



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000371169

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501392-08.2022.8.26.0396, da Comarca de Novo Horizonte, em que é apelante GAMALIEL VÍCTORI ZOCARATO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 15 de abril de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.481.

APELAÇÃO Nº. 1501392-08.2022.8.26.0396.

**APELANTE: GAMALIEL VÍCTORI ZOCARATO APELADO:
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

COMARCA: NOVO HORIZONTE (2ª VARA).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria bem demonstradas e sequer questionadas - Drogas e petrecho apreendidos, aliados a relatos congruentes dos policiais - Prática da traficância configurada, sem margem para desclassificação para a figura do artigo 28, § 1º, da Lei específica - Réu dedicado às atividades criminosas, conforme prova robusta nos autos. Condenação incensurável. Dosimetria – Pena base estabelecida acima do mínimo legal, diante da quantidade e perniciosidade das drogas – Adequado - Sem alterações nas demais fases, tornada definitiva - Tráfico privilegiado incompatível - Circunstâncias que evidenciam a dedicação às atividades criminosas, havendo indicativos de comércio habitual e organizado, com apreensão de petrechos, não se tratando de pequeno iniciante. Regime semiaberto benéfico ao réu, diante da gravidade intrínseca do crime – Nada por ser modificado ('ne reformatio in pejus'). Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e *Sursis*, medidas não socialmente recomendáveis - Pena imposta que ultrapassa o limite de 04 anos (arts. 44 e 77, CP). Recurso improvido.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo acusado **GAMALIEL VÍCTORI ZOCARATO**, insurgindo-se contra a r. sentença de fls.342/347 que o condenou a pena de 06 (seis) anos de reclusão em regime semiaberto e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, calculados no valor

unitário mínimo legal, como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06; pelos fatos descritos na denúncia de fls.237/239, ocorridos no dia 20 de outubro de 2022.

Inconformado com a r. Sentença, apelou o acusado (fls.358/363), pleiteando a desclassificação da infração penal de traficância imputada para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Regularmente processado o recurso, com contrarrazões às fls. 369/370.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls.388/394 é pelo desprovimento do apelo defensivo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 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 do essencial.

Conforme registrado na denúncia (fls.237/239):

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial, instaurado por meio de auto de prisão em flagrante, que, no dia 20 de outubro de 2022, por volta das 18 horas e 15 minutos, na Rua João Minari, nº 363, Jardim América, nesta cidade e comarca de Novo Horizonte, GAMALIEL VÍCTORI

ZOCARATO, qualificado a fl. 25, trazia consigo e tinha em depósito, para fins de tráfico, duas porções de “crack”, sendo uma grande e outra pequena, com peso bruto de 344,6 gramas, substância que causa a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 13, auto de constatação preliminar de fl. 14 e laudo pericial de fls.82/84.

É dos autos que na época dos fatos GAMALIEL exercia o tráfico de drogas nesta cidade, sendo que, no dia em tela, o denunciado trazia consigo um tablete grande de “crack” e passou a exhibi-lo a Brendon Lucas Ramalho Rodrigues e a Gabriel Gustavo Pereira Alcântara.

Ocorre que policiais militares haviam recebido denúncia anônima, narrando que naquela tarde GAMALIEL iria receber grande quantidade de droga e iria fracioná-la, entregando a outros traficantes.

Nesta trilha, nas condições de tempo acima apontadas, os patrulheiros se deslocaram com o apoio de outras equipes até a residência de GAMALIEL e, já próximos do local, surpreenderam GAMALIEL exibindo o entorpecente para Brendon e para Gabriel, na via pública, em frente ao imóvel.

Ao avistarem a aproximação policial, GAMALIEL e Gabriel fugiram para o interior da residência, enquanto Brendon tentou fugir caminhando pela rua e foi abordado por uma das equipes.

Convictos da situação flagrancial, os policiais ingressaram no

imóvel de GAMALIEL, ocasião em que avistaram-no dispensando ao solo a porção grande de “crack” e, na sequência, ele e Gabriel pularam a janela, acessando uma área de difícil acesso aos fundos do imóvel e de lá pularam o muro, fugindo por outros imóveis.

Após cessadas as buscas a GAMALIEL, os policiais retornaram à casa do denunciado e encontraram uma balança de precisão e uma porção menor de “crack”, objetos que foram devidamente apreendidos e submetidos à perícia.

Diante das circunstâncias da abordagem policial, aliadas à informação recebida, conclui-se com segurança que os entorpecentes apreendidos pertenciam ao denunciado e se destinavam à venda.”

Passa-se à análise, não havendo arguição de preliminar.

Ab initio, observo que não houve insurgência quanto ao mérito, dosimetria, regime de cumprimento de pena e benesses legais, razão pela qual se tornaria despicienda a apreciação das matérias.

De qualquer forma, os elementos de convicção colhidos nos autos são suficientes a demonstrar a prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável a materialidade da infração penal evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls.01), boletim de ocorrência (fls.09/12), auto de exibição e apreensão (fls.13), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls.14), fotografia (fls.23), laudo de exame químico-toxicológico (fls.82/84), laudo de perícia criminal (fls.199/210), relatório final (fls.213/214) e pela

prova oral produzida.

A autoria é incontestada diante da prova reunida.

Enfim, demonstrado o fato e a necessidade de responsabilização da apelante, restando observar que a insurgência da Defesa é pela desclassificação da infração penal de traficância imputada para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, o que será objeto de apreciação adiante.

O conjunto dos elementos probatórios coligidos atestam, sem sombra de dúvidas, a autoria delitiva.

O crime de tráfico consuma-se pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, já consumou a infração. Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não seria necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalto o ensinamento de Fernando de Almeida Pedrosa:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

Não há dúvidas, pois, de que as **substâncias periciadas** foram as mesmas apreendidas. Todas os procedimentos foram devidamente documentados, **não havendo qualquer mácula capaz de lançar dúvida sobre a perícia realizada**, restando no vazio os questionamentos no tocante a falta de potencialidade das drogas, até porque o próprio apelante fala em uso daquelas, de modo que atendia as necessidades dos usuários, com o poder viciante inerente.

Contudo, não apresentou explicações plausíveis ou convincentes para as circunstâncias descritas, nem forneceu provas ou testemunhas que corroborassem sua versão, configurando escusa isolada nos autos.

Situação fragrantial com apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes em poder do réu que se dedicava a venda de drogas por hábito e meio de vida.

As circunstâncias da apreensão não se coadunam com a pretensão de desclassificação da conduta para a posse de entorpecente para uso próprio, **eis que portava a droga para fins de tráfico e claramente foi visto exibindo os entorpecentes para outros indivíduos que o cercavam na via pública**, assim potencial de lucro alto, **com apreensão de petrecho utilizado para fins de mercancia ilícita, como uma balança de precisão**, típica do tráfico, indicativo de vendas de quantidades em dias diversos, não se tratando de iniciante no crime.

Assim, em que pese os argumentos da combativa Defesa,

constata-se que a prova oral, somada à apreensão de drogas durante a diligência, bem como as circunstâncias da abordagem, sendo o encontro das drogas e da balança de precisão operante na utilização separação das drogas e com clara referência à comercialização dos entorpecentes, em verdade, a materialização da típica prática de traficância, elementos estes mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei Federal 11343/06.

Há provas claras de atividade ilícita do acusado relacionada à traficância. Ademais, é importante notar que no dia dos acontecimentos, os policiais observaram a interação entre o acusado e possíveis consumidores, o que robustece a alegação de tráfico de drogas.

À propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, § 3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I - Inicialmente, vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração. II - O eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões - com base nas provas carreadas aos autos - pelas quais concluiu pela manutenção da condenação da ora agravante quanto ao delito de tráfico de drogas, bem como pela impossibilidade de desclassificação da conduta. Destacou-se, outrossim, que os policiais afirmaram que "as Rés gritarem "marijuana" e presenciaram oferecerem, aos transeuntes, os doces confeccionados com maconha" (fl. 788), portanto, restando

comprovado que a agravante e as corrés estavam na posse coletiva de material entorpecente, expondo-os à venda. III - Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. IV - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo eg. Tribunal a quo para absolver ou desclassificar a conduta da recorrente, como pretende a Defesa, demandaria, necessariamente, o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 2160831 RJ 2022/0203986-0, Data de Julgamento: 07/02/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2023).

Como se constatou nos autos, o apelante, foi pilhado em situação flagrancial portando e exibindo as drogas, além do petrecho utilizado para fins de tráfico no local da apreensão, revelando que se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*. Vê-se claramente que o réu é traficante de drogas, exercendo a atividade de forma habitual.

Evidente o dolo direto da agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo legal, da Lei Federal 11.343/06, sendo a versão do apelante frágil e inconsistente ante os elementos de prova, notadamente dos depoimentos dos policiais que foram uníssonos, firmes e claros.

Qualquer incerteza deve ser sustentada por evidências substanciais, as quais estão ausentes no caso em questão.

Este entendimento, como já decidiu esta Egrégia 5ª Câmara de Direito Criminal, está refletido no precedente citado abaixo:

Tráfico de entorpecentes. Policiais militares em diligência pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico, que avistam o réu e ele, ao notá-los, dispensa um saco plástico e tenta fugir, em vão. Agentes públicos que conseguem deter o acusado e constataam que na sacola arremessada havia 13 porções de maconha e 6 porções de cocaína. Prova hábil à condenação. Relatos extrajudiciais dos policiais precisos e coerentes dando conta da responsabilidade do denunciado pelos fatos. Agentes públicos que confirmaram, em juízo, a veracidade dos depoimentos prestados em sede policial. Condenação de rigor, com a nota de que é inviável a desclassificação da conduta para o delito do artigo 28, da Lei de Drogas. Penas que não comportam reparo. Inviabilidade de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da reincidência. Substituição incompatível com a reincidência e o volume da pena. Regime fechado absolutamente necessário. Apelo improvido, afastada a preliminar de nulidade. (TJSP; Apelação Criminal 1500864-59.2020.8.26.0358; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mirassol - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/10/2023; Data de Registro: 24/10/2023). (grifei).

Inviável, diante da prova coligida, a desclassificação do crime praticado conforme pretendido pelo acusado, mesmo porque a defesa não fez prova de que as drogas eram, realmente, para o consumo único e exclusivo do réu, sendo certo por outro lado, mesmo sendo o acusado viciado, o fato não o isenta da responsabilidade no crime imputado na inicial acusatória, tendo em vista que a grande maioria das pessoas que se envolvem nesse tipo de delito, busca satisfazer seu próprio vício, recebendo como forma de pagamento pela mercancia ilícita que vem praticando. Portanto, a condição de usuário não exclui a de traficante.

No ponto:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CRIME DE CONDUTAS MÚLTIPLAS E FORMAL. TER EM DEPÓSITO. CONDENAÇÃO. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 3. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 7 porções de maconha, pesando aproximadamente 900g, escondidas no telhado, balança de precisão e rolo de papel filme, além dos depoimentos dos policiais e da confirmação do próprio acusado acerca da aquisição de 1kg do referido entorpecente. Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 1624427 GO 2019/0348123-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 10/03/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe

23/03/2020). (grifei).

Nessa esteira, já se manifestou esta Corte: *“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade”* (TJSP RJTJSP, 101/498).

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.

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- vol. 97, pág. 512 - 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 (Lei Federal 11343/06, artigo 33, 'caput'), não havendo que se falar em desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei de Tóxicos, posto que não há dúvidas de que estava envolvido com o tráfico de entorpecentes.

Passemos à dosimetria da pena, embora não tenha havido qualquer insurgência.

Na primeira fase, o Juízo de origem vislumbrou circunstância judicial desfavorável ao réu, em observância ao enunciado do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, havendo consideração as circunstâncias do crime a merecer exasperação nesta etapa diante da expressiva **quantidade de entorpecentes, além da perniciosidade** das drogas apreendidas (*duas porções de “crack”, sendo uma grande e outra pequena, com peso bruto de 344,6 gramas*), altamente nociva à saúde pública, o que permitiria servir considerável número de usuários.

É a própria⁷ aplicação do art. 42 da Lei Antidrogas: *Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

Assim, tanto a quantidade como a natureza nociva e poder viciante capaz de resultados devastadores em seus consumidores, bem como em razão das demais circunstâncias da prisão em flagrante, o que denota merecida exasperação compatível com a gravidade do caso concreto, estabelecendo a pena base na fração de 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, ou seja, 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa. Adequado, nada por ser modificado.

Na segunda fase, não reconhecidas quaisquer circunstâncias judiciais agravantes ou atenuantes por valorar, se mantendo a pena intermediária no mesmo patamar anteriormente fixado. Nada por modificar.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena (majorantes/minorantes).

Vale ressaltar que o Juízo de origem corretamente não reconheceu a causa especial de diminuição de pena, vez que não preenchidos os requisitos legais para a modalidade privilegiada, assim, deixando de aplicar o redutor previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A negativa se justifica não apenas pela **expressiva quantidade e perniciosidade dos entorpecentes apreendidos**, mas também **pela presença do petrecho utilizado nas operações comerciais, ou seja, balança de precisão**, todos encontrados na residência e de posse do réu. **Esses elementos, somados ao contexto dos fatos, deixam claro que o réu não apenas possuía as substâncias ilícitas, mas também se dedicava à atividade criminosa de forma estruturada, com o evidente propósito de comercialização, e não para mero consumo pessoal.**

Nesse aspecto pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E PETRECHOS DE MERCANCIA APREENDIDOS. INCIDÊNCIA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial no qual o recorrente contestava a

condenação por tráfico de drogas e a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. O recorrente, primário, alegava que a quantidade de drogas não seria suficiente para evidenciar dedicação à atividade criminosa. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se a quantidade de entorpecentes apreendida, por si só, é suficiente para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado; e (ii) verificar a adequação da dosimetria da pena. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência desta Corte estabelece que, para a concessão da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, o réu deve preencher cumulativamente os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não pertencimento a organização criminosa.

4. No caso em análise, a expressiva quantidade de drogas apreendidas (644,93 gramas de maconha e 5,89 gramas de ecstasy), aliada à apreensão de balança de precisão e materiais característicos do tráfico, indicam dedicação do recorrente a atividades ilícitas, justificando o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.

5. A causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, referente ao transporte de drogas, foi corretamente aplicada, o que reflete na exasperação da pena.

6. A revisão da dosimetria da pena, com base no entendimento desta Corte, resulta na fixação da pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, mantendo-se o regime inicial fechado.

IV. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

(AREsp n. 2.229.406/MG, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/11/2024, DJe de 17/12/2024).

É também entendimento desta E. 5ª Câmara Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS e POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO e MUNIÇÕES –

Materialidade e autoria evidenciados – Incursão policial válida – Autorização documentada – Adolescente que teria acompanhado as diligências, não arrolada como testemunha – Acusado que detinha medida cautelar em seu desfavor, em razão do cometimento de crime análogo, há menos de um mês – Portaria do condomínio que não é plenamente operante – Coação não alegada perante a D. Autoridade Policial – Ausência de falta funcional dos policiais – Crimes permanentes – Condenação como medida necessária – Circunstâncias judiciais preponderantes desfavoráveis – Quantidade dos entorpecentes – Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06 – "Tráfico-privilegiado" obstado – Apreensão de dinheiro e balança de precisão – Dedicção a atividades criminosas – Apreensão conjunta de munições que denota maior reprovabilidade – Concurso material delineado – Regime inicial fechado como único apto a reprová-lo, e, principalmente, ressocializá-lo, no que tange ao tráfico – Regime intermediário lançado no tocante à infração prevista no Estatuto do Desarmamento – Prisão preventiva – Ausência de pedido pelo Legitimado – Decretada a perda dos bens apreendidos, salvo o aparelho celular, em relação ao qual deve o D. Juízo de origem observar o constante no art. 123 do CPP – Recurso provido, com determinação. (TJSP; Apelação Criminal 1501400-36.2023.8.26.0594; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/11/2024; Data de Registro: 19/11/2024) (grifei).

Não se trata de pequeno iniciante no crime.

Assim, na derradeira, corretamente o “tráfico-privilegiado” foi afastado.

Aqui, a circunstância deve ser vista como pressuposto vedatório, e não como hipótese de agravação.

Ou seja, contrapõe-se com a positividade da primariedade.

E, à mingua de quaisquer outros elementos modificadores, tornou-se a **pena definitiva em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa**, estes fixados no valor mínimo legal.

Portanto, bem definidas as reprimendas, não há nada a reparar.

O regime, pelas mesmas razões, deveria ser o inicial fechado. O envolvimento do réu, diante das circunstâncias dos fatos, com o tráfico é inconciliável com regime mais brando, dada a gravidade da situação, a quantidade e perniciosidade das drogas (*duas porções de “crack”, sendo uma grande e outra pequena, com peso bruto de 344,6 gramas*), e até o petrecho apreendido (balança de precisão) típico do tráfico, exigindo repressão mais severa do Estado.

Portanto, o regime mais gravoso seria o mais indicado a reprovar, e, principalmente, ressocializar.

E isto é suficiente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias

judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

2. Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável utilizada para exasperar a pena-base - apreensão de 300,065 kg (trezentos quilogramas e sessenta e cinco gramas) de maconha -, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, mostra-se adequado ao caso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 855.441/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 26/6/2024).

Nada obstante, conserva-se o regime prisional intermediário fixado na origem, **o semiaberto**, em razão de não haver reclamo do legitimado diante da gravidade intrínseca do crime e do desfavorecimento concreto das circunstâncias objetivas (apreensão de expressiva quantidade de drogas, cuja natureza se revela extremamente nociva e viciante à saúde pública), forte no *'ne reformatio in pejus'*.

Da mesma forma, a natureza hedionda e as circunstâncias do crime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se revela socialmente recomendável. Aliás, já não seria cabível a substituição penal ante a elevada quantidade da pena, que ultrapassa o limite de 04 (quatro) anos previsto no art. 44 do Código Penal.

Assim, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sursis, vez que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Enfrentadas as teses propostas pela combativa Defesa em recurso, tem-se que as matérias estão prequestionadas.

Posto isso, por meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, subsistindo a r. sentença prolatada em seus termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator