



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000342563

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500425-59.2024.8.26.0115, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RODRIGO RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial para fixar ao réu RODRIGO RODRIGUES a pena de cinco anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, além da pena de multa equivalente a quinhentos dias-multa, fixados no mínimo legal, afastando-se o benefício da substituição da pena privativa de liberdade anteriormente concedido, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos. Comunique-se ao Juízo das Execuções. Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

FREITAS FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL: 1500425-59.2024.8.26.0115
Comarca: CAMPO LIMPO PAULISTA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO
Apelado: RODRIGO RODRIGUES
Voto: 45059

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

Rodrigo Rodrigues foi condenado a um ano e oito meses de reclusão, substituída por penas restritivas de direitos, pela prática de tráfico de drogas. O Ministério Público apelou, buscando aumento da pena-base, revogação da causa de diminuição de pena e afastamento da substituição da pena, além da fixação de regime inicial fechado.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) determinar se a pena-base deve ser aumentada, (ii) se a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas deve ser aplicada, (iii) se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é cabível e (iv) se o regime inicial fechado é adequado.

III. Razões de Decidir 3. A pena-base foi mantida no mínimo legal. 4. A causa de diminuição de pena foi afastada devido ao envolvimento contínuo do réu com o tráfico de drogas. 5. A substituição da pena foi revogada, pois a pena fixada excede quatro anos, inviabilizando o

benefício. 6. O regime inicial fechado foi fixado.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso parcialmente provido. Pena fixada em cinco anos de reclusão, regime inicial fechado, e quinhentos dias-multa. Afastamento da substituição da pena. *Tese de julgamento*: 1. O envolvimento contínuo no tráfico justificam o afastamento da causa de diminuição de pena.

Legislação Citada:

Lei 11.343/2006, art. 33, caput e §4º; Código Penal, art. 44, I.

Jurisprudência Citada:

EREsp 1.916.596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. 08/09/2021; STJ, AgRg no HC 814540 SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, T6, j. 13/11/2023; TJSP, Apelação Criminal 1501040-74.2023.8.26.0603, Rel. Klaus Marouelli Arroyo, j. 15/08/2024.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 22 de agosto de 2024 (fls. 149/175) pela 1ª Vara da comarca de Campo Limpo Paulista/SP, acrescenta-se que o réu RODRIGO RODRIGUES restou condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, no valor unitário base, pela prática da conduta prevista no artigo 33, *caput* e §4º, da Lei 11.343/2006, sendo a referida pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade pelo prazo

de metade da pena corporal e pagamento de prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

O douto representante do Ministério Público se insurgiu contra a r. decisão, ofertando recurso de apelação, por meio do qual busca, em resumo, a pena-base em patamar superior ao definido, a revogação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, ou sua aplicação no patamar mínimo legal, bem como o afastamento do benefício da substituição da pena, ou caso mantido, requer que a pena de prestação de serviços à comunidade seja cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e a fixação de regime inicial fechado (fls. 207/216).

Devidamente contra-arrazoado o recurso (fls. 240/243), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo provimento do recurso ministerial (fls. 256/261).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 21 de abril de 2024, às 15h20, na Estrada do Garcia, nº 1, via de acesso à Praça Parque Internacional, na cidade e comarca de Campo Limpo Paulista, RODRIGO RODRIGUES trazia consigo, com a finalidade de entrega a consumo de terceiras pessoas, 6,2g de cocaína em forma de “crack”, fracionada em 33 unidades, e 2,3g de cocaína, dividida em 08

tubos plásticos, tudo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Relata a inicial acusatória que guardas municipais, que realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, que é conhecido como ponto de venda de drogas, visualizaram RODRIGO em poder de uma sacola, além de outras pessoas não identificadas. Diante da presença dos agentes públicos, o réu tentou fugir, mas foi abordado.

Durante a abordagem, os guardas municipais localizaram no interior da sacola de RODRIGO as drogas inicialmente descritas. O acusado também trazia consigo a quantia de R\$ 329,80 em dinheiro e dois aparelhos celulares. Questionado, admitiu informalmente a traficância.

No mérito, a materialidade delitiva do delito de tráfico restou claramente demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 01), do Boletim de Ocorrência (fls. 05/08), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 16), do Laudo de Constatação (fls. 18/20), do Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 93/96) e pela prova oral colhida nos autos.

Também é inconteste a autoria do delito, uma vez que, em depoimentos harmônicos, coerentes e verossímeis, proferidos em ambas as fases da persecução penal, os guardas municipais responsáveis pelas diligências ratificaram a versão

acusatória, não havendo por que duvidar-se da palavra destes agentes, os quais não teriam qualquer motivo para imputar falsamente o crime, com o simples intuito de estragar a vida do acusado de maneira gratuita.

O conjunto probatório, portanto, é seguro e harmônico, não havendo dúvidas acerca da materialidade e da autoria deste crime.

Dessa forma, uma vez configurado o crime de tráfico descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado, a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção colhidos ao longo da *persecutio criminis* e não foram contestadas pelo presente recurso.

Cabe salientar que a prova colhida sob o crivo do contraditório mostrou-se plenamente apta a embasar o decreto condenatório pelo delito de tráfico, não sendo necessário esmiuçar aqui toda a prova dos autos, pois isto já foi feito, com todos os detalhes e ponderações na sentença condenatória.

Entretanto, com relação à fixação das penas, atende parcial razão o douto representante do Ministério Público, posto que as mesmas necessitam de ajustes para melhor se adequarem às circunstâncias do delito e, assim, atingirem sua finalidade. Senão vejamos.

A pena-base foi aplicada em seu patamar mínimo legal. Observo que as circunstâncias em que o delito de tráfico foi cometido não se distanciam do padrão esperado, bem como a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, apesar de considerável, devem ser relevadas nesta fase, sob pena de *bis in idem*, uma vez que tais particularidades serão empregadas em outros momentos do cálculo, como se verá adiante.

Assim, com o devido respeito à argumentação oferecida pelo Douto Representante do Ministério Público, pode-se concluir que a referida pena-base no presente caso se revela adequada e suficiente a atender plenamente a toda as suas finalidades, não havendo necessidade de maiores aumentos.

Inclusive, ressalte-se que eventual aumento da pena-base no presente caso mostrar-se-ia inócuo, em razão da presença da circunstância atenuante da menoridade relativa, que retornaria a pena ao seu mínimo legal.

Ato contínuo, o M.M. Magistrado *a quo* aplicou a redução prevista no artigo 33, §4º, do Código Penal, sendo certo que, com o devido respeito ao entendimento adotado pelo douto Juiz sentenciante, esta redução mostra-se incabível.

Atende razão ao *parquet* no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pois não parece correto que o réu

seja beneficiado com esta redução, tendo em vista que no caso em tela estão presentes circunstâncias que não recomendam tal benesse.

Uma vez que, apesar da primariedade formal do réu, restou comprovado nos autos que o mesmo perpetuou na vida criminosa, ostentando diversas passagens por atos infracionais (fls. 32), bem como restou detido em fevereiro de 2024 por prática de crime idêntico e, logo após ser colocado em liberdade provisória (março), praticou o crime em análise, o que evidencia a sua estreita ligação com o submundo das drogas.

Não obstante, é plenamente cabível o afastamento deste benefício com base em ato infracional, ademais, tendo em vista a proximidade temporal com o crime em apuração e a pluralidade de atos infracionais, circunstâncias estas que tornam a atitude do réu de alta periculosidade e indicam que o mesmo se dedica as atividades criminosas.

Sobre o tema, já decidiu a jurisprudência que:

“O histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal com o crime em apuração.” (EREsp 1.916.596-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Acd. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 08/09/2021, DJe 04/10/2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. PROXIMIDADE TEMPORAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 3. O registro de atos infracionais anteriores (quatro processos), pelo mesmo delito, análogo ao tráfico de drogas, com razoável proximidade temporal em relação ao crime objeto destes autos (aproximadamente dois anos), justifica o afastamento da minorante do tráfico privilegiado. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ - AgRg no HC: 814540 SP 2023/0115351-8, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF, Data de Julgamento: 13/11/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2023).

“Tráfico de drogas – Recurso defensivo – Conformidade com o mérito – Pena-base no mínimo – Impossibilidade – Maus antecedentes – Atos infracionais, contudo, que não podem ser considerados como circunstâncias desfavoráveis – Precedentes – Mantida apenas uma circunstância judicial desfavorável – Redimensionamento da fração de aumento para um sexto – Recurso parcialmente provido para este fim. Segunda fase – Redução pela confissão espontânea em patamar acima de um sexto – Impossibilidade – Fração de um sexto proporcional – Precedentes – Pena intermediária que não pode ser fixada aquém do mínimo – Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça. Reconhecimento tráfico privilegiado – Impossibilidade – Atos infracionais análogos ao tráfico de drogas que indicam que o acusado faz do crime seu meio de vida – Maus antecedentes – Desatendidos os requisitos do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Regime inicial mais brando – Inviabilidade – Maus antecedentes – Gravidade em concreto da conduta – Binômio reprovabilidade e suficiência das sanções impostas atendido. Diminuição da pena de multa – Reprovabilidade dos ilícitos penais que é estabelecida também no preceito secundário da norma incriminadora pelo "quantum" de pena fixado – Reprimenda mantida Restituição dos valores apreendidos – Quantia decorrente do crime de tráfico – Artigo 63 da Lei nº

11.343/06 – Perdimento mantido. Concessão da justiça gratuita – Hipossuficiência deverá ser comprovada no Juízo de Execução. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação Criminal 1501040-74.2023.8.26.0603, Relator Klaus Marouelli Arroyo, 7ª Câmara de Direito Criminal, j. 15/08/2024, g.n.).

Há também maior afetação ao bem juridicamente tutelado, ante a colocação de nocivas drogas nas ruas de cidade interiorana, as quais, por muitas vezes, não dispõem da estrutura ambulatorial para tratar de casos de overdose, circunstâncias estas que tornam a atitude do réu de alta periculosidade.

Ainda, ressalta-se que parece pouco crível que pessoa amadora e iniciante no tráfico estivesse em posse desta quantidade e diversidade de drogas, além de expressiva quantia em espécie, indicando já ter efetuado a venda de elevado número de porções.

Tudo isso aponta, assim, que não se está diante de criminoso iniciante, que, por descuido, envolveu-se com a traficância momentaneamente. Inclusive, o acusado não demonstrou deter atividade lícita, não indicando qualquer profissão em sua autuação na Delegacia, pelo contrário, indicando como meio de vida o tráfico de drogas (fls. 11), o que aponta que o mesmo fazia do crime seu meio de vida. Não se tratando, assim de traficante iniciante o qual a Lei buscou beneficiar.

Sendo certo que a conduta social do réu, a natureza dos entorpecentes e as circunstâncias em que as

drogas foram apreendidas podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do mesmo à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010. [...] (STF HC 121.057/SP Rel. Min. Luiz Fux j. 25.02.14 DJU 18.03.14).

É certo que a referida causa especial de diminuição de pena somente deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Assim, sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não se verifica no caso dos autos.

Dessa forma, impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

A sanção totaliza, assim, cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa, pena esta que se torna concreta, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Também atende razão ao *parquet* no que diz respeito à aplicação do benefício de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos concedido ao réu. Senão vejamos.

É certo que a concessão de tal benefício não se mostra mais possível no presente caso, vez que o *quantum* da pena privativa de liberdade fixado por este acórdão, como relatado acima, impede a aplicação do mesmo. Vez que, o próprio artigo 44 do Código Penal, em seu inciso I, estabelece como condição para que seja agraciado com tal benefício que ao réu não seja aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos, requisito este que não se faz presente no caso em tela, vedando, portanto, a concessão deste benefício.

Dessa forma, resta afastado o benefício da substituição.

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, vez que o próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela, o réu não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade, como já pontuado acima, indicando total descaso para

com a justiça pátria, não assimilando nada da terapêutica empregada, optando por perpetuar as atividades criminosas, fazendo das mesmas seu modo de vida, acreditando na impunidade, mantendo nefasto vício, que cada vez ceifa mais vidas jovens, demonstrando, assim, total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro pessoal.

Nota-se, também, que os entorpecentes encontrados se revelam ainda mais nocivo do que os demais, sendo certo que para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência pela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, diferentemente da maconha (droga depressora), a *Erythroxylum Coca* é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranoia e debilita os elementos mais nobres da personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade (Delton Croce Jr. Manual de medicina legal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 665). Ou seja, tem-se a mistura perfeita para o fomento à criminalidade violenta.

Assim, a determinação do regime inicial é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena, não havendo qualquer ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto a fixação de tal regime decorre de

circunstâncias e fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Nesse sentido:

“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, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98)

“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)

Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Deve-se considerar, ainda, o alto índice de drogas produzidas no país e a nossa avantajada localização geográfica, que facilita a criação de rotas para a entrada e saída de entorpecentes, que então abastecem o tráfico internacional.

Nota-se, também, que o crime de

tráfico se tornou um mal presente na sociedade atual, gerando tremenda insegurança na população.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

“TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO SUBSIDIÁRIO - FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO INADMISSIBILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. “Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado”. RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJ/SP. AP 0057527-71.2011.8.26.0050. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Data do julgamento: 27/06/2013.

“Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06).(…) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas.” (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013)

“Tráfico de entorpecentes. Réu que, em

local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R\$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido.” (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Ainda, quando o regime de pena é de tal modo brando que provoca na consciência do infrator a impressão de total ausência de resposta estatal em relação à conduta praticada, ficam desatendidas as exigências da prevenção penal, reduzindo-se a atividade persecutória a um mero embate intelectual de argumentos jurídicos, sem qualquer resultado prático ou repercussão social.

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Diante do exposto, pelo meu voto,
DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial para fixar ao

réu RODRIGO RODRIGUES a pena de cinco anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, além da pena de multa equivalente a quinhentos dias-multa, fixados no mínimo legal, afastando-se o benefício da substituição da pena privativa de liberdade anteriormente concedido, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Comunique-se ao Juízo das Execuções.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**
RELATOR