



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000363892

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501317-78.2024.8.26.0628, da Comarca de Itapevi, em que são apelantes JOÃO VICTOR SOUZA TORRES DA SILVA e GABRIEL IBIAPINO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos apelos interpostos, mantendo integralmente a r. sentença por seus próprios fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501317-78.2024.8.26.0628

Comarca de Itapevi – Vara Criminal

Apelantes: João Victor Souza Torres da Silva e Gabriel Ibiapino dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto nº 29355

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO DEFENSIVO - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos e a variedade e a quantidade das drogas evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando eles são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente os réus. Recurso não provido.

Vistos.

João Victor Souza Torres da Silva e Gabriel Ibiapino dos Santos interpuseram recursos de Apelação da r. sentença, datada de 10.12.2024, proferida pelo MMº Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itapevi, que os condenou às penas de 05 anos e 05 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 550 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incursos no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 182/189).

Em suas razões, a Defesa de João Victor pleiteou a redução da pena-base ao mínimo ou a mitigação do aumento aplicado para a fração de 1/8; o reconhecimento da colaboração premiada, prevista no artigo 41 da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, ou, ao menos, na fração de 1/3; a aplicação da redução máxima da pena com fundamento no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 219/224).

Já a Defesa de Gabriel, em suas razões recursais, postulou a ampliação, para 1/3, da fração redutora aplicada em razão da circunstância atenuante da confissão espontânea, diante de sua relevância para a elucidação do caso, com consequente abrandamento do regime prisional (fls. 229/232).

O Ministério Público, nas contrarrazões, reiterou as alegações finais e requereu o não provimento dos recursos (fls. 235/239).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo não provimento dos apelos (fls. 252/258)

É o relatório.

Os réus foram denunciados como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 21.06.2024, por volta das 21h50, na Avenida Rubens Caraméz, nº 01, Parque Suburbano, na cidade e Comarca de Itapevi, agindo em concurso, traziam consigo e guardavam, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 670 porções de "crack", com peso líquido de 87,1 g; 1128 porções de maconha, com peso líquido de 901,3g; e 2153 porções de cocaína, com peso líquido de 1074,7g, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 74/75).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da inicial.

Em que pesem as alegações das Defesas, seus recursos não podem ser providos, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele foi avaliado com propriedade pelo MMº Juiz de Direito sentenciante.

Inicialmente, anoto que, muito embora não tenha havido irresignação quanto à materialidade e à autoria do delito, estas ficaram bem demonstradas.

Com efeito, indiscutível a materialidade delitiva em face do boletim de ocorrência (fls. 16/20), do auto de exibição e apreensão (fls. 23/24), do laudo de constatação (fls. 27/31), do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 103/106), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, uma vez que as confissões dos réus em Juízo foram corroboradas pelos

demais elementos de prova trazidos aos autos, tais como os depoimentos prestados pelas testemunhas Tiago Capel de Oliveira, Kelson Paes Soares e Olmir Aparecido dos Santos (fls. 180/181 – gravação audiovisual).

Assim sendo e comprovadas, de forma clara e irrefutável, a materialidade e autoria do delito, correta a solução condenatória.

Quanto às penas, a sentença também não merece reparo.

O MMº Juiz sentenciante, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais, diante da *"natureza dos entorpecentes destinados ao comércio, potencializando a ofensa à saúde pública, mormente ao se ter em conta que se tratava de cocaína e crack, substâncias de acentuado poder lesivo e capacidade de viciar"*, bem assim da quantidade de drogas apreendidas (1128 porções de maconha, 670 porções de "crack" e 2153 porções de cocaína - estas últimas, substâncias que geram dependência química rápida e podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso, a demonstrar o alto grau de reprovabilidade da conduta dos acusados, merecendo, por isso, tratamento mais severo), fixou as penas-base 3/10 acima do mínimo legal, em 06 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 650 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Anoto, neste ponto, que os réus foram beneficiados com o aumento aplicado, tendo em vista que a quantidade e a variedade de drogas apreendidas extrapolaram bastante aquelas inerentes ao tipo penal e justificariam maior aumento da reprimenda.

Todavia, a sentença, nesse ponto, não pode ser objeto de modificação pela impossibilidade de “*reformatio in pejus*”.

A propósito: “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).

Cumpre ressaltar que o legislador, ao estabelecer a pena-base de crime de tráfico, levou em consideração a gravidade da conduta em abstrato, e não especificamente a quantidade e a natureza de drogas apreendidas e as consequências da apreensão de uma maior quantidade, tanto que no artigo 42 da Lei nº 11.343/06 o próprio legislador estabelece que o magistrado deve se atentar a quantidade e a natureza de entorpecentes para fixar a pena-base, pois, como exposto, uma maior quantia de drogas de maior efeito nocivo pode atingir um número maior de usuários e gerar consequências muito mais graves, evidenciando uma maior reprovabilidade da conduta.

Destaca-se, a propósito, que a imposição de pena tem por escopo não somente a prevenção especial (reeducar e recuperar o infrator), mas, também e principalmente, exercer a prevenção geral.

Nesse sentido: “O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo”(STJ, 2ª Turma, HC 76.196/GO, rel. Min. Maurício

Correa, RTJ, 176/742 ou Guilherme De Souza Nucci, Individualização da Pena, 1ª ed., RT, 2005, págs. 338-9, nota 5, grifei).

Na segunda fase, o sentenciante reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea e reduziu as penas de ambos os acusados em 01 ano e 01 mês (1/6), resultando em 05 anos e 05 meses de reclusão, o que se mostrou adequado, não havendo que se cogitar de "*maior redução da pena*", como pretende a Defesa de Gabriel, uma vez que ele foi surpreendido pelos guardas municipais na casa de João Vítor, na posse de parte das drogas apreendidas, tendo apenas admitido a conduta já evidenciada pelas demais circunstâncias da prisão em flagrante.

Consigne-se que, na terceira fase da dosimetria, corretamente deixou-se de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “poderá” reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, porém, apesar de os réus serem primários e não registrarem maus antecedentes, restou amplamente demonstrado que eles se dedicavam à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficantes iniciantes e eventuais tivessem em seu poder tamanha variedade e quantidade de drogas (670 porções de "crack", com peso líquido de 87,1g; 1128 porções de maconha, com peso líquido de 901,3g; e 2153 porções de cocaína, com peso líquido de 1074,7g), não preenchendo os requisitos legais para obter o benefício pleiteado.

Consigne-se, neste ponto, que não se pode falar

que a dupla consideração da quantidade da substância configuraria “*bis in idem*”, pois a valoração dessa circunstância nas duas fases da dosimetria encontra fundamento legal e tem finalidades diversas. Na primeira fase da dosimetria da pena, a quantidade de entorpecentes é considerada para fim de majoração da pena-base e, na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o traficante pequeno e eventual.

Consigne-se ainda que, na terceira fase, não há que se aplicar a delação ou colaboração premiada, uma vez que, muito embora, no momento da abordagem, o réu João Victor tenha confessado a prática delitiva aos policiais, tal instituto somente pode ser aplicado em casos em que há concurso de agentes e que o agente delata seus comparsas de forma eficaz, a realmente ajudar nas investigações e no processo, o que não é a hipótese dos autos, pois, na Delegacia, o réu João Victor negou a participação do corréu Gabriel, além de ter se recusado a fornecer seu endereço, ciente de que lá havia mais drogas e que o corréu estava no local, sendo necessária a colaboração de terceiro (fls. 32/33); e apesar de, em Juízo, os réus terem admitido que pegaram as drogas com traficantes para abastecimento de pontos de tráfico, não forneceram quaisquer dados que permitissem a identificação ou localização de tais pessoas, não tendo, assim, agido de forma a contribuir efetivamente com o processo criminal.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci ensina que são requisitos para a concessão do benefício: “a) *haver um inquérito, com indiciamento, e/ou um processo contra o autor da delação*; b) *prestação de colaboração voluntária (...)*; c) *concurso de pessoas em qualquer dos*

delitos previstos na Lei 11.343/06. (...); d) recuperação total ou parcial do produto do crime. (...) Os requisitos são, obviamente, cumulativos.” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1, Ed. Forense, 9ª edição, 2016, p. 393/394). – grifo nosso.

A propósito: “(...) 4. No tocante ao art. 41 da Lei n. 11.343/2006, cumpre ressaltar que o benefício da redução da pena, na hipótese, somente é possível se as informações prestadas pelo agente contribuírem eficazmente para a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, o que não é o caso em exame, uma vez que não há provas de que as informações dadas pela recorrida tenham sido eficientes na localização e prisão de outros integrantes da organização. Maiores considerações a respeito demandariam incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.” (STJ AgRg no AREsp 1.077.234/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 13.11.2017).

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não apenas em razão da quantidade de pena aplicada e da natureza do crime, que gera graves prejuízos à sociedade, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por se verificar que, *in casu*, face à evidência de não se tratar de pequenos e eventuais traficantes, tendo em vista a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, tal medida não seria socialmente recomendável.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,

nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, a quantidade de entorpecentes apreendidos demonstra a altíssima reprovabilidade da sua conduta.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

No mais, ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por maioria, tenha deferido a ordem e declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em

face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, *incidenter tantum*, também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Ante o exposto, nego provimento aos apelos interpostos, mantendo integralmente a r. sentença por seus próprios fundamentos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator