



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000343525

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500777-09.2024.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante HERIVELTO HARRISON PEREIRA GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 DEFENSIVO** para, mantida a condenação de **HERIVELTO HARRISON PEREIRA GOMES** por tráfico de drogas, reduzir as penas bases e a fração de aumento em razão da reincidência, fixadas as penas finais em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime fechado, e 680 dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

IVANA DAVID

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 35.314

Apelação Criminal nº 1500777-09.2024.8.26.0441 – Peruíbe

Apelante: **HERIVELTO HARRISON PEREIRA GOMES**

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a prova da materialidade e autoria delitiva é suficiente a sustentar a condenação pelo crime apontado na denúncia; e (ii) verificar se adequadas as penas impostas.

2. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Palavras dos agentes da lei que merecem primazia na formação do convencimento. Descrição detalhada da conduta típica e ilícita. Inconsistente a negativa de autoria. Desclassificação para a conduta do artigo 28 da lei de drogas descabida. Tipo penal de ação múltipla, despcienda a observância do acusado em plena traditio. Condições do flagrante a denotar a finalidade mercantil do entorpecente apreendido. Condenação mantida.

3. Penas fixadas observados os artigos 59 do Código Penal e 42 da lei de drogas. Bases acima do mínimo, dada a quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos, reduzida, nesta instância, a fração de aumento aplicada. Dupla reincidência específica compensada parcialmente com a confissão espontânea, reduzida, também nesta instância, a fração aplicada, em conformidade com o Tema 585 do STJ. Descabido o redutor. Regime fechado mantido. Descabida a detração, cuja benesse deve ser analisada pelo juízo da execução penal. Substituição e “sursis” descabidos.

4. Recurso parcialmente provido.

Ao relatório da r. sentença de fls. 154/162, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. **Guilherme Pinho Ribeiro**, ora fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar **HERIVELTO HARRISON PEREIRA GOMES** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, recebendo as penas de **08 anos e 04 meses de reclusão**, no regime fechado, e **833 dias-multa**, no piso, negado o

direito de recorrer em liberdade.

Apelou a Defesa buscando a absolvição com fundamento no artigo 386, V, VI e VII, do Código de Processo Penal (fls. 168/175).

Bem processado o recurso, com oferta das contrarrazões de fls. 191/193, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 211/216), vindo conclusos a esta relatoria em 19 de fevereiro de 2025.

É o relatório.

A acusação foi a de que, no dia 20 de junho de 2024, por volta das 13h00min, na rua Beira Rio nº 201, Viela 02, Barraco, Jardim Veneza, na cidade e comarca de Peruíbe, **HERIVELTO HARRISON PEREIRA GOMES** guardava, para fins de tráfico e sem autorização, 01 saco contendo *cocaína* a granel (54,20g) e 35 porções de *maconha* (294,80g).

Segundo o apurado, policiais civis realizavam busca de uma pessoa foragida no local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas ("Favela do Caixote"), ocasião em que visualizaram o acusado, com características semelhantes ao procurado e decidiram fazer a abordagem. Prontamente, ao perceber a presença policial, ele tentou empreender fuga e ingressou no barraco, instante em que a equipe também entrou no local e o deteve. Na ocasião, Herivelto revelou que cumpre pena em regime semiaberto no Centro de Progressão Penitenciária (CPP) de Valparaíso, e os policiais localizaram sobre a mesa do "barraco" *cocaína* a granel e diversas porções de *maconha* embaladas. Indagado, ele informou que as porções de *maconha* seriam ingeridas para consumo dentro do CPP e a *cocaína* seria cheirada para "tomar coragem" de engolir (**conf. denúncia – fls. 52/53**).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 03/05), auto de exibição e apreensão (fl. 08), auto de constatação preliminar (fl. 09), fotografias (fls. 12/13) e exame químico-toxicológico (fls. 149/150), com

resultado positivo para *cocaína* e *maconha*, bem como pela prova oral produzida nas duas fases do processo (fls. 06/07, 10 – delegacia; e arquivo digital – juízo).

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Herivelto Harrison Pereira Gomes, ao ser ouvido na Delegacia de Polícia, relatou que *“cumpre pena em regime semiaberto junto ao CPP de Valparaíso/SP e aos 11/06/2024 recebeu o benefício da 'saudinha', tendo, dessa forma, que retornar aos 17/06/2024. Ocorre que o interrogando é usuário de drogas desde a adolescência e possui familiares em Peruíbe, de modo que passou todas as noites nesta cidade usando drogas e sobrevivendo de reciclagem, próximo a comunidade do Caixote. Nesta manhã comprou, com o dinheiro arrecadado com a venda do reciclado, certa quantidade de maconha e decidiu que retornaria ao CPP, porém, a fim de sustentar seu vício, resolveu embalar e engolir a maconha para adentar no presídio em posse da mesma. Indagado a respeito da cocaína localizada em sua posse, respondeu que também a adquiriu com o dinheiro da reciclagem e que seria para seu uso com amigos, como uma espécie de despedida e que não entraria no presídio em posse da cocaína, somente da maconha.”* (fl. 10).

Em juízo, contou que é morador do local desde os seis anos de idade e que já foi preso por tráfico de drogas em duas oportunidades. Estava de saída de sua residência, casa da sua irmã. Os policiais entraram na sua casa e o abordaram perguntando se tinha drogas. Realmente, falou que tinha drogas. Estava consumindo cocaína e fumando maconha. Não dificultou a conduta dos policiais. Admitiu logo para não ficarem procurando. Em nenhum momento estava em viela traficando. Era só um plastiquinho de *cocaína*, não sabe quantas gramas tinha e a maconha embalada estava dando 290g, mas tem o peso da embalagem. Estava em débito dentro da colônia, porque é usuário de drogas. Já foi internado várias vezes, inclusive quando era menor, desde os 16 anos, por causa do crack. Engoliu as drogas, mas nunca

tinha feito isso antes, então optou por não voltar para a colônia e não levar a droga. Ficou na rua. As drogas estavam sob sua posse sim. Concordou com o cara para deixar as drogas consigo para quando voltasse não ficar sendo cobrado na rua. Quem tem dívida dentro da cadeia, se não pagar, apanha ou morre. Desistiu, então, de engolir a droga, mas concordou em deixá-la armazenada em sua casa para ele buscar depois. Se voltasse sem a droga, ia ser cobrado, ficou com medo e ficou na rua. Falou para os policiais que a droga era para seu consumo para eles não falarem que estava traficando em viela, vendendo droga para os outros, fazendo de sua casa uma casa-bomba (arquivo digital).

De seu lado, os policiais civis oficiais **Juanderson Pereira da Silva** e **Roberto Pinheiro**, responsáveis pela prisão do réu e apreensão dos entorpecentes, ao serem ouvidos na Delegacia de Polícia, apresentaram depoimentos firmes e substanciais, confirmando os fatos exatamente como narrados na denúncia, corroborando a prova acusatória (fls. 06/07).

Em juízo, o policial **Roberto** reiterou o quanto narrado em solo policial, oportunidade em que relatou que estavam em diligência na biqueira do Caixote quando viram o réu adentrando em um barraco, aparentemente fazendo a posição de traficância. Quando adentraram, ele tinha várias porções de maconha. Ele estava embalando em balões de látex, de festa, e tinha também porções de cocaína. Ele também estava consumindo a droga. Como ele ia para o semiaberto, ele estava engolindo essas porções de maconha para depois, dentro do presídio, colocar para fora. Diante disso o encaminharam à Delegacia junto com as drogas. Algumas drogas já estavam embaladas no látex. A viela toda é um ponto de tráfico, os barracos são usados como ponto de venda de drogas. Não conhecia o réu (arquivo digital).

Destaco que, conforme jurisprudência dominante, não há qualquer impedimento no depoimento de policiais, que é idôneo para embasar

um decreto condenatório, uma vez que não armariam uma situação para incriminar inocentes, principalmente quando seus depoimentos são coerentes com as demais provas, colhido sob o crivo do contraditório, como na hipótese dos autos.

Sobre a idoneidade dos depoimentos dos agentes públicos, o E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: “...*esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.*” (AgRg no AREsp 1.917.106/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 14.03.2023, DJe 17.03.2023).

Ainda: STF, ARE 1406375/SC, rel. Min. André Mendonça, j. 12.03.2023, pub. 13.03.2023; STJ, HC 814.576/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 12.04.2023, DJe 14.04.2023.

Para afastar-se suas presumidas idoneidades seria preciso constatar divergências em seus relatos ou demonstrar alguma desavença séria com o réu que os tornassem suspeitos ou capazes de prejudicar inocentes. Cabendo à Defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (HC nº 165.561/AM, rel. Min. Nélfi Cordeiro, j. em 2.2.2016). Mas disso não se cuidou aqui.

Despicienda, outrossim, a qualificação de testemunhas civis e isentas, que supostamente teriam presenciado o flagrante, uma vez que, em situações como a dos autos, tem-se enorme dificuldade em arrolar testemunhas civis, caso contrário a própria defesa teria buscado produzir tal prova.

Sabido ainda o temor que as pessoas têm em narrar o ocorrido às autoridades competentes, dado o poderio intimidador da criminalidade organizada, que, aliás, fomenta o tráfico de drogas.

Ademais, a legislação processual penal vigente não obriga a presença de testemunhas civis no momento da prisão em flagrante.

Ressalto que a quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como o modo como estavam acondicionados (**01 saco contendo cocaína a granel - 54,20g; e 35 porções de maconha - 294,80g**), próprias para a venda, corroborada pela ausência de petrechos destinados ao consumo, denota, sem dúvidas, o intuito mercantil, tornando impossível a desclassificação para a conduta do artigo 28 da lei de drogas, não sendo crível que possuísse considerável quantidade de entorpecentes para o consumo próprio. Sem comprovação escoreita da condição de usuário ou dependente químico, aliás.

Ainda que fosse comprovada a dependência química, tal não afastaria a traficância, pois é sabido que muitos passam a traficar para sustentar o próprio vício.

E, diante da extensiva tipificação penal, não se exige qualquer ato de comércio para a incidência no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, bastando que a conduta do agente conste dentre os núcleos verbais nele referidos, no presente caso, aquele de “**guardar**” as substâncias entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros. Assim, ainda que não flagrado em plena *traditio*, o crime de tráfico de drogas já estava consumado da mesma forma, porquanto, se trata de delito de ação múltipla.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais: “*Ressalte-se que a configuração do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 prescinde da flagrância do ato de venda ou entrega da substância entorpecente, já que o delito é de mera conduta. Em outras palavras, não prevê e não exige eventual resultado como pressuposto para sua caracterização. Logo, basta que o agente pratique um dos verbos contidos no dispositivo legal, cuja destinação comercial é presumida pelas circunstâncias do caso concreto, causando perigo à incolumidade e à saúde pública. Por esses motivos, diante das circunstâncias em que ocorreu a prisão em*

flagrante, é inegável que o recorrente, na data dos fatos, trazia consigo as drogas com o objetivo de comercializá-las, motivo pelo qual não comporta provimento o pleito defensivo de absolvição.” (Habeas Corpus nº 816.768-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24.04.2023).

Devemos lembrar, também, que o Magistrado ao analisar o caso e optar pela desclassificação para a figura do porte, deve se ater ao disposto no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei Antidrogas, ou seja, verificar se a droga apreendida em poder do acusado seria mesmo destinada ao seu consumo ou conforme dispõe o citado artigo: “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Assim, a prova é farta e coesa, estando perfeitamente caracterizada a prática do tráfico de entorpecente, não comprovando a Defesa de forma escorreita a tese apresentada em juízo, o que lhe cabia, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, ficando seus argumentos somente nas alegações.

Passo à dosimetria das penas.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, as bases foram fixadas 1/4 acima do piso, sopesada a quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos, partindo-se, assim, de **06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa**, no piso.

Ressalte-se: se mostraria uma inequívoca afronta ao princípio da proporcionalidade impor a pena base mínima para quem guardava grande quantidade de entorpecentes, parte de alta nocividade, como se fosse alguém portando apenas pequenas porções de maconha, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Ocorre que, havendo somente uma circunstância judicial desfavorável, mais adequado que a majoração se dê em 1/6, de sorte a se obter **05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**, no piso.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência (fls. 137/143 e 144/147 – processos nºs **(1)** 0004703-92.2012.8.26.0441 – tráfico de drogas; e **(2)** 1500360-32.2019.8.26.0441 – tráfico de drogas), houve a compensação parcial com a atenuante da confissão espontânea, majoradas as penas em mais 1/3, de sorte a se obter 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, no piso.

Contudo, em havendo somente dois processos a caracterizar reincidência, deve um deles ser utilizado para fins de compensação com a atenuante e o outro para aumentar as penas, a tornar mais adequada a majoração em 1/6 nesta fase, tal como decidido no Tema Repetitivo nº 585 do e. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “*É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade*” (REsp n. 1.931.145/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 22 de junho de 2022). (*grifo nosso*), obtendo-se agora **06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa**, no piso.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, as reprimendas não sofrem alterações, tornando-se definitivas porque ausentes outras circunstâncias modificadoras.

Era realmente inviável a concessão do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que a reincidência (fls.

137/143 e 144/147 – processos nºs (1) 0004703-92.2012.8.26.0441 – tráfico de drogas; e (2) 1500360-32.2019.8.26.0441 – tráfico de drogas), por si só, obsta a aplicação do benefício.

Há expressa vedação legal, negando a concessão do redutor para reincidentes e portadores de maus antecedentes, não havendo se falar, portanto, em ilegalidade ou ocorrência de “*bis in idem*”, porque novamente apenado pelos crimes precedentes ou porque utilizadas as circunstâncias nas primeiras fases da dosagem. Trata-se, na verdade, de mais um instrumento a individualizar a pena, uma vez que não deve o apelante ser tratado da mesma forma que alguém que nunca teve passagem criminal.

Também não há se falar em inconstitucionalidade da proibição na concessão do redutor. Nesse sentido, a jurisprudência da Instância Especial: AgRg no AREsp 1382648/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 18.06.2019, DJe 27.06.2019; e HC 326267/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, j. 17.05.2016, DJe 25.05.2016.

E o regime inicial de cumprimento deveria ser mesmo o **fechado** o único cabível na hipótese, ainda que não fosse pelo *quantum* das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta. Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

Contudo, nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, **quanto**

maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação Criminal nº 1501748-68.2022.8.26.0536, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 27.04.2023).

Reitere-se: como já se decidiu recentemente, *“a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso” (AgRg no REsp n. 1.994.397/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022).*” (AgRg no HC nº 754.645/SP, rel. Min. Jesuíno Rissato, j. em 17.04.2023 - grifo nosso).

Fato é que a conduta penal aqui apurada é grave, a par de provocar desassossego à sociedade, ocasionando sérios problemas de saúde pública, sem falar na personalidade distorcida e ousada do acusado, que praticava o delito sem qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros.

Aliás, a reincidência, por si só, exige a fixação do regime mais gravoso (art. 33, § 2º, do Código Penal).

Inviável, neste momento, aplicar-se a regra da detração (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal), porquanto, nesse momento, não há elementos para avaliar os requisitos necessários à eventual progressão de regime, e, também, porque o Juiz das execuções penais ainda é competente para decidir sobre essa questão, nos termos do artigo 66 da Lei das Execuções Penais.

Também se afigura descabido falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou *“sursis”*, porque não recomendáveis e porque os requisitos legais não se veem como satisfeitos (artigos 44 e 77 do

Código Penal), dada a reincidência e o montante da pena aplicada, superior a quatro anos, o que afasta a aplicação de tais benesses.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO** para, mantida a condenação de HERIVELTO HARRISON PEREIRA GOMES por tráfico de drogas, reduzir as penas bases e a fração de aumento em razão da reincidência, fixadas as penas finais em **06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime fechado, e 680 dias-multa**, no piso, mantida, no mais, a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Providencie a Secretaria a imediata comunicação do resultado do julgamento ao Juízo da Execução.

IVANA DAVID
Relatora