da presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial. Precedentes. (...)” (HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019).

No caso em tela, a recidiva específica impede a estipulação de regime mais brando, ainda que decotado da pena o tempo da prisão cautelar.

De qualquer modo, foi expedida guia de recolhimento provisória¹⁰, de modo que, calculada a detração, caberá ao Juízo das Execuções Criminais verificar, na sede própria, se o sentenciado fará jus, desde logo, à progressão.

¹⁰ Fls. 220/222.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6. Isto posto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a pena de Gustavo Augusto Freitas dos Santos a 6 anos reclusão e 600 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença.

HERMANN HERSCHANDER

Desembargador Relator