



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389984

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500627-21.2021.8.26.0542, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é apelante LUCAS PEREIRA SANTOS, 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: **Deram provimento em parte 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) E MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

GERALDO WOHLERS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 49.886

Relator: **Desembargador** Geraldo Wohlers

Apelação Criminal nº 1500627-21.2021.8.26.0542, Comarca de Santana de Parnaíba

Apelante: **Lucas Pereira Santos**

Apelada: **Justiça Pública**

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.

Materialidade e autoria suficientemente comprovadas. Apelante condenado com base em provas firmes e harmônicas.

Penas-base diminuídas.

Inviabilidade de incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - circunstâncias do caso concreto que apontam envolvimento do réu com atividades criminosas.

Impossibilidade de conversão da sanção reclusiva em restritivas de direitos.

Mantida a regência prisional.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, etc...

I. Ao relatório inserido na r. sentença de fls. 255/66 (declarada a fls. 268), da lavra do Exmo. Juiz de Direito Dr. Fabio Martins Marsiglio e que se adota, acrescenta-se que **Lucas Pereira Santos**, por incurso no artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, foi condenado às penas reclusiva de 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses, no regime fechado, e financeira de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no mais raso patamar.

Inconformado com o que ficou decidido, apelou tempestivamente o epigrafado (fls. 272). Através de zeloso advogado dativo (fls. 163), reputa de precária a prova e nesse contexto postula a absolvição; subsidiariamente, requer: **a)** a desclassificação do delito para aquele do artigo 28 da Lei de Drogas; **b)** a redução das penas; **c)** a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei de regência; **d)** a fixação de regime prisional mais brando, considerando-se ainda a detração do tempo de encarceramento provisório; **e)** o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea (Obs. do Relator: pleito que corresponde exatamente ao já consagrado na Instância monocrática, cf. fls. 264/5); **f)** a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos; **g)** a suspensão condicional da pena; **h)** a concessão de gratuidade judiciária (razões a fls. 292/305).

Apelo respondido a fls. 312/5. Parecer a fls. 325/6.

É o relatório.

II. Da leitura do arrazoado recursal depreende-se que os pontos controvertidos restaram cabalmente analisados pelo E. Juízo **a quo**, inexistindo na argumentação proficientemente expendida pelo douto recorrente matéria de direito ou alegações não abrangidas pelo édito monocrático.

No caso concreto o deslinde compatibilizou-se com o conjunto probatório.

O conteúdo ideológico das provas produzidas à luz do contraditório e da ampla defesa reveste-se de inafastável veracidade, prevalecendo dialeticamente sobre os argumentos expendidos nas razões recursais.

Com efeito, a realidade da mercancia ilícita resulta de prova firme e harmônica, consistente sobretudo no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11/2), nos laudos de constatação (fls. 21/4) e de exame químico-toxicológico (fls. 204/7: atestando que os narcóticos apreendidos consistiam em 0,5g de **crack**, 32,5g de **cocaína** e 24,6g de **maconha**), bem como nos depoimentos dos guardas civis municipais Marcos da Silva e Paulo Cesar Marinho de Oliveira (fls. 14, 15 e mídia digital).

Sob o pálio do contraditório o servidor público Marcos rememorou que no dia 12 de março de 2021

efetuava patrulhamento rotineiro em região conhecida como palco da nefanda atividade quando deparou com dois indivíduos, e eles, tão logo notaram a presença da equipe, evadiram-se. Referidos rapazes (Obs. do Relator: posteriormente identificados como sendo **Lucas** e Mário Conceição Alves) acabaram abordados, descobrindo-se no interior da sacola que o réu trazia consigo **cocaína, maconha e crack**. Indagados, **Lucas** disse que estava “*abastecendo*” o ponto de tráfico; Mário sustentou ser usuário (mídia digital).

Fazem eco a seu testemunho os de Paulo Cesar, o outro guarda urbano que participou da diligência, o qual confirmou em Juízo que o indigitado admitiu informalmente “*que estava abastecendo a loja e tinha acabado a mercadoria*” (fls. 14 e mídia digital).

Saliente-se - é bem sabido, já se o disse muitas vezes - que não furta a lei validade ao depoimento do agente da Segurança Pública, tanto que não o elenca entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Não se compreende, na verdade, seja a

atividade fiscalizatória desprovida de um mínimo de eficiência, de ética e de veracidade, a ponto de se arvorar em incriminadora insensata de inocentes. Até porque nem teria sentido conferir a lei determinada tarefa ao servidor público, para, ao depois, quando fosse ele convocado a prestar contas da sua atuação, negar valor ao que diz, pela preconceituosa admissão de que não fala a verdade.

Na espécie vertente é de se convir que os guardas civis metropolitanos se mostraram muito seguros em seus relatos.

Anote-se que na etapa inquisitiva (única oportunidade em que ouvido) Mário Conceição Alves disse ser *“usuário de drogas, que fora comprar drogas, momento em que avistaram viaturas da Guarda Municipal e saíram correndo, porém, deram de encontro com outras viaturas da Guarda”* (fls. 16).

Tais subsídios corroboram a **confissão** efetuada em Juízo por **Lucas**: contando com vinte e três anos por ocasião da audiência (anote-se que à época dos fatos o increpado contava com dezenove anos), assinalou que começou a *“abastecer”* o ponto de venda de estupefacientes com dezoito. Referiu também que está preso por outro tráfico (mídia digital).

E não custa realçar, como sabido, que o artigo 33 da Lei de Drogas possui natureza de tipo misto alternativo, vale dizer: incorrendo o(a) agente em qualquer das condutas nele previstas, estará consumado o delito.

Como se vê, não resta a mais pálida dúvida acerca da responsabilidade criminal que cabe a **Lucas**:- a

condenação exsurgia como medida de rigor, **e nos termos da capitulação adotada.**

III. Quanto à retribuição:-

III.I. Na primeira fase da apenação o douto Magistrado **a quo** fixou as basais em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, com financeira de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, no piso, considerando: **a)** *“não só a qualidade nociva e viciante do crack e da cocaína, mas também pela vultuosa quantidade de entorpecentes apreendidos”*; **b)** que o acusado *“não comprovou ocupação lícita”* (vide fls. 263/4).

Todavia, não se vislumbram, na dinâmica fática do evento delitivo (abarcada, naturalmente, sua forma de execução), peculiaridades que justificassem a superação do mínimo cominado nas penas-base, bem como quaisquer outras circunstâncias que evidenciassem maior culpabilidade da agente ou que exorbitassem do grau de reprovação social abstratamente considerado pelo legislador quando da tipificação do crime de tráfico.

De valia realçar ainda que, não obstante a perniciosidade de uma das substâncias clandestinas custodiadas, a quantidade perfaz 0,5g de **crack**, 32,5g de **cocaína** e 24,6g de **maconha** (cf. retrocitados laudos de constatação e de exame químico-toxicológico - fls. 21/4 e 204/7) - o que não se afigurava suficiente para a elevação das básicas nos termos do artigo 59 do Código Penal, bem como do artigo 42 da Lei de Tóxicos. Ficam as sanções, portanto, estabelecidas no piso, assim permanecendo a

despeito da presença das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea de **Lucas**, reconhecidas desde a Instância monocrática - Súmula nº 231 do E. Superior Tribunal de Justiça: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

III.II. No último instante do procedimento individualizatório cumpre consignar que a redução hoje admitida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não se mostrava mesmo viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno.

A ***mens legis*** da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente “*não se dedique às atividades criminosas*”.

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando

aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

No âmbito da Colenda Terceira Câmara Criminal, registrou o preclaro DES. LUIZ ANTONIO CARDOSO por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 0036916-89.2011.8.26.0050 (Comarca da Capital, j. em 30 de julho de 2013), que “essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder”.

A lei atual trouxe tratamento distinto para quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de lucro - a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do **caput** ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desagregadora propagação

narcótica como meio de vida.

É assim que se deve considerar a exigência de “não se dedicar às atividades criminosas” (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse), porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço **para alguém**, faz a deplorável intermediação **para alguém**, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo. Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente...

Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).

No caso concreto, **Lucas** não comprovou o exercício de regular e legítima ocupação profissional (fls. 13) e, nada obstante, foi abordado em local afamado por ser palco da nefanda atividade na posse de substâncias ilícitas; tinha por missão abastecer o que chamou de “*loja*” – o envolvimento com atividades criminosas está patenteado. E cumpre registrar também que **Lucas** ostenta conduta social deletéria (suportou condenação em primeira Instância **por tráfico de estupefacientes**, cf. fls. 198/9).

Desautorizada, sem dúvida, a causa de diminuição.

Destarte, o castigo infligido ao acusado passa agora a ser de 5 (cinco) anos de reclusão, com monetária de 500 (quinhentas) unidades raras de cálculo.

IV. O montante apenatório impede, por si só, a transmutação da sanção corporal em restritivas de direitos e a concessão de **sursis** (artigos 44, inciso I, e 77, **caput**, ambos da lei penal substantiva).

V. De outro vértice, “o regime fechado é obrigatório:- artigo 2º, parágrafo 1º, Lei nº 8.072/90”, como assinalou a douta Terceira Câmara Criminal ao julgar, em 26 de julho de 2011, as Apelações nºs 990.10.423857-9 (Comarca de Praia Grande) e 990.09.361989-0 (Comarca da Capital), ambas de Relatoria do subscritor.

No mesmo sentido: “O regime inicial fechado decorre do teor da Lei nº 11.464/2007, o que inviabiliza a concessão de quaisquer benefícios, inclusive a substituição da pena por restritiva de direitos (...)” - **Apelação nº 0005576-92.2008.8.26.0066**, Comarca de Barretos, j. em 05 de maio de 2011, Rel. o eminente Des. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

“Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena”

II

(E. STJ, *HC* nº 137.162/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 07.12.09).

“1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal – seja na redação original, seja na redação atual –, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante” (Pretório Excelso, ***Habeas Corpus*** nº 103.011/RN, 2ª Turma, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, LexSTF 382/450). Confira-se também: STF, ***Habeas Corpus*** nº 103.141/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje - 27, de 10/02/2011.

De qualquer sorte, mesmo fazendo abstração da equiparação à hediondez como supedâneo para a estipulação do regime, os mesmos e preocupantes motivos elencados no subitem *III.II.*, ***retro***, indicativos de periculosidade, revelam a absoluta insuficiência da adoção de estágio mais brando.

VI. Não obstante a atual redação do artigo 387, § 2º, da lei penal adjetiva, nem sempre se afigura recomendável que o E. Juízo de conhecimento efetue desde logo a detração da sanção para fins de abrandamento do regime de encarceramento; às vezes convém que o E. Juízo de Execução

se desincumba da tarefa, por se tratar de órgão estruturado especificamente para apurar incidentes de execução e com melhores condições de verificar a presença de variáveis prejudiciais à concretização do regime prisional imposto nessa seara (como a necessidade de unificação de penas).

Como enfatizou, em julgamento desta Colenda Câmara, o eminente Des. Tristão Ribeiro:

“Entende-se que é inviável em sede de apelação a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, devendo o juízo da execução se manifestar inicialmente a respeito de eventual detração, primeiramente porque não se tem informações, aptas a embasar decisão segura, a respeito da real situação carcerária do réu, impedindo a análise do requisito subjetivo, e principalmente para não violar o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição” (Apelação Criminal nº 0000705-52.2017.8.26.0050, Comarca da Capital, j. em 23 de novembro de 2017).

Ainda sobre o tema:

“Por fim, inviável o manuseio da detração, nos moldes do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Isto porque, a novel legislação contemplou apenas uma autorização para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo da prisão cautelar, o que não implica transformar o juiz sentenciante em um juiz de execução penal.

Mormente, pois somente o juiz da execução penal possui, com maior propriedade, o quadro completo das condenações daquele réu, do seu

comportamento carcerário e do seu merecimento” (Apelação Criminal nº 1501861-71.2020.8.26.0510, Comarca de Rio Claro, Colenda Décima-Sexta Câmara Criminal, Relator o ilustre Des. Guilherme de Souza Nucci, j. em 25 de abril de 2021).

VII. Por derradeiro, não se vislumbra motivo para que **Lucas** se defenda sob os auspícios da *Justiça Gratuita*, posto que não comprovou estado de penúria, o que se fazia mister, nos termos da Lei nº 1.060/50. Sabe-se, outrossim, que o fato de ser o réu assistido por defensor(a) dativo(a) não implica, **necessariamente**, na obrigatoriedade de outorga do benefício.

VIII. Em decorrência do exposto, meu voto **dá parcial provimento** ao apelo de **Lucas Pereira Santos** a fim de reduzir sua punição para 5 (cinco) anos de reclusão, além de multa correspondente a 500 (quinhentas) diárias mínimas.

Mantém-se no mais, pelos méritos que oferece, a r. decisão guerreada.

Intime-se. Comunique-se.

Geraldo Wohlers

Relator