



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000358731

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1523738-98.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DOUGLAS SILVA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial para redimensionar as penas impostas do réu para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor mínimo legal, bem como fixar o regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da reprimenda, bem como afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, operada em primeiro grau, mantida, no mais, a sentença em 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 FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1523738-98.2024.8.26.0228

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Douglas Silva Santos

Comarca: São Paulo - SP

Magistrado: Marcello Ovídio Lopes Guimarães

Voto 11091

Ementa. Apelação. Tráfico (Artigo 33, § quarto, da Lei de Drogas). Recurso do Ministério Público. Afastamento da causa de diminuição prevista no § quarto, do artigo 33, da Lei 11343/06. Possibilidade. Redutor incabível. Fixação de regime prisional inicial fechado. Viabilidade. Afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Condenação mantida. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas policiais. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Conjunto probatório seguro e coeso. Traficância caracterizada. Dosimetria redimensionada e fixação do regime prisional inicial fechado. Apelo provido.

Trata-se de apelação interposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a sentença (fls. 107/110), que condenou Douglas Silva Santos como incurso nas sanções do artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, a cumprir as penas de 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias multa, no valor unitário mínimo legal, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da sanção carcerária e prestação pecuniária de dois salários mínimos, dirigidos a instituição com destinação social, a critério do Juízo das Execuções Criminais.

Em suas razões, o Ministério Público pleiteia a reforma parcial da decisão de primeiro grau para afastar a causa de diminuição prevista no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, fixar o regime prisional inicial fechado para cumprimento da pena, bem como afastamento da substituição por restritiva de direitos (fls. 120/127).

O recurso foi processado, com contrariedade oferecida pela Defesa, que refuta os argumentos trazidos nas razões do inconformismo e pugna

pela manutenção da sentença (fls. 142/146).

Em seguida, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo ministerial (fls. 156/168).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O recurso da acusação comporta provimento.

O apelado foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 03 de outubro de 2024, por volta das 15h48min, na Travessa Luiz Cláudio, 69, no Jardim Campo dos Ferreiros, na Cidade e Comarca de São Paulo, trazia consigo, para fins de entrega a terceiros, ainda que gratuitamente, 65 porções de tetrahidrocannabinol, conhecido como “maconha”, com peso líquido de 23,05 gramas, e 99 porções de cocaína, com peso líquido de 30,47 gramas, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, os policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas, quando avistaram Douglas, com uma sacola nas mãos.

Ao notar a presença da guarnição, tentou se evadir pela outra extremidade da rua, momento em que se deparou com outro policial e dispensou a sacola que portava e tentou retornar para o local em que estava inicialmente.

Os policiais conseguiram alcançar o apelado e abordá-lo, bem como recuperar a sacola por ele dispensada. No seu interior, apreenderam 65 porções de maconha e 99 porções de cocaína, além da quantia de oito reais.

O réu foi preso e conduzido ao plantão policial.

No caso, inexistente recurso defensivo e uma vez que apenas a dosimetria da pena foi objeto do recurso ministerial, passo a apreciar a materialidade e autoria de forma sucinta.

A materialidade resultou evidenciada através do auto de prisão em flagrante (fl. 04), boletim de ocorrência (fls. 26/28), auto de exibição e apreensão (fl. 05), laudo de constatação preliminar (fls. 22/25), pela prova oral coligida nos autos, bem como pelos laudos de exames químicos toxicológicos (fls. 102/104), que revelaram resultado positivo para cocaína e maconha, relatório final (fls.31/32).

A autoria, do mesmo modo, resultou incontroversa, tendo em vista que o réu confessou e disse que estava na casa de sua namorada e, ao descer para a favela, para comprar uma droga encontrou um traficante que estava brigando com a mulher dele e então segurou a sacola quando a Polícia apareceu e não tinha para onde correr. Trabalhava na mercearia Fortaleza, morava com sua mãe e usava drogas desde os 17 anos de idade. Estava arrependido.

Assim sendo, a prova resultou cristalina de que o tráfico ocorreu e foi cometido pelo apelado, merecendo inteira credibilidade o testemunho dos policiais militares Augusto César Pires Moreira da Cruz e Márcio de Souza Martins esclarecendo que efetivaram a prisão de Douglas em local por eles conhecido como ponto de tráfico, nas duas fases da persecução penal.

Além disso, o laudo pericial é conclusivo ao detectar a presença de cocaína e tetrahydrocannabinol.

O delito de tráfico ilícito de entorpecentes encontra amparo na prova produzida na fase inquisitiva, confirmada integralmente pelas testemunhas policiais em Juízo, sob o crivo do contraditório, além de estar apoiada na prova documental constante dos autos, a comprovar a apreensão das drogas na posse do réu.

Não há dúvida, portanto, de que todos os entorpecentes apreendidos pertenciam ao apelado e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes. A quantidade de drogas, bem como a forma que estavam acondicionadas, apontavam a destinação para o comércio clandestino.

Assim, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de 65 porções de maconha e 99 porções de cocaína, durante patrulhamento em local conhecido como ponto de tráfico, o fato do acusado tentar se evadir ao avistar os policiais, bem como as circunstâncias da abordagem, são mais que

suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas.

Evidente o dolo direto do agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06.

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

Ressalte-se, por outro lado, que o tipo penal em questão é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares contidos no artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado.

Além do mais, desnecessários atos de mercancia para a caracterização do delito de tráfico de entorpecentes, bastando a evidência, diante das circunstâncias, como as dos autos, que para tanto se destinassem os tóxicos regularmente apreendidos.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP, Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470, Des. Marco Antônio Cogan, Data do julgamento: 06/02/2020).

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Passo à análise das reprimendas impostas.

Na primeira fase, o culto Magistrado fixou a pena base no patamar mínimo de 05 (anos) de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, sem insurgência da acusação.

Na segunda fase, ausentes agravantes e presente apenas a atenuante da menoridade relativa, impossível sua redução em patamar além do mínimo legal, por força do impeditivo legal e Súmula 231 do C. STJ.

Aliás o apelado não confessou o tráfico de drogas, nos exatos termos da Súmula 630, do STJ, disse apenas que estava no local, mas para

consumir drogas, quando então, um traficante sequer declinado lhe pediu para segurar a sacola para resolver um conflito amoroso, quando então a polícia apareceu.

Por fim, assiste razão a acusação ao pleitear o afastamento do redutor previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, tendo em vista as circunstâncias envolvidas em sua prisão.

Os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06 (primariedade, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa), são de observância cumulativa, de modo que a ausência de qualquer deles, enseja a não aplicação da causa de diminuição de pena.

Ficou demonstrado que o acusado se dedicava às atividades criminosas, uma vez que a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, 65 porções de maconha e 99 porções de cocaína, com ausência de comprovação de atividade lícita e local onde se desenvolveu o crime, indica a dedicação do apelado à atividade criminosa, tudo a evidenciar conduta reiterada destinada à prática de crime, circunstância impeditiva da aplicação do redutor, demonstrando seu envolvimento com a atividade criminosa.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende ter a quantidade o condão de afastar o redutor, quando indicar profissionalização:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" (LEI 11343/2006, ARTIGO 33, § 4º). IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. "A diversidade e a quantidade de droga justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (Habeas Corpus 199.227/SP, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Julgado em 28/04/2015, Habeas Corpus 315.716/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 26/05/2015, Habeas Corpus 312.452/SP, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 28/04/2015). À luz desses precedentes e da premissa fática estabelecida no acórdão impugnado - o réu "trazia consigo e em momento anterior adquiriu droga, consistentes em 74,4 gramas de maconha, acondicionadas em 54 trouxinhas plásticas, e 36,07 gramas de cocaína, acondicionadas em 26 supositórios plásticos e 49 trouxinhas plásticas", não há como aplicar a causa de diminuição de pena do "tráfico privilegiado" (Lei 11343/2006, artigo 33, § quarto). Habeas corpus não conhecido" (STJ, Agravo no Habeas Corpus 268565/MS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJE 23/10/2014).

Portanto, não há que se falar na aplicação do redutor, porquanto o apelado não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06.

Também assiste razão à acusação quando postula a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista sobretudo o alto grau de periculosidade do réu e a gravidade do delito, sendo que ante a gravidade em concreto da conduta do traficante, responsável pelo esgarçamento do tecido social e fomentador de diversos outros crimes que igualmente prejudicam a vida em sociedade, notadamente aqueles cometidos contra o patrimônio, como o roubo e o latrocínio, bem como porque fere bem jurídico difuso (saúde pública) e dilacera inúmeras famílias, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto ao réu, senão o fechado, consoante artigo 33, § terceiro, do Código Penal.

Isto por que o bem tutelado é difuso, o que atrai a gravidade em concreto do delito, escapando do teor das Súmulas 718 e 719 do STF.

Além disso, a fixação do regime prisional inicial fechado no presente caso está de acordo com o previsto na Súmula 719, do STF, tendo em vista que tal decisão foi suficientemente motivada.

Nesse sentido, o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

"Na espécie, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, expondo, de modo inequívoco, as razões de convencimento do magistrado que o conduziram à fixação do regime inicial fechado. No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, ao que tudo indica, está em conformidade com a Súmula 719, desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como parece ter ocorrido. Verifico que a opção pela fixação do regime inicial fechado deu-se em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso." (RHC 128827, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em 21.02.2017, DJE de 13.03.2017).

Cumprе ressaltar que a gravidade do delito é concreta, em razão da quantidade e qualidade das drogas apreendidas (cocaína), que traz efeitos nefastos aos usuários, dilacerando inúmeras famílias, de modo que, pautado

na individualização da pena, com supedâneo na isonomia em sua acepção material, e a fim de que a Constituição, neste particular, não seja letra morta (força normativa), não há outro regime a ser imposto, senão o fechado.

Este Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu: *“o regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta da agente, que com sua conduta gera instabilidade em inúmeros lares, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda. Nesse tópico, é sempre pertinente lembrar que os mercadores de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade”* (TJSP, Apelação 0000354-06.2017.8.26.0042, Des. Xavier de Souza, Julgado em 24/01/2017).

Cabe invocar ensinamento do STF: *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.”* (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Fica claro que o cometimento de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é demais relembrar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar o réu perigoso à ordem pública.

Há, em suma, motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado. Assim, não há que se falar na fixação do regime prisional inicial semiaberto ou aberto para cumprimento da reprimenda.

Do mesmo modo, assiste razão a acusação quando postula o afastamento da substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos.

A gravidade das circunstâncias em que envolvida a prática criminosa, além do *quantum* da pena aplicada, e por todo o acima exposto, demonstra ser insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tornando assim ausentes os requisitos estatuídos no artigo 44, incisos I e III, do Código Penal, que deve ser afastada.

Note-se que o próprio artigo 44, do Código Penal, estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E, nesse ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai contra o tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, nenhuma das restritivas de direitos seria resposta proporcional e coerente, até porque, se o fosse, o tráfico estaria equiparado, ao menos quanto às reprimendas ao delito de consumo, quando o primeiro é realmente mais grave, e, em verdadeira afronta à própria individualização da pena e à isonomia em sua acepção material.

Além do mais, não obstante a edição da Resolução 005, de 15 de fevereiro de 2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei Federal 11343/06, pelo STF, nos autos do Habeas Corpus 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos (cocaína), com a observação de que o réu, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das

vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando e arruinando suas vidas futuras.

Neste sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência ainda:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21/06/2011, DJE 01/07/2011).

E vale apontar a incoerência de se aplicar regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais benesses são insuficientes para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, nos termos do artigo 33, § terceiro, e artigo 44, incisos I e III, ambos do Código Penal, não se cogitando em ofensa às Súmulas 718 e 719 do STF.

Aliás, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça trata da impossibilidade da substituição por pena restritiva de direitos e a imposição de regime de cumprimento diverso do fechado em crimes de tráfico, posicionamento que merece transcrição:

“No mais, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução 005, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei 11343/06, pelo STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras, acrescentando a isso o fato de ter se utilizado de um adolescente para a nefasta mercancia. (...) Por fim, no que tange ao regime prisional,

diante da gravidade concreta dos fatos em apreço, correta a adoção da modalidade fechada, para início do cumprimento da reprimenda corporal, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. O delito pelo qual foram os apelados condenados tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar” (Apelação Criminal 0101341-36.2011.8.26.0050, Julgado em 06/04/2016, Des. Guilherme Strenger).

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial para redimensionar as penas impostas do réu para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor mínimo legal, bem como fixar o regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da reprimenda, bem como afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, operada em primeiro grau, mantida, no mais, a sentença em seus próprios e jurídicos fundamentos.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR