



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000344003**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1521456-87.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GABRIEL DA SILVA ANDRADE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso, concederam ao acusado os benefícios da justiça gratuita e, no mérito, negaram-lhe provimento, mantendo, in totum, a r. sentença, por v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

**MARCOS ZILLI**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Voto nº 9888**

**16ª Câmara de Direito Criminal**

**Apelação Criminal nº 1521456-87.2024.8.26.0228**

**Apelante: Gabriel da Silva Andrade**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de**

**São Paulo**

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ABRANDAMENTO DA SANÇÃO PENAL. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. AFASTAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO IMPROVIDO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA CONCEDIDA.**

**I. DO CASO EM EXAME**

**1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Gabriel da Silva Andrade, contra a r. sentença que o condenou à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput Lei n. 11.343/06. Pleito recursal que proclama pela absolvição do acusado por insuficiência de prova. Pedidos subsidiários: (i) reconhecimento e aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006; (ii) adequação da sanção penal imposta; e (iii) imposição da regime inicial mais brando para o início do cumprimento de pena; (iv) afastamento da pena pecuniária; e (v) concessão da gratuidade de justiça.**

## II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Policiais militares que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, em patrulhamento na comunidade de Paraisópolis, avistaram o réu na entrada de uma viela, portando uma sacola volumosa e um aparelho celular, o que despertou suspeitas e motivou a abordagem. Ao perceber a aproximação dos agentes, o acusado empreendeu fuga, adentrando uma viela, subindo uma escada e ingressando em uma residência. Os policiais o seguiram. Ao chegaram ao imóvel no qual o réu havia adentrado, o acusado os recebeu, trajando apenas roupa íntima, alegando que estaria dormindo, sem, contudo, saber informar quem seria o proprietário do imóvel ou quem ali residiria. Diante das circunstâncias, os policiais realizaram buscas no interior da residência e localizaram a sacola que o réu portava quando divisado na entrada da viela, contendo expressiva quantidade e variedade de substâncias entorpecentes.

## III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Pedido de isenção do pagamento das custas processuais. Hipossuficiência financeira. Cabimento.

4. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos policiais civis indicando a detenção em flagrante do acusado, o qual empreendeu fuga ao perceber a aproximação dos agentes de segurança. Policiais que conseguiram abordar o réu, localizado no interior da sacola que ele portava, expressiva quantidade e variedade de entorpecentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Versão do réu que se mostrou contraditória e inverossímil.

5. Da dosimetria. 5.1. Basilar fixada no mínimo legal ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Agravante e atenuantes. Inexistência. Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas. Apreensão de quantidade expressiva e variada de substâncias entorpecentes que demonstra que o acusado faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Manutenção do regime inicial fechado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos.

#### IV. DISPOSITIVO

**6. Recurso conhecido e, no mérito, improvido. Concessão da assistência judiciária gratuita.**

**Legislação e Jurisprudência relevantes citadas:**  
Legislação Citada: Lei 11.343/06, art. 33, caput e §4º; Código de Processo Civil, art. 99, §3º; Código Penal, art. 33, §2º. TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Rel. Des. Osni Pereira, j. 16/10/2019; STJ, HC n.º 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016; STJ, HC n.º 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **GABRIEL DA SILVA ANDRADE**, contra a r. sentença proferida pela **MMª. Juíza de Direito Cynthia Maria Sabino Bezerra Camurri, da 8ª Vara Criminal do da Comarca de Leme**, que o condenou à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 129/142).

Em razões recursais a defesa sustenta que as provas produzidas são insuficientes para fundamentar o édito condenatório. Pleiteia, ademais, pela aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, aduzindo que o acusado preenche os requisitos para tanto. Postula pelo abrandamento da sanção penal imposta, pela fixação de regime inicial mais brando, pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos e pelo afastamento da pena pecuniária. Por fim, requer, a concessão da gratuidade de justiça. (fls. 146/174)

Contrarrazoado o recurso (fls.184/191), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 211/216).

**Eis, em síntese, o relatório.**

## 1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

## 2. Do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita

A defesa pleiteia a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o réu não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a declaração, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo na presente Câmara:

*Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse. Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais.*

(TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019).

### 3. Da apelação interposta pela defesa do réu

#### 3.1. Breve síntese dos fatos

O réu foi denunciado e processado como incurso no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, porque, no 08 de setembro de 2024, por volta das 16h40, na rua Herbert Spencer, nº 235, Paraisópolis, na cidade e comarca de São Paulo, trazia consigo, para fins de tráfico: (i) 350 porções de *crack*, pesando 124 gramas; (ii) 222 porções de maconha, pesando 896.3 gramas; (iii) 120 porções de “K9”, pesando 16 gramas; (iv) 83 porções de *skunk*, pesando 41.3 gramas; (v) 22 porções de “lança-perfume”, com volume líquido de 198 mililitros; (vi) 37 porções de *haxixe*, pesando 5 gramas; e (vii) 312 porções de cocaína, pesando 191,9 gramas, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado, policiais militares realizavam patrulhamento a pé no interior da comunidade de Paraisópolis, quando divisaram o réu, na entrada de uma viela, portando uma sacola volumosa em uma das mãos e um aparelho celular na outra. A cena despertou suspeitas e motivou a abordagem. Contudo, ao notar a aproximação dos policiais, o acusado empreendeu fuga, adentrou em uma viela, subiu uma escada e ingressou em uma residência. Os agentes de segurança o perseguiram. Uma vez em frente à casa na qual o acusado havia entrado, chamaram pelo morador. Após alguns instantes, o acusado surgiu trajando roupa íntima, alegando que estava dormindo. Todavia, não soube informar, de forma convincente, quem seria o proprietário daquele imóvel, tampouco quem residiria no local. Nesse cenário, os policiais adentraram a residência e realizaram busca no imóvel. Ali, encontraram, sob um beliche, a sacola que réu portava no momento em que foi avistado, bem como as vestes por ele utilizadas. No interior da referida sacola, foi encontrada expressiva quantidade e diversidade de drogas, já fracionadas e acondicionadas em porções individualizadas, prontas para comercialização. Nesse contexto, deram voz de prisão ao acusado. Antes de deixarem o local dos fatos, os agentes públicos foram informados por vizinhos que o acusado não residia naquele local, tampouco era conhecido do proprietário, que se chamava Salomão.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 33/37). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

### **3.2. Da prova oral produzida**

Em juízo, o policial militar Felipe Ricardo Salgado manteve a narrativa apresentada na fase preliminar. Uma vez em poder de informações acerca de um ponto de tráfico, realizou incursão na comunidade de Paraisópolis. Ali, ao entrarem em uma viela, avistaram o acusado na posse de um celular e de uma sacola. O réu, ao notar a aproximação dos agentes de segurança, fugiu. Perseguiram-no. O réu, contudo, ingressou em uma casa e fechou as portas. Chamaram pelo acusado, que os recebeu vestindo somente cuecas. Indagaram-no sobre a pessoa que residiria naquele imóvel, ao que ele não soube responder. Ao entrarem no cômodo em que o réu estava, divisaram as roupas que ele trajava quando o avistaram na rua, bem como a sacola que ele portava. No interior da sacola havia várias substâncias entorpecentes. O acusado negou a propriedade daquele objeto. Questionaram-no sobre o motivo pelo qual havia corrido ao que o acusado respondeu que assim procedera por medo. Não havia mais ninguém naquela casa.

No mesmo sentido convergiram os relatos do policial Guilherme Paulino, ouvido em ambas as fases da persecução penal.

Ouvida em juízo na qualidade de informante, Ana Beatriz Piancó Benigno, amiga íntima da mulher do acusado, disse que no dia dos fatos estava na companhia do réu em um bar. Em um determinado momento o acusado se retirou do local para atender a uma ligação telefônica. Após uns 15 minutos, aproximadamente, soube que o acusado havia sido abordado e detido. Não presenciou os fatos. Afirmou que o acusado não portava sacola alguma. Disse a casa em que o acusado foi detido não era a residência dele. Não soube dizer quem residia naquele local.

Sob o crivo do contraditório, Francivaldo Pereira dos Santos, proprietário do bar em que o réu estava no dia dos acontecimentos, não viu quando ele saiu do bar. Tomou conhecimento, posteriormente, de sua prisão. Não foi até o

local dos fatos.

Em juízo, a irmã do acusado, Manoela da Silva Santana Andrade, ouvida na qualidade de informante, disse que no dia dos acontecimentos, estava na companhia do réu, bebendo em um boteco. Em certo momento, o acusado deixou o recinto, alegando que precisava “tomar um ar”. Cerca de quinze minutos após, soube que ele havia sido detido. Não soube precisar quem residia na casa em que o acusado foi abordado, tampouco o que o acusado lá fazia.

Em solo policial, o acusado negou os fatos. Disse que não portava sacola alguma. Disse ter fugido dos policiais por medo. Correu para a casa de uma moça chamada Daiane, a qual conheceu em um baile funk na noite anterior aos fatos. Entrou na casa de Daiane, tirou a roupa e deitou-se. Na sequência os policiais chegaram e lhe mostraram uma sacola contendo drogas. Negou a propriedade daquele objeto. Por fim, disse que não tinha o número do telefone de Daiane ou qualquer outra informação sobre ela.

Interrogado em juízo, modificou a narrativa anteriormente ofertada. Disse que no dia dos fatos, estava em um bar na companhia de amigos e familiares. Em determinado momento, saiu para a rua. Disse que estava alterado em razão do consumo de álcool, por isso fugiu. Enquanto corria, viu a porta de uma casa aberta e ali adentrou para lavar o rosto. Não conhecia quem residia naquele imóvel. Negou a propriedade da sacola que continha as drogas apreendidas.

### **3.3. Da valoração da prova**

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para cocaína, maconha e diclorometano (fls. 19/24). O laudo de exame químico toxicológico definitivo, resultou positivo para: (i) 350 porções de cocaína na forma de *crack*, com massa líquida de 124 gramas; (ii) 222 porções de de maconha, com massa líquida de 896.3 gramas; (iii) 120 porções de MDMB-4EN-PINACA, vulgarmente conhecida como “K9”, com massa líquida de 16 gramas; (iv) 83 porções de maconha, na forma de *skunk*, com massa líquida de 41.3 gramas; (v) 22 porções



de Diclorometano (cloreto de metileno), vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, com volume líquido de 198 mililitros; (vi) 37 porções de maconha na forma de *haxixe*, com massa líquida de 5 gramas; e (vii) 312 porções de cocaína, com massa líquida de 191,9 gramas.

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação do réu com as substâncias entorpecentes encontradas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os policiais militares Felipe e Guilherme apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Durante patrulhamento em uma comunidade, avistaram o acusado, parado na entrada de uma viela na posse de uma sacola. Ao perceber a aproximação dos agentes de segurança, o réu correu. Diante da fuga do acusado, os agentes o seguiram até uma residência, na qual ele havia ingressado. Chamaram pelo réu, que os recebeu. Em vistoria no local, encontraram a sacola que ele portava, quando divisado na entrada da viela, a qual continha expressiva quantidade e variedade de entorpecentes fracionados para venda.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

**(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente,**

**notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.**

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

**Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, 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, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.**

(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

A testemunha Francivaldo alegou não ter se dirigido até o local dos fatos. Por outro lado, as versões das testemunhas Ana Beatriz e Manoela, amiga íntima e irmão do acusado, respectivamente, dando conta de que o réu não era o proprietário dos entorpecentes, não convencem. A uma, porquanto seus relatos devem ser tomados com parcialidade, em razão do vínculo emocional que mantém com o acusado. A duas, porque não encontram suporte nas provas produzidas em ambas as fases da persecução penal.

Por outro lado, o réu expôs narrativas contraditórias. Em solo policial, afirmou que ao fugir buscou abrigo na casa de uma mulher que conhecera na véspera dos fatos. Em juízo, disse que desconhecia o proprietário da casa na qual foi detido pelos policiais. De outra banda, a alegação de que a propriedade dos entorpecentes localizados na sacola lhe foram injustamente imputados, além de pueril, não soa verossímil. Afinal, foi avistado em poder daquela sacola quando se pôs a fugir. Não há qualquer elemento que demonstre a má intenção dos policiais militares em acusar falsamente o réu por tão grave crime.

Por fim, o argumento da defesa de que as imagens das câmeras corporais, utilizadas pelos agentes de segurança, não demostram o instante em que

foi localizada a sacola contendo os entorpecentes é meramente especulativa. Com efeito, as imagens apontam que o objeto foi localizado no interior do imóvel, junto às vestes que o réu trajava, quando avistado pelos policiais na entrada da viela (fls. 113-vídeo 3,15mim00s).

A bem da verdade, a narrativa do réu não resiste quando confrontada com os relatos coerentes apresentados pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição do réu pela prática do crime previsto pelo artigo 33, *caput* da Lei de Drogas.

A condenação foi a medida correta

### 3.4. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença.

O fato de não ter sido flagrado executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo artigo 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria posse das substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. (...)

**7. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).**

(STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. TRÁFICO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. (...)

**3. O crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito. (...)**

10. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

**4. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.**

5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

A destinação comercial foi comprovada. Afinal, foram apreendidas: (i)

350 porções de cocaína na forma de *crack*, com massa líquida de 124 gramas; (ii) 222 porções de de maconha, com massa líquida de 896.3 gramas; (iii) 120 porções de MDMA-4EN-PINACA, vulgarmente conhecida como “K9”, com massa líquida de 16 gramas; (iv) 83 porções de maconha, na forma de *skunk*, com massa líquida de 41.3 gramas; (v) 22 porções de Diclorometano (cloreto de metileno), vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, com volume líquido de 198 mililitros; (vi) 37 porções de maconha na forma de *haxixe*, com massa líquida de 5 gramas; e (vii) 312 porções de cocaína, com massa líquida de 191,9 gramas.

. Não se pode olvidar, por outro lado, da forma pela qual as substâncias estavam embaladas, vale dizer, em porções individuais, o que demonstra a destinação que seria dada à droga. Os fatos assim postos, portanto, levam à incidência da norma penal dada pelo artigo 33 da Lei de Drogas.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

#### 4. Da dosimetria penal

Na primeira fase, a i. Magistrada estabeleceu a basilar em 05 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa. A operação não comporta reparos.

Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes e atenuantes.

Na terceira fase da dosimetria a i. Magistrada afastou a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada por entender que o acusado se dedicava, habitualmente, a atividades criminosas<sup>1</sup>. Destacou, para tanto, o fato de o réu ter sido detido na posse de grande variedade e expressiva quantidade - mais mil porções - de entorpecentes.

A defesa, contudo, proclama pelo reconhecimento da minorante, argumentando que os requisitos legais se fazem presentes.

---

<sup>1</sup> [...] a quantidade de drogas encontrada em posse do réu é relevante, demonstrando ser ele traficante de grande escala, ou, no mínimo, ter ligação com esse tipo de criminoso. A propósito, essa circunstância evidencia indícios de possível integração em organização criminosa, pois o acusado foi preso em local dominado pelo tráfico e trazia consigo grande quantidade de drogas, as quais não seriam entregues a agente que não possui confiança dos financiadores do tráfico. Desse modo, resta insuficiente e inadequada a concessão do privilégio previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, porquanto tal benesse é destinada a traficantes de pequena monta, o oposto do demonstrado pelo réu no caso concreto.

Razão não lhe assiste.

A quantidade e variedade de entorpecente foi excessiva, tratando-se de: (i) 222 porções de maconha, com massa líquida de 896.3 gramas; (ii) 83 porções de maconha, na forma de *skunk*, com massa líquida de 41.3 gramas; (iii) 22 porções de diclorometano (cloreto de metileno), vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, com volume líquido de 198 mililitros e (iv) 37 porções de maconha na forma de *haxixe*, com massa líquida de 5 gramas. Mais do que isto, o acusado trazia consigo, também, para fins de tráfico, cocaína em pó (312 porções -191.9 gramas), cocaína na forma de *crack* (350 porções - 124 gramas) e MDMB-4EN-PINACA, vulgarmente conhecido como “K9”, que, como se sabe, são substâncias que provocam intensa e rápida dependência. A hipótese fática que abre a perspectiva para o tratamento punitivo mais brando supõe uma situação de menor reprovabilidade em face do pequeno perigo resultante da conduta ilícita. Definitivamente, não é o caso dos autos. As substâncias e especialmente a sua quantidade permitiria a comercialização de imensas quantidades de drogas. Não se trata de pequeno traficante.

Há, portanto, elementos concretos que evidenciam que as circunstâncias que cercaram a prática delituosa não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou mesmo com quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, às atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas. Por esse prisma, inviável a incidência do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006. Dessa forma, resta a pena final em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

A despeito da primariedade, as circunstâncias específicas do caso concreto, mormente a expressiva quantidade e variedade de drogas, justificaram o estabelecimento do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal. Não há reparos. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006 FIXADA EM FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. REGIME MAIS GRAVOSO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. QUANTIDADE SUFICIENTEMENTE ELEVADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. Na espécie, o Tribunal a quo consignou, à e-STJ fl. 878, que foram apreendidas em poder do recorrente 1,909kg de maconha, 4g de cloridrato de cocaína (no interior do veículo), além de 350g de maconha e 77g de cloridrato de cocaína (na residência do réu). Nesse contexto, dada a alta nocividade de uma das substâncias em questão (cocaína), a quantidade das drogas apreendidas com o recorrente, in casu, se mostra suficientemente elevada para a não incidência da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, constituindo fundamentação concreta e idônea para justificar a aplicação da benesse na fração intermediária de 1/4 (um quarto).

**4. Quanto ao regime prisional, na hipótese dos autos, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, c/c o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, em que pese a reprimenda corporal final tenha sido fixada em patamar superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos - 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, inviável a imposição de regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, porquanto a quantidade e alta nocividade das drogas apreendidas justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.**

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tanto em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, no caso concreto, quanto pelo não preenchimento do requisito do art. 44, inciso I, do CP, diante do quantum da pena aplicada. 6. Agravo regimental não provido.

(STJ-AgRg no REsp 1882286/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021)

Em relação ao valor do dia-multa, não havendo razões que justificassem um aumento superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do



maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos. Nenhum reparo deve ser feito.

Inviável o pedido formulado pela defesa de isenção da pena de multa. A multa corresponde à sanção estabelecida no próprio tipo penal, não podendo ser reduzida ou afastada em razão da capacidade financeira da ré. A indicação dos dias-multa, por sua vez, obedece aos parâmetros estabelecidos em lei não sendo possível afastá-los. Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Réu confesso. Inconformismo no tocante à reprimenda imposta. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Apreensão de quase 2,5kg de cocaína. Expressiva quantidade de drogas de alto poder viciante. Majoração da pena-base cabível, com fundamento no art. 59, do C.P. c.c. art. 42, da Lei n. 11.343/06. Atenuante da confissão espontânea bem reconhecida. Circunstâncias fáticas que indicam o envolvimento do acusado com atividades ilícitas. Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pedido de redução da pena pecuniária. Não cabimento. **Pena de multa prevista no preceito secundário da norma. Impossibilidade de afastamento sob a alegação de hipossuficiência econômica. Precedentes do STJ. Regime prisional fechado bem fixado. Recurso improvido.** (TJSP, Apelação Criminal nº 1500974-61.2019.8.26.0530, Rel. Des. Leme Garcia, J: 18/05/2020)

ROUBO MAJORADO. Recurso que impugna exclusivamente a dosimetria das penas. Acertada invocação do emprego de arma branca como circunstância judicial para fixação da pena-base. Precedentes do C. STJ. Gravidade em concreto da infração e circunstâncias desfavoráveis que suportam a manutenção das básicas acima do piso legal, ainda que em fração menor que a fixada na sentença. **Impossibilidade de isenção da pena de multa por hipossuficiência.** Apelo provido em parte para reduzir as penas de ambos, confirmado o regime inicial fechado. (TJSP, Apelação Criminal nº 0001094-79.2018.8.26.0542, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, J: 20/03/2020)

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. O *quantum* da pena e a imposição do regime fechado fixam um quadro de incompatibilidade com o regime punitivo mais benéfico das penas





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alternativas.

**5. Do voto**

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso, concedo ao acusado os benefícios da justiça gratuita e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo, *in totum*, a r. Sentença.**

**MARCOS ZILLI**

Relator