



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000377835

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501242-45.2023.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LEANDRO LOPES DA SILVA.

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 julgar procedente a pretensão punitiva estatal e condenar o réu Leandro Lopes da Silva como incurso no art. 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei de Drogas, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no 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 TOLOZA NETO.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9637

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1501242-45.2023.8.26.0411

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Leandro Lopes da Silva

Comarca: Pacaembu

Apelação Criminal. Tráfico de drogas majorado (art. 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06). Sentença absolutória. Recurso Ministerial. Acolhimento. Condição de usuário não demonstrada. Caráter relativo da referida presunção, fixado no Tema nº 506 do STF. Circunstâncias concretas que indicam a mercancia ilícita. Réu surpreendido com 33g de cannabis sativa nas dependências de estabelecimento prisional, onde cumpre pena. Droga transportada pelo acusado, durante saída temporária. Tráfico de drogas evidenciado. Depoimentos testemunhais em harmonia com o conjunto probatório. Tipicidade da conduta. Exegese do art. 28, §2º da Lei de Drogas. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação impositiva. Dosimetria. Peculiaridades do caso concreto que exigem a fixação da pena-base acima do mínimo legal (maus antecedentes). Crime cometido nas dependências de estabelecimento prisional (art. 40, III, da Lei de Drogas). Fixação do regime inicial fechado. Sentença reformada. Pretensão punitiva estatal procedente. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 169/171) que julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, para absolver Leandro Lopes da Silva da imputação pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O Órgão Ministerial, em suas razões (fls. 176/180), requereu a condenação do réu, nos termos da denúncia, presentes os elementos de materialidade delitiva e autoria.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as

contrarrazões (fls. 189/192), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 201/233).

É o relatório.

Depreende-se dos autos que Leandro Lopes da Silva foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, pois como consta na denúncia, a partir do dia 19 de setembro de 2023 e até o dia 20 de setembro de 2023, em horário incerto, no Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu, localizado na Rodovia SP 294, Km 615, Zona Rural, na cidade e Comarca de Pacaembu/SP, transportou e trouxe consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 9 (nove) invólucros plásticos e porções contendo a substância popularmente conhecida como “maconha”, com massa líquida total de 33,86 (trinta e três gramas e oitenta e seis centigramas), conforme Autos de Exibição e Apreensão (fls. 8/9) e Exame Químico-Toxicológico Definitivo (fls. 15/17).

Apurou-se que o denunciado cumpre pena privativa de liberdade no Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu e, em data pretérita, usufruiu de saída temporária.

Visando a inserir, na unidade prisional, substâncias entorpecentes, o denunciado ingeriu, durante o período de ausência, ao menos 9 (nove) invólucros plásticos de maconha, tendo, posteriormente, retornado ao Centro de Progressão Penitenciária.

Ao ser submetido ao procedimento de revista corporal por intermédio do aparelho scanner, visualizou-se imagem suspeita na sua região abdominal, pelo que o denunciado foi encaminhado à cela de inclusão, onde permaneceu, sozinho, nos dias 19 e 20 de setembro de 2023.

No dia 19 de setembro de 2023, em vistoria na citada cela, foram encontrados 3 (três) invólucros e 1 (uma) porção de maconha. Novamente submetido ao scanner corporal, constatou-se que permanecia a imagem suspeita, pelo que o denunciado foi, novamente, isolado dos demais.

No dia 20 de setembro de 2023, o denunciado foi surpreendido pelo agente penitenciário Santille Perosso de Moraes enquanto tentava dispensar mais 5 (cinco) invólucros plásticos de maconha, utilizando-se, para tanto, da descarga do

vaso sanitário.

O Instituto de Criminalística identificou, nas porções apreendidas, a presença de *Tetrahydrocannabinol* (fls. 15/17).

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença absolutória, contra a qual se insurge o órgão acusatório, por meio do presente recurso.

Pois bem. Respeitado o entendimento da culta Magistrada sentenciante, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime imputado ao réu.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do boletim de ocorrência (04/06), auto de exibição e apreensão (fls. 08/09), registros fotográficos (fls. 10/13), termos de depoimento (fls. 90/91) e do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 15/17), que atestou a ilicitude das substâncias apreendidas.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Emerson e Santille Perosso de Moraes (fls. 166 – mídia audiovisual).

Isso delineado, mister consignar o quanto aduzido pelas testemunhas, no inquérito policial (fls. 90/91):

“SANTILLE PEROSSO DE MORAES (...) é Agente de Segurança do Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu. No dia 19 de setembro de 2023, durante procedimento de revista no scanner corporal do preso LEANDRO LOPES DA SILVA, o qual retornava da saída temporária de setembro de 2023, foi constatada uma imagem suspeita em sua região abdominal. Que, o preso Michael foi encaminhado para uma cela do setor de inclusão do presídio. Que, na mesma data, ao vistoriar a cela de inclusão onde o preso Leandro estava sozinho, logrou êxito em apreender 03(três) invólucros de 01 (uma) porção de uma substância que suspeitaram ser a droga 'maconha'. Que, ao ser questionado sobre os invólucros e a porção, o preso Leandro Lopes da Silva confessou que engoliu tal material quando usufruía da saída temporária e

quando se encontrava isolado na cela de inclusão ia tentar dispensar os mesmos pela descarga da cela. Que, o preso Leandro foi novamente submetido ao scanner corporal e uma imagem suspeita continuava em seu abdômen. Que, no dia seguinte, 20 de setembro de 2023, quando o depoente passava defronte a cela de inclusão onde estava ao preso Leandro, percebeu que ele manuseava algo nas mãos, tentando esconder o que era. Que, quando o depoente o perguntou sobre do que se tratava, referido preso começou a acionar insistentemente a descarga do vaso sanitário. Que, então a caixa que recebe a descarga da cela, onde Leandro estava isolado, foi aberta e lá foram encontrados 05 (cinco) invólucros também de uma substância esverdeada, a qual suspeitou ser a droga maconha, os quais haviam sido dispensados pelo preso Leandro. Que, uma quantidade da mesma substância encontrava-se desfiada entre as fezes e não foi possível sua apreensão. Que, questionado sobre aqueles cinco invólucros, o preso Leandro Lopes da Silva confessou que os tinha em seu estômago desde o retorno da saída temporária, quando os trouxe, após tê-los engolidos, para introduzi-los no presídio (...)

“EMERSON NAVARRO VIZU (...) é Diretor de Segurança e Disciplina do Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu. No dia 19 de setembro de 2023, durante procedimento de revista no scanner corporal do preso LEANDRO LOPES DA SILVA, o qual retornava da saída temporária de setembro de 2023, foi constatada uma imagem suspeita em sua região abdominal. Que, o preso Michael foi encaminhado para uma cela do setor de inclusão do presídio. Que, na mesma data, quando o Agente Santille Perosso de Moraes foi vistoriar a cela de inclusão onde o preso Leandro estava sozinho, logrou êxito em apreender 03 (três) invólucros de 01(uma) porção de uma substância que suspeitou ser a droga 'maconha'”. Que, ao ser questionado sobre os invólucros e a porção, o preso Leandro Lopes da Silva confessou ao Agente

Santille que engoliu tal material quando usufruía da saída temporária e quando se encontrava isolado na cela de inclusão ia tentar dispensar os mesmos pela descarga da cela. Que, o preso Leandro foi novamente submetido ao scanner corporal e uma imagem suspeita continuava em seu abdômen. Que, no dia seguinte, 20 de setembro de 2023, quando o depoente e o Agente Santille passavam defronte a cela de inclusão onde estava ao preso Leandro, perceberam que ele manuseava algo nas mãos, tentando esconder o que era. Que, quando o Agente Santille perguntou sobre do que se tratava, referido preso começou a acionar insistentemente a descarga do vaso sanitário. Que, então a caixa que recebe a descarga da cela, onde Leandro estava isolado, foi aberta e lá encontraram 05(cinco) invólucros também de uma substância esverdeada, a qual suspeitaram ser a droga maconha, os quais haviam sido dispensados pelo preso Leandro. Que, uma quantidade da mesma substância encontrava-se desfiada entre as fezes e não foi possível sua apreensão. Que, questionado sobre aqueles cinco invólucros, o preso Leandro Lopes da Silva confessou que os tinha em seu estômago desde o retorno da saída temporária, quando os trouxe, após tê-los engolidos, para introduzi-los no presídio (...)."

Em Juízo, os agentes ratificaram “a apreensão de droga, identificada através do scanner corporal”.

Nesse ponto, convém salientar que o fato de a testemunha ser agente 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 C. 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, g.n.).

Os agentes descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentaram declarações coerentes, claras, e narrou os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da apreensão.

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 agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido 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.

O réu, por sua vez, no inquérito policial (fls. 93), fez uso do seu direito constitucional ao silêncio. Em Juízo, “*confirmou a propriedade de parte da droga, dizendo, porém, que se destinava ao uso*”.

A tese defensiva, contudo, não se sustenta, pelos fundamentos doravante relacionados.

Por ocasião do Tema nº 506, o C. Supremo Tribunal Federal, estabeleceu as seguintes diretrizes: “1. *Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, **será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova***

suficiente da condição de usuário. (RE 635659 ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2025, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 20-02-2025 PUBLIC 21-02-2025)

Da leitura do referido julgado, depreende-se que o Pretório Excelso foi expresso acerca do caráter relativo da presunção de usuário de drogas, porquanto a finalidade consistente em consumo próprio, para aquele que possui *cannabis sativa* até 40g (quarenta gramas), pode ser elidida pelas circunstâncias do caso concreto, sobretudo quanto *“presentes elementos que indiquem intuito de mercancia”*, hipótese que, justamente, corresponde a dos autos.

Tal entendimento coaduna-se com o disposto no art. 28, §2º da Lei de Drogas, *in verbis*: “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Como demonstrado pela prova oral e pericial, o recorrido foi surpreendido com drogas nas dependências do estabelecimento prisional onde cumpre pena, após retornar de saída temporária, a descaracterizar o mero uso próprio, notadamente pela ausência de incompatibilidade entre as condutas, nada impedindo o agente de consumir as drogas e praticar atos de traficância, distribuindo-as entre os demais presos. Nesse sentido: *“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade”* (RJTJ 101/498).

Aliás, como bem asseverado pela d. Procuradoria Geral do Justiça, *“para a invocação do TEMA 506 do STF é preciso demonstração da posse de boa-fé, distante das manifestações inequívocas da finalidade do tráfico de drogas”*.

No mesmo sentido, já se pronunciou esta C. Câmara Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PROVIDO. I. Caso em Exame: Apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença que desclassificou o crime de tráfico de drogas para posse de drogas para uso próprio, aplicando pena de prestação de serviços à comunidade à apelada Camila Cristina de Oliveira Carrilho. O corréu Amós Gomes

Nascimento foi absolvido. O Ministério Público busca a condenação da apelada nos termos da denúncia. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em determinar se a apelada deve ser condenada pelo crime de tráfico de drogas, conforme o artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, ou se a desclassificação para posse de drogas para uso próprio foi correta. III. Razões de Decidir: 3. Comprovação da materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas por meio de boletim de ocorrência, laudos periciais e depoimentos dos agentes penitenciários. 4. **A presunção relativa de uso pessoal foi afastada pelas circunstâncias do caso, indicando a destinação da droga à entrega a terceiros, ainda que gratuitamente.** IV. Dispositivo e Tese: 5. Recurso provido. Condenação da apelada por tráfico de drogas privilegiado e majorado pela prática do delito no interior de estabelecimento prisional, com aplicação da pena privativa de liberdade de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos. Tese de julgamento: 1. **A presunção de uso pessoal pode ser afastada por circunstâncias que indiquem tráfico.** 2. **A tentativa de ingresso em estabelecimento prisional com drogas denota intenção de tráfico.** Legislação Citada: Lei nº 11.343/2006, art. 28, art. 33, "caput", art. 40, inciso III; Código de Processo Penal, art. 386, inciso VII; Código Penal, art. 44. Jurisprudência Citada: STF, Tema 506. (TJSP; Apelação Criminal 1500535-54.2022.8.26.0430; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Paulo de Faria - Vara Única; Data do Julgamento: 31/03/2025; Data de Registro: 31/03/2025, g.n.)

APELAÇÃO. Tráfico de Drogas. Recurso defensivo. Preliminar: Nulidade por ausência de interrogatório do réu na fase policial e judicial. Não violação ao contraditório ou à ampla defesa. Réu que

não foi ouvido em solo policial em decorrência do seu grave estado de saúde. "Não há nulidade na ausência de interrogatório do investigado no curso do inquérito policial, ante a natureza inquisitorial e administrativa do procedimento investigativo". (AgRg no RHC 153.352/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). Inquérito policial que se trata de peça meramente informativa e não tem o condão de contaminar a ação penal. Decretação de revelia devidamente amparada no art. 367 do CPP. Réu que devidamente notificado e que, posteriormente, diligenciado o endereço por ele informado não foi encontrado para participar da audiência. Dever de manter endereço atualizado que incumbe ao processado criminalmente. Preliminar rejeitada. Mérito. Desclassificação para uso. Materialidade e autoria comprovadas pelo farto material probatório amealhado aos autos. **Palavra dos agentes penitenciários. Circunstâncias que não indicam a posse dos tóxicos para consumo pessoal. Traficância comprovada. Hipótese de uso que, ademais, não exclui a mercancia ilícita.** Condenação mantida. Dosimetria que não comporta reparos. Regime inicial fechado. Apelo desprovido, com expedição de mandado de prisão.

(TJSP; Apelação Criminal 0003500-13.2016.8.26.0229; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Criminal da Comarca de Hortolândia; Data do Julgamento: 04/12/2024; Data de Registro: 04/12/2024, g.n.)

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o recorrido transportou e trouxe consigo drogas, bem configurada a tipicidade, já que eventual vício não afasta, por si só, a configuração do art. 33, *caput*, da supracitada Lei.

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram

consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao réu, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o acusado transportou e trouxe consigo drogas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao supracitado dispositivo legal.

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).

Logo, examinando-se a natureza da droga apreendida, como dito, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, a segura incriminação feita pelo agente estatal, incumbido por dever de ofício da repressão penal, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Ademais, bem configurada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, porquanto a infração foi cometida no interior de estabelecimento prisional.

O lugar do crime é sabidamente emblemático, cercado do aparato de segurança. Agiu o réu com intenso dolo e com detida preparação, pertinácia, obstinação e ousadia, não se impressionando nem mesmo com todo o corpo arquitetônico, do estabelecimento prisional - que não se pode negar - é monumento de repressão ao crime.

Não tem o apelado os mecanismos de prevenção e repressão do Estado como aptos a demovê-la do impulso criminoso. O réu, confiante na frouxidão

do sistema de repressão, nesta quadra histórica, não se intimida, testemunhando a maneira como se executa a terapêutica penal. Calha destacar a apurada percepção do Exmo. Des. LUIS SOARES DE MELLO, nesse sentido, *mutatis mutandis*: “(...) *Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridem em plena confiança de impunidade a ordem jurídica em que a legislação se sustenta (...)*”. (Apelação nº 0041316-94.2012.8.26.0576- São José do Rio Preto Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Exmo. Des. LUIS SOARES DE MELLO).

Destarte, *d.m.v.*, emerge demonstrada a subsunção da conduta às formas puníveis do art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é impositiva.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria da pena e do regime prisional.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal c.c. artigo 42 da Lei de Drogas, diante dos maus antecedentes criminais (fls. 131/132), eleva-se o mínimo legal em 1/6, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a reprimenda se mantém incólume.

Na terceira fase, a majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas enseja a exasperação de 1/6, tornando-se a sanção definitiva em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena inculpada no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, resta vedada 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

anteriores, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, o réu ostenta maus antecedentes, do que exsurge sua dedicação à atividade criminosa. 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).

Por fim, revela-se necessário o regime fechado inicial para cumprimento da pena, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, todos do Código Penal, notadamente pelos antecedentes criminais ostentados, a obstarem, ainda, a sanção alternativa, ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Diante de tais considerações, **dá-se provimento ao recurso ministerial, para julgar procedente a pretensão punitiva estatal e condenar o réu Leandro Lopes da Silva como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei de Drogas, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.**

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator