



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000369790

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501225-44.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MATEUS DA SILVA SOUZA e RAFAEL CUNHA NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao recurso ministerial para condenar, como incurso no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06, o réu RAFAEL CUNHA DO NASCIMENTO às penas 9 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 1399 (mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e o réu MATEUS DA SILVA SOUZA às penas de 8 (oito) anos de reclusão e 1200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9586

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1501225-44.2021.8.26.0228

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Rafael Cunha do Nascimento e Mateus da Silva Souza

Comarca: São Paulo

Apelação Criminal. Tráfico de drogas e Associação para o tráfico de drogas (artigo 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06). Sentença absolutória. Recurso Ministerial. Materialidades e autorias comprovadas. Condenação dos réus que se impõe. Credibilidade do relato dos policiais. Depoimentos em harmonia com o robusto conjunto probatório. Dosimetria. Necessário o recrudesimento da pena-base em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas. Inteligência do artigo 42 da Lei de Drogas. Inaplicável o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Elementos concretos que demonstram a dedicação dos réus às atividades criminosas. Necessária a fixação de regime fechado para o início de cumprimento da pena para ambos os réus. Recurso Ministerial provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 337/342) que julgou improcedente o pedido acusatório para absolver os réus RAFAEL CUNHA DO NASCIMENTO e MATEUS DA SILVA SOUZA como incurso nas penas dos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP.

O Órgão Ministerial, em suas razões recursais (fls. 349/359), pugnou pela condenação dos réus RAFAEL CUNHA DO NASCIMENTO e MATEUS DA SILVA SOUZA, como incurso nos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06, nos exatos termos da denúncia.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 366/381 e 388/397), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **provimento** do recurso Ministerial (fls. 405/415).

É o relatório.

Consta dos autos que RAFAEL CUNHA NASCIMENTO e MATEUS DA SILVA SOUZA foram processados como incurso no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos da lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal, porque, segundo consta na denúncia, em período anterior e no dia 13 de janeiro de 2021, por volta das 15h30, na cidade e Comarca de São Paulo, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, de forma estável, contínua e organizada, associaram-se para o fim de praticar reiteradamente, o tráfico de drogas.

Consta também que no dia 14 de janeiro de 2021, por volta das 15h30, na Rua Galeno de Castro, nº 230, Campo Grande, na cidade e Comarca de São Paulo, RAFAEL CUNHA NASCIMENTO e MATEUS DA SILVA SOUZA agindo em concurso e com total unidade de desígnios, guardavam e tinham em depósito, para fins de tráfico, 125 porções de cocaína, na forma de “crack”, com peso líquido de 17,3g, 125 porções de cocaína, com peso líquido de 63,6g e outros 100 eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 18,3g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 12/13 e laudo de constatação de fls. 16/19.

Segundo se apurou “(...) os denunciados se associaram de forma permanente e estável, com indivíduos ainda não identificados, com o escopo de praticarem tráfico de drogas.

Assim, na data dos fatos, RAFAEL e MATEUS se encontravam em ponto conhecido pelo tráfico de drogas, quando, ao avistarem a aproximação de policiais civis, correram para o interior de uma comunidade e adentraram em um barraco de madeira.

Ocorre que os policiais imediatamente partiram atrás dos denunciados e efetuaram a abordagem. Realizada buscas no interior do imóvel, os policiais localizaram um caderno com anotações referentes a venda de drogas, e uma sacola preta contendo em seu interior, 225 porções de cocaína e 125 porções de crack.

Realizada busca pessoal, os policiais apreenderam dois celulares em poder dos denunciados, que foram apreendidos (fls. 12/13) e periciados (fls. 159/162 e 163/168). Questionados, MATEUS e RAFAEL confessaram informalmente a prática do tráfico.

Analisados os áudios de aplicativo de mensagens WhatsApp presentes no aparelho celular de RAFAEL, a equipe de investigação confirmou o envolvimento dos denunciados com o tráfico, restando claro que o denunciado RAFAEL fornecia substâncias entorpecentes a pontos de tráfico, tendo controle sobre a produção e distribuição das drogas (fls. 169/173).

Na ocasião da prisão em flagrante, encaminhados ao distrito policial e interrogados, RAFAEL (fl. 06) e MATEUS (fl. 07) negaram os fatos e afirmaram serem apenas usuários. (...).”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença que absolveu os réus Rafael e Mateus com fulcro artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, contra a qual se insurge o Órgão Ministerial, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem. Com a devida vênia do ilustre magistrado sentenciante, razão assiste ao órgão ministerial, pois, não se impunha a absolvição dos acusados.

A prova da existência dos crimes (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 08/11), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), termos de depoimento (fls. 03/05), laudo pericial do celular apreendido (fls. 123/135), relatório de investigação (fls. 169/173 e 264/275) e dos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 16/19 e 235/237) que atestaram que as substâncias apreendidas eram proibidas.

Por sua vez, as autorias delitivas são extraídas das declarações prestadas pelos policiais civis Adilson Tadeu Sde Santis, Felipe Rotta Rampazzo de Aquino, Renato de Oliveira Santana e Leandro de Oliveira Ribeiro, responsáveis pela prisão em flagrante delito dos réus.

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos nos autos feito pela d. Juíza sentenciante, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) O Policial Civil, LEANDRO DE OLIVEIRA RIBEIRO, na delegacia, disse que no dia e horário acima, junto de seus colegas, durante diligências de campo, em viatura descaracterizada, passaram pelo local dos fatos, conhecido pelo comércio de drogas, ocasião em que visualizaram dois indivíduos, na entrada da comunidade, os quais, ao perceberem a aproximação policial, correram para o interior da favela e adentraram um barraco de madeira, motivo pelo qual resolveram proceder abordagem. Acrescenta que, ao adentrar ao barraco, deteve os dois indivíduos que correram, os quais se identificaram como sendo "Rafael Cunha Nascimento - rg.: 20.930.960-13 - ssp/ba" e "Mateus da Silva Souza-rg.:59.925.980-2", e, em busca pessoal, foram localizados dois telefones celulares (um com cada), e, em vistoria no interior do barraco, localizou um caderno com anotações referente a venda de drogas e uma sacola preta contendo 225 (duzentas e vinte e cinco) porções contendo substância branca, aparentando ser cocaína, e 125 (cento e vinte e cinco) pedrinhas amareladas, aparentando ser crack. Ato contínuo, os policiais indagou "Rafael" e "Mateus" acerca da procedência das drogas, ocasião em que, informalmente, admitiram que estavam vendendo drogas no local, Tendo "MATEUS" Dito que seria seu primeiro dia. Diante disso, conduziu a ocorrência para esta unidade policial. Em juízo, afirma que fizeram campana no local por que tinham conhecimento do tráfico. Ao serem abordados eles correram e adentraram num barraco. Eles adentraram no barraco, onde encontraram uma sacola com entorpecente. Não se recorda qual deles corria com a sacola. No local também foi encontrado um caderno de anotações que foi apreendido e que estava em cima da cama. A sacola era preta. Ficaram em campana por cerca de 20 minutos. Não se recorda se tinham outras pessoas, mas acredita que somente os dois. Normalmente os réus conhecem as viaturas

descaracterizadas.

O Policial Civil, ADILSON TADEU SANTIS, na delegacia, relatou os mesmos fatos que seu colega de farda. Em juízo, disse que sabiam que o local era ponto de venda de drogas. Nesse dia, com seus parceiros, foram ao local com viatura descaracterizada e ficaram acerta distancia e perceberam a presença dos dois indivíduos. Depois foram em direção quando eles e correram. Foram ao encalço e eles adentraram num barraco onde também adentraram. Tinha com eles uma sacola com entorpecente anotações do tráfico e cada um tinha um celular. A sacola estava no chão do barraco. Não deu para perceber que algum deles estava com sacola ao correr. O barraco era bem humilde e acredita que não era moradia, e que era usado somente para a droga. Não foi encontrado no barraco não foi encontrado ferramentas, equipamentos ou embalagens. Matheus disse que era o primeiro dia dele no comercio e Rafael se manteve em silencio. O Local é uma comunidade, tem pessoas que vão e vem, mas próximo a eles não tinha ninguém.

O Policial Civil, FELIPE ROTTA RAMPAZZO, na delegacia, relatou os mesmos fatos que seu colega de farda. Em juízo, disse que dias antes tinham efetuado prisão próximo ao local. Foram com viatura descaracterizada e viram pessoas com sacola ou bolsa e ficaram observando por alguns minutos e resolveram abordar quando então eles entraram na comunidade e correram para um barraco onde também entraram e encontraram uma sacola com grande quantidade de drogas. A sacola estava com um dos réus quando se evadia, mas não se recorda com qual deles. Informalmente, os réus confessaram no local. Não lembra a cor da sacola.

O investigador de polícia, RENATO DE OLIVEIRA SANTANA em juízo, disse que foram presos em flagrantes, mas participou de um relatório de investigação depois de extração de dados do

celular. Pelo que se recorda o aparelho de Matheus estava danificado. No aparelho de Rafael foi possível extrair conversas de pessoas solicitando drogas. O Felipe participou do flagrante e do relatório de investigação. Acredita que o que foi citado era o que tinha interesse para polícia. Se recorda que algumas pediram drogas. Não se recorda se as pessoas envolvidas nessa conversa foram investigadas. Não se recorda como vieram os áudios para sua análise. (...).”.

Isto posto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016).

Os agentes descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrente. Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição dos policiais no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes da autoridade não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Por sua vez, os réus, tanto na fase inquisitorial (fls. 06 e 07) como em Juízo (250/251 - mídia audiovisual), negaram a autoria delitiva de forma genérica e abstrata. Alegaram, em uníssono, não se conhecerem e que estavam no local para comprar drogas. Afirmaram que avistaram os policiais e empreenderam fuga, entrando em um barraco onde foram apreendidos junto com as drogas.

Sem credibilidade alguma, as palavras dos acusados, que não encontraram eco na prova, revelado o profissionalismo de quem pactua com o crime organizado ou, quando menos, com ele simpatiza, disseminando o vício em drogas de grande procura e de conhecida potencialidade letal: cocaína e crack com *animus lucrandi*. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 239 e 155, todos do Código de Processo Penal e art. 375 do Código de Processo Civil.

Os policiais descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, o encontro de considerável quantidade de drogas diversas em poder dos acusados, que, em Juízo, por nada lhes ocorrer de melhor para alegar, saíram-se com inaceitáveis alegações.

A ingênua versão dos acusados, foi com superioridade, afastada pelo relato das circunstâncias feito pelos policiais, sob o crivo do contraditório, que

lançaram com clareza todos os elementos de informação colhidos, delineadores do tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico de drogas, espancando as alegações de autodefesa.

A alegação de estarem no local apenas para comprar drogas não merece guarida, posto que não foi apreendido qualquer valor em posse dos réus. Da mesma forma, não parece crível que eles tenham tido o azar de se esconderem justamente em um barraco cheio de drogas e que os verdadeiros traficantes tenham deixado o local sem levar o produto de expressivo valor econômico.

Não bastasse, não causa espanto os réus terem sido condenados em definitivo como incursos nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/06; c.c. 14, caput, da Lei nº 10.826/03 por fatos ocorridos um ano após aos analisados nestes autos, afastando a alegação de que não se conheciam.

Assim, os réus não empreenderam esforços suficientes para demonstrar o alegado álibi, como lhes competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal. Ensina **Guilherme de Souza Nucci**: *“Álibi é a alegação feita pelo réu, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de onde ocorreu o delito, razão pela qual não poderia tê-lo cometido. É, como regra, ônus seu provar o álibi, embora tal mecanismo não possa levar à isenção da acusação de demonstrar o que lhe compete (...).”* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 346).

Nesse sentido: *“TJSC: “Quem afirma o álibi deve comprová-lo sob pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria” (JCAT 59/288-9). TACRSP: “Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante”. (RT 747/692)”, in Código de Processo Penal Interpretado. **Júlio Fabbrini Mirabete**. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se*

inverte. Neste sentido: “*Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão*” (4º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v.u. - Rel. Juiz **Sérgio Pitombo**)” (**Damásio E. de Jesus**, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, “*Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação*” (**JTACRESP 51/342**). Nesse sentido: “*PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.*” (**JUTACRIM 54/243**, Rel. **VALENTIM SILVA**). No mesmo sentido, já se decidiu que “*de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.*” (STJ, Col. 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 44.376/SP, Rel. Min. **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, j. 17.11.2005); “*O álibi improvado depõe contra o réu que o ofereceu, pois a ele incumbiria fazer prova de total alheamento com a imputação que lhe é lançada, principalmente quando, na fase do inquérito, confessara a prática do delito*” (Revisão n.º 353.184/3 —Col. 6º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal —Relator Juiz **RENATO NALINI** —j. 15-5-2000).

Posto isso, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado aos réus, pelos elementos da prova testemunhal, pelas substâncias ilícitas e anotações acerca do comércio das drogas apreendidas (*125 porções de cocaína, na forma de "crack", com peso líquido de 17,3g, 125 porções de cocaína, com peso líquido de 63,6g e outros 100 eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 18,3g*), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que os réus guardavam e mantinham em depósito, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, “caput”, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, “*para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido*”

como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas: cocaína e crack como dito, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, e de conhecida potencialidade letal; a forma como estavam acondicionadas, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, a conduta não se pode afastar do tipo do art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

Da mesma forma, inegável que os réus guardavam e mantinham em depósito droga proibida em associação, sendo de rigor o reconhecimento da figura autônoma do artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Cumprе consignar que a condenação dos acusados pela prática do tráfico de drogas, em momento posterior ao analisado nestes autos, demonstra que o *animus* associativo se estendeu para além dos fatos noticiados nestes autos revelando vínculo permanente e duradouro para praticar o tráfico de drogas.

Extraí-se dos depoimentos tomados, das anotações acerca do comércio ilícito apreendidas com os réus, da forma de execução e do necessário encadeamento lógico do comportamento dos agentes - relevante, imprescindível e necessário para a continuidade da associação para o crime na narcotraficância - que as drogas, na expressão de que era comercializada, não circulam sem proximidade de fonte produtora expressiva e enraizamento em organização criminosa.

Os acusados desinteressaram-se em demonstrar minimamente alguma dedicação ao trabalho lícito. Neste sentido: *"Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser comercializada"* (TJESP – Ap.Crim. nº. 0450599-29.2010.8.26.0000, Rel.: Exmo. Des. SOUZA NERY, julgado 14/04/2011). Da mesma forma: Apelação nº 0000170-44.2010.8.26.0091. Colenda 9º Câmara de

Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Exmo. Des. José Orestes de SOUZA NERY. No mesmo sentido: *APELAÇÃO n° 0003333-70.2009.8.26.0219. Colenda 9º Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Exmo. Des. José Orestes de SOUZA NERY. Da mesma forma: Apelação n° 0022595-52.2014.8.26.0050, São Paulo, Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: Exma. Des. ELY AMIOKA, 12 de maio de 2016.*

Destarte, seguros os elementos de convencimento trazidos pelo i. *parquet*, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta dos réus às formas puníveis do art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, c.c. art. 29, “caput”, do Código Penal, e do art. 35, da Lei nº 11.343/2006, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, presente o elemento normativo (art. 31 da Lei 11.343/2006) e listadas as drogas na Portaria específica, a condenação é de rigor,

Isto posto, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do respectivo regime inicial de cumprimento de pena.

Para ambos os réus, na primeira fase, atento aos ditames do artigo 59, “caput”, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, sopesando negativamente as circunstâncias judiciais, em especial, a quantidade considerável (*125 porções de cocaína, na forma de "crack", com peso líquido de 17,3g, 125 porções de cocaína, com peso líquido de 63,6g e outros 100 eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 18,3g*), a diversidade e nocividade da droga apreendida, - de grande poder destrutivo e alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, e de aptidão letal, fixo a pena-base, acrescida de 1/6, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa para o crime de tráfico de drogas e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa para o crime de associação para o tráfico de drogas.

Importa notar que o crime de que se cuida tem suas particularidades que o distinguem da generalidade dos crimes de mesma espécie, porquanto os réus agiram com intenso dolo e distinta consciência da ilicitude, destacando-se a considerável quantidade e a nocividade das drogas apreendidas de aptidão letal.

O bem jurídico foi violado com intensidade significativa. Convém sublinhar que: *“A alta nocividade da **cocaína** está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública”* (TJRS – AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda – RJTJRS 130/154), *in* HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes -, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **TOLOZA NETO**, em 13.05.2014).

Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: *“A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morféctico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo”* (**Habeas Corpus** nº 2049710-67.2014.8.26.0000 – Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **GERALDO WOHLERS**).

Segundo escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *“É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização.”* (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, RT, 7ª edição, pág 350).

Não bastasse, *“Não há nulidade na decisão que fixa a pena-base considerando fundamentação idônea, na qual estão compreendidas a natureza e a quantidade do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06”* (**STF** - HC nº 112798 /AC Rel. Exma. Min. **CÁRMEN LÚCIA**, j. 18/12/2012); *“PENA - Entorpecente - Tráfico - Fixação da pena-base acima do mínimo legal - Admissibilidade, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida - inteligência do art. 59 do CP. (STJ) RT 783/594; ENTORPECENTE - Tráfico - Pena - Fixação da reprimenda-base acima do mínimo legal em virtude da espécie e*

da quantidade de droga apreendida. Admissibilidade. (STJ) - RT 786/599”.

Isto posto, no caso dos autos, irrepreensível o aumento aplicado à pena-base, posto que em conformidade com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “Na hipótese, a pena-base imposta ao agravante foi exasperada **em razão da quantidade, variedade e lesividade da droga apreendida (118,2g de cocaína, 1,5g de crack e 20,4g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas**. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes.” ([STF](#); [RHC 213695](#); [MC](#) Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 22/04/2022; Publicação: 02/05/2022, gn). Ainda: “No tocante a primeira fase da dosimetria, as instâncias ordinárias, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, **atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade de entorpecentes - 53,67g de crack e 27,78g de maconha (fl. 96) -, para exasperar as reprimendas-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.**” (AgRg no HC n. 803.848/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023, gn). Da mesma forma: “A pena-base de RAFAEL pelo delito de tráfico de entorpecentes foi exasperada em 1 ano e a pena-base pelo delito de associação para o tráfico foi exasperada em 8 meses **em razão da valoração negativa da quantidade e da natureza da droga apreendida - 6,530kg de cocaína (fls. 715 e 776) - o que encontra respaldo no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, não havendo desproporcionalidade no quantum de elevação da reprimenda aplicado.**” (AgRg no HC n. 809.720/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023, gn).

Na segunda fase, para o réu Rafael, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes a reprimenda mantém-se inalterada. Para o réu Mateus, constatada a atenuante da menoridade relativa, a reprimenda deve retornar ao mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para o crime de tráfico de drogas e 3(três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o crime

de associação para o tráfico de drogas.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, tornam-se as reprimendas definitivas tal como fixadas na fase anterior.

Destaca-se que inviável a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, as anotações acerca do intenso fluxo do comércio ilícito, as conversas por aplicativo extraídas do celular do réu Rafael, a natureza - mais procurada e disseminada que outras drogas, de grande poder destrutivo e alto índice viciante, e geradora de invencíveis problemas na saúde pública -, e a considerável quantidade da droga apreendida revelam que os réus se dedicavam à atividade criminosa e fazem da difusão do vício, com *animus lucrandi*, *seu modus vivendi*.

Os réus apesar de tecnicamente primários, foram condenados em definitivo em outro processo pela prática de tráfico de drogas, indicando que postos em liberdade, não tardaram novamente a praticar crimes circunstância que indica que a ação do Estado não lhe serve de mínima advertência e de que fazem do tráfico seu *modus vivendi*, inviabilizando a concessão do benefício.

Destaca-se, ainda, que a ausência de comprovação de trabalho lícito, reforça o entendimento de que os réus faziam do tráfico seu meio de vida, não por estarem desempregados, mas por não serem capazes de comprovar os meios para arcar com o valor das drogas apreendidas, sendo certo que no mundo do crime o produto de venda não é fornecido a prazo, sem que se tenha proximidade e confiança da fonte distribuidora.

Nesse sentido já entendeu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a

quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.”

(Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018).

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas. Nesse sentido: “*De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo*” (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na resp. sentença.

Os crimes foram praticados em concurso material, nos termos do artigo 69, *caput*, do Código Penal, motivo pelo qual as penas foram somadas, obtendo-se 8 (oito) anos de reclusão e 1200 (mil e duzentos) dias-multa para o réu Mateus e 9 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 1399 (mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa para o réu Rafael.

Por fim, fixo o regime fechado para ambos os réus, diante de todas as circunstâncias do caso concreto, consoante disciplina o artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, o que também obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido: “(...) 2. *No caso, a Corte de origem manteve a imposição do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do*

caso analisado, motivo pelo qual não há falar em inobservância ao enunciado nas Súmulas ns. 718 e 719 do STF e 440 do STJ. 3. Consoante entendimento desta Corte Superior de Justiça, a fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado nas peculiaridades do caso analisado, tal como ocorreu na hipótese dos autos. (...)”. (AgRg no HC n. 753.518/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.); Da mesma forma: “(...) *No presente caso, a quantidade de droga apreendida (231,680g de maconha) revela maior gravidade, o que justifica a manutenção do regime inicial fechado, pois está de acordo com os parâmetros legais expressos no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. (...) “* (AgRg no REsp n. 2.010.296/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 17/11/2022.); Ainda: “(...) *O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de crack. (...)”.* (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023.); Em reforço: “(...) *Embora diminuída a reprimenda do acusado, não há nenhum ajuste a ser feito em relação ao regime de cumprimento de pena, devendo ser mantida inalterada a fixação do modo inicial fechado, sem que isso implique eventual violação do enunciado nas Súmulas ns. 440 do STJ, 718 e 719 do STF. Isso porque, não obstante a pena-base haja sido estabelecida no mínimo legal, o réu foi apreendido com elevada quantidade de drogas, circunstância concreta e específica dos autos que autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da pena aplicada. (...)”* (HC n. 777.870/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.); No mesmo sentido: “(...) *In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da*

sanção aplicada. (...)” (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

*Por oportuno: “(...) O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas. Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante. Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios. Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta da ré, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)” (Apelação nº 0034838-30.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**, julg., em 6 de outubro de 2016).*

Diante de tais considerações, **dá-se provimento** ao recurso ministerial para condenar, como incursos no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06, o réu **RAFAEL CUNHA DO NASCIMENTO** às penas 9 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 1399 (mil, trezentos e noventa e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nove) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e o réu **MATEUS DA SILVA SOUZA** às penas de 8 (oito) anos de reclusão e 1200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator