



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000392601

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500126-52.2024.8.26.0222, da Comarca de Guariba, em que é apelante CAIQUE HENRIQUE CARLOS, 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), MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.385.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1500126-52.2024.8.26.0222.

ORIGEM: Foro de Guariba - 2º Vara Judicial.

MAGISTRADO: DR. BRAYHER ABRÃO BARRETO

APELANTE: CAIQUE HENRIQUE CARLOS.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria bem demonstradas. Idoneidade da palavra dos policiais. Conjunto probatório robusto. Réu flagrado em local conhecido como ponto de venda de drogas em posse de entorpecentes variados. Condenação incensurável. Exasperação da pena-base adequada ao caso, dada a natureza perniciosa das drogas. Menoridade que faz a e pena voltar ao patamar mínimo também corretamente verificado. Fração da causa de diminuição do tráfico privilegiado no mínimo adequado, ante a verificação de atos infracionais análogos a tráfico de drogas em curto período de tempo, que justificaria, inclusive, o afastamento do privilégio, vez que não se trata de iniciante. *Ne reformatio in pejus*. Regime semiaberto benéfico. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos obstada, requisitos objetivos não preenchidos. Recurso improvido.

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de fls. 152/162, a qual condenou o réu **CAIQUE HENRIQUE CARLOS** como incurso nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando-o à pena **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no piso.**

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação (fls. 166/169), pleiteando a absolvição por insuficiência de provas e, de forma subsidiária, a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. Requereu, ainda, a aplicação do redutor máximo na terceira fase da dosimetria, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O Ministério Público, em contrarrazões (fls. 177/187), manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Por sua vez, o parecer da Douta Procuradoria de Justiça (fls. 195/199) opinou pelo parcial provimento do apelo, com o afastamento da exasperação na primeira fase, a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 na fração de 2/3, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

Ressalte-se que não houve oposição expressa das partes quanto à submissão do feito ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Narra a denúncia (fls. 108/110) que: *no dia 29 de outubro de 2023, às 14h20, na Rua Domingos Corcino da Rocha, nº 411, Planalto Verde, nesta cidade e Comarca de Guariba, CAIQUE HENRIQUE CARLOS, qualificado à fl. 04, menor de 21 anos, trazia consigo, para entrega e consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 02 (duas) pedras de crack, pesando 0,26 gramas (massa líquida), 01 (um) eppendorf de cocaína, pesando 0,13 gramas (massa líquida) e 02 (duas) trouxinhas de maconha, pesando 2,87 gramas (massa líquida), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 06/07 e laudo pericial de exame*

químico-toxicológico de fls. 26/28, 29/31 e fls. 35/37.”

Conforme apurado, no dia e local dos fatos —reconhecidamente utilizados como ponto de tráfico —, policiais militares, em patrulhamento de rotina, **avistaram Caique ao lado de uma motocicleta, entregando um objeto ao condutor.** Com a aproximação da viatura, o motociclista fugiu sem ser identificado, restando abordados Caique e outro indivíduo.

Durante a revista pessoal, foram localizadas com **Caique 2 (duas) pedras de crack, 1 (um) eppendorf de cocaína e 2 (duas) porções de maconha.** Com o segundo abordado, encontrou-se quantia em dinheiro trocado. Próximo ao local, **a aproximadamente 2 metros, dentro de um relógio de água, foi localizada uma sacola contendo mais entorpecentes —7 (sete) eppendorfs de cocaína, 6 (seis) porções de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack — todas embaladas da mesma forma que as apreendidas com Caique.**

Apesar de negar a propriedade das substâncias, inclusive das que portava, **Caique é conhecido nos meios policiais por envolvimento com o tráfico de drogas, embora tecnicamente primário (fls. 51/53).** Diante da diversidade, quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes — prontos para comercialização —, bem como das circunstâncias da abordagem e dos depoimentos policiais, restou evidenciada a finalidade mercantil da conduta.

A materialidade restou demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 1/3); auto de exibição e apreensão (fls. 6/7); laudo pericial de exame químico-toxicológico positivo para as substâncias entorpecentes - crack, cocaína e maconha (fls. 26/28, 29/31, 32/34, 35/37, 39/41 e 42/44).

A autoria é inconteste e recai sobre o réu.

Em interrogatório, o réu negou os fatos que lhe foram imputados, afirmando não ser proprietário das substâncias apreendidas e **alegando ser apenas usuário de maconha.**

Sua versão, entretanto, encontra-se dissociada dos demais elementos probatórios.

O policial militar **Iranildo Monteiro da Silva** relatou que, durante patrulhamento, avistou dois indivíduos próximos a uma motocicleta, sendo que um deles repassou algo ao condutor. Ao tentarem a abordagem, o motociclista evadiu-se, não sendo identificado. **Os dois indivíduos restantes foram revistados: com um deles foram encontradas porções de maconha, crack e cocaína; com o outro, dinheiro em diversas cédulas trocadas.**

Próximo ao local, junto a um relógio de água, foi localizada uma sacola contendo mais entorpecentes, embalados de forma idêntica aos que estavam com os abordados. Ambos foram presos em flagrante. Segundo o policial, **Caique era um dos presentes e teria entregado algo ao condutor da motocicleta.** Ressaltou que o acusado é **conhecido nos meios policiais como traficante, não sendo identificado como usuário.**

A versão foi corroborada pelo também policial militar **Isaac Mendes Borges**, que reiterou o envolvimento de Caique com o tráfico de drogas, mencionando que sua reputação entre os agentes de segurança é compatível com a prática delitiva.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os **depoimentos de policiais**, quando prestados em juízo sob o **compromisso legal**, possuem **eficácia probatória**, salvo se houver elementos concretos que indiquem eventual parcialidade ou falsidade. Ademais, cumpre ressaltar que as declarações dos **agentes de segurança pública** encontram respaldo nos demais **elementos de prova** constantes dos autos, conferindo sustentação à demonstração tanto da **materialidade** quanto da **autoria delitiva**.

No ponto:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO
REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO
TRÁFICO. PROVAS DE AUTORIA E
MATERIALIDADE SUFICIENTES.
ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE
RECONHECIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS
CONCRETAS QUE EVIDENCIAM A
DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE A
ATIVIDADES CRIMINOSAS. RÉU
REINCIDENTE. REVOLVIMENTO
PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL
DESPROVIDO.

1. In casu, as instâncias ordinárias consideraram que o acervo probatório é firme para subsidiar a condenação do agravante pelo delito de tráfico de drogas e associação ao tráfico, especialmente a partir da prova oral produzida e investigação prévia na Delegacia de Polícia, o que culminou com a expedição de mandado de busca e apreensão na residência do réu, onde foram apreendidas as drogas.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova" (AgRg no HC n. 672.359/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta

Turma, julgado em 22/6/2021, DJe 28/6/2021).

3. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de sorte a absolver o agravante pelo delito de tráfico de drogas e associação ao tráfico, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, conforme o disposto na Súmula n. 7/STJ.

Precedentes.

4. A instância de origem indeferiu a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base em dados concretos que evidenciavam a dedicação do agravante às atividades criminosas. Além disso, o agravante possui maus antecedentes e é reincidente, o que afasta a aplicação da causa de diminuição de pena.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 833.004/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/12/2024, DJEN de 23/12/2024).

Além disso, **inexiste qualquer indício de parcialidade** por parte dos policiais, **assim como não há elementos que sugiram** a imputação falsa do crime ao réu ou o uso de **coação** contra ele.

Pois bem.

Pleiteou a Defesa pela absolvição por insuficiência de provas. Sem razão, entretanto.

Cumprе destacar que o artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, **estabelece de forma abrangente o tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes**, contemplando não apenas a comercialização direta de substâncias proscritas, mas também **uma série de outras condutas que integram a cadeia do tráfico**, tais como importar, exportar, oferecer, transportar, guardar, ter em depósito, entre outras.

Trata-se, portanto, de **tipo penal de múltiplas condutas, cuja**

configuração prescinde da concretização da venda da droga, bastando, para sua consumação, a prática de qualquer das ações descritas no dispositivo legal.

Assim, a efetiva transação comercial — embora frequentemente presente — **não constitui elemento indispensável para a caracterização do crime**, sendo suficiente, por exemplo, o simples ato de transportar ou manter sob sua guarda a substância ilícita com finalidade de tráfico.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, *mutatis mutandis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO É MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESTABILIDADE DA PROVA. PRECEDENTES. COTEJO COM AS DEMAIS PROVAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS ROBUSTAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

4. Por fim, com relação a alegação de inexistência de prova da traficância, com pedido subsidiário de desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas, também não assiste razão à defesa. Primeiro, porque as instâncias anteriores concluíram que o conjunto probatório evidenciou a ocorrência do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como que a droga era destinada à venda, dadas as circunstâncias, e desconstituir tal conclusão demandaria uma reanálise das provas do processo, inviável em sede de recurso especial. Segundo, porque foram apreendidos 35,40g de cocaína, quantidade bastante relevante, que estavam acondicionados em “sacolés”. Terceiro, porque

para a configuração do tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 basta que o agente pratique qualquer dos verbos ali descritos, não precisando ficar comprovada necessariamente a mercancia da substância. Ou seja, ainda que não estivesse demonstrado o destino comercial da droga, a tipificação pelo art. 33 poderia, por exemplo, ocorrer pelo fato de “trazer consigo” ou “ter em depósito”. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.703.590/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 23/12/2024).

In casu, o réu foi surpreendido por policiais militares na posse de **2 (duas) pedras de crack, com peso líquido de 0,26 gramas; 1 (um) eppendorff contendo cocaína, pesando 0,13 gramas; e 2 (duas) porções de maconha, totalizando 2,87 gramas.**

Os depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela abordagem — harmônicos, seguros e revestidos de credibilidade — são uníssonos ao relatar que o réu foi flagrado no exato momento em que entregava um objeto ao condutor de uma motocicleta. Ao notar a aproximação da viatura, o motociclista empreendeu fuga, não sendo identificado, permanecendo no local apenas o réu e outro indivíduo, que foram devidamente abordados.

Em poder do réu foram apreendidos **entorpecentes embalados de forma idêntica àqueles encontrados em uma mochila localizada nas proximidades**, circunstância que corrobora a narrativa acusatória e reforça a convicção condenatória.

No tocante ao pedido de desclassificação, a versão apresentada pelo acusado — no sentido de que seria simples usuário — **mostra-se desconectada das demais provas coligidas e desprovida de qualquer**

respaldo mínimo de verossimilhança. Ressalte-se que, frequentemente, usuários de drogas acabam por envolver-se no comércio de substâncias entorpecentes como forma de sustento do próprio vício, o que, por si só, não descaracteriza a tipicidade da conduta.

Cabe ainda destacar que, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, **competete à Defesa a demonstração de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão punitiva estatal.** No caso em apreço, tal ônus não foi minimamente cumprido. A simples alegação de dependência química, desacompanhada de elementos probatórios idôneos, não é suficiente para afastar a autoria e a materialidade do delito, ambas evidenciadas de forma clara nos autos.

Em suma, os elementos colhidos no curso da instrução são suficientes para infirmar a tese defensiva e demonstrar que a conduta do réu extrapolou o uso pessoal, enquadrando-se no tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, caracterizando o tráfico ilícito de entorpecentes.

Diante desse contexto, a manutenção da **condenação do réu nos termos da r. sentença da origem, é medida necessária e justa.**

Passemos, pois, à análise da pena.

Na primeira fase da dosimetria, em estrita observância aos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, o juízo sentenciante considerou que, embora a quantidade de entorpecentes apreendida diretamente com o réu não fosse significativa, nas proximidades do local foi encontrada uma sacola contendo maior volume de substâncias ilícitas — **7 (sete) eppendorfs com cocaína, 6 (seis) porções de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack** — todas **acondicionadas de forma idêntica às substâncias**

localizadas em poder do acusado.

Tal circunstância revelou **maior reprovabilidade da conduta, evidenciando seu envolvimento em atividade típica do tráfico, com diversidade de drogas**, inclusive de elevado poder de dependência e nocividade, **como o crack e a cocaína**. Em razão disso, a pena-base foi exasperada em 1/5, sendo fixada em **6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa**.

Neste ponto, a Defesa insurgiu-se, pleiteando a fixação da pena-base no mínimo legal. Todavia, tal pretensão não merece acolhimento.

O Magistrado sentenciante fundamentou de forma legítima a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, com base na natureza das substâncias entorpecentes apreendidas —circunstância expressamente prevista no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Ressalte-se que a fundamentação apresentada se revela idônea, coerente e devidamente motivada, conferindo legitimidade à valoração negativa dessa circunstância judicial.

Além disso, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida possuem caráter preponderante sobre as demais circunstâncias judiciais avaliadas na primeira fase, sendo, por si sós, aptas a justificar o aumento da pena-base.

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS
CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. REDUÇÃO
DA PENA-BASE. INVIABILIDADE.
CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DEVIDAMENTE
JUSTIFICADA. CULPABILIDADE
ACENTUADA. PRECEDENTES.**

MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL E DA NEGATIVA DE SUSBTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. Ademais, a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. Por fim, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, in verbis: 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.

4. A pena-base do paciente foi exasperada em 2/3, em razão do desvalor conferido à sua culpabilidade, visto que integrava uma organização criminosa com estrutura empresarial, composta por pelo menos 17 membros, que atuava na região de Assis/SP e era voltada ao tráfico de entorpecentes, sendo sua função o transporte das drogas, além da venda direta aos usuários. Nesse contexto, reputo razoável e proporcional o incremento operado pelas instâncias de origem, tendo em vista que as particularidades do caso concreto revelam um elevado grau de censurabilidade da sua conduta, de modo a exigir uma resposta penal mais incisiva. Precedentes.

5. Permanecem inalterados o regime prisional e a negativa de substituição da reprimenda, nos termos dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do Código

Penal.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 982.195/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 19/3/2025.)

A fração de 1/5 (um quinto), aplicada na exasperação da pena-base, mostra-se proporcional diante das peculiaridades do caso concreto. A natureza das substâncias apreendidas — notoriamente nocivas — justifica a valoração negativa e o percentual, renovando-se **cocaína e crack**.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade relativa, a pena foi reduzida ao mínimo legal previsto para o tipo penal, qual seja, **5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**.

Na terceira fase, o réu foi beneficiado com a causa de diminuição prevista no § 4º (quarto) do artigo 33 da Lei de Drogas. Embora conste nos autos anotação anterior procedente por ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes (cf. fls. 147/148) entendeu o magistrado que tal circunstância, embora não suficiente para afastar o privilégio, **evidencia vínculo reiterado com o comércio ilícito de drogas, justificando a aplicação da minorante no patamar mínimo de 1/6 (um sexto)**.

Neste ponto, a Defesa insurge-se, pleiteando a aplicação da fração máxima de redução prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, qual seja, 2/3 (dois terços).

Contudo, não lhe assiste razão.

Trata-se de substâncias distintas —entre elas, **cocaína e crack** —
Apelação Criminal nº 1500126-52.2024.8.26.0222 -Voto nº 5385 JV

ambas de alto potencial viciante e considerável nocividade social.

Estava ele em **ponto conhecido de vendas de drogas.**

Tem **passagem recente tida procedente, como menor infrator, por tráfico de drogas**, além de outra também por tráfico de 2.022.

Tudo indica **habitualidade dedicação às atividades criminosas**, o que demonstra fosse inviável a benesse ao presente caso, o que não modificado por falta de insurgência do Legitimado, forte no *ne reformatio in pejus*.

No mínimo, o redutor em menor proporção, para dar azo a proporcionalidade, tal qual buscado pela norma, de modo que, no ponto, foi corretamente encampado o entendimento na origem.

Renovando, alhures, como pontuado pelo Magistrado sentenciante, consta na certidão de fls. 147/148 que, em 31 de abril de 2023, **aproximadamente 6 (seis) meses antes dos fatos ora analisados**, o réu foi apreendido por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, **em contexto bastante semelhante ao atual**. Registre-se, ainda, a existência de **outra anotação, datada de 2022, também relacionada à prática infracional equiparada ao tráfico**.

Tais circunstâncias evidenciam que o réu **já apresentava inserção no ambiente da traficância**, o que justificava, repita-se, a não concessão da benesse ao caso, mas que, como concedido e sem recurso do Ministério Público, com base em critérios de razoabilidade e

proporcionalidade, a aplicação da diminuição no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) se impunha.

A reiteração em condutas análogas deveria, como já várias vezes pontuado, inclusive, fundamentar o não reconhecimento do tráfico privilegiado, conforme entendimento consolidado pela jurisprudência pátria, *in verbis*:

DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE. CABIMENTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

I. Caso em exame

1. Embargos de divergência opostos pelo Ministério Público do Estado de Rondônia contra acórdão da Sexta Turma do STJ, que manteve a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à embargada condenada por tráfico de drogas.

2. A embargada foi condenada em primeira instância a 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 375 dias-multa, por tráfico de drogas privilegiado praticado em estabelecimento prisional. O MPRO recorreu, mas o recurso foi desprovido pelo TJRO e pelo STJ.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se os registros de atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, praticados pela embargada, são suficientes para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Há divergência entre a jurisprudência da Sexta Turma e da Quinta Turma do STJ sobre a consideração de atos infracionais para o afastamento da minorante.

III. Razões de decidir

5. A Terceira Seção do STJ consolidou o entendimento de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante, desde que haja fundamentação idônea apontando circunstâncias excepcionais, como a gravidade dos atos pretéritos e a proximidade temporal com o crime em apuração.

6. No caso concreto, a embargada possui registros de atos infracionais análogos ao tráfico de drogas,

praticados com razoável proximidade temporal em relação ao delito atual, o que caracteriza dedicação a atividades criminosas.

7. A decisão embargada não considerou adequadamente o histórico infracional da embargada, em desacordo com o entendimento consolidado pela Terceira Seção do STJ.

IV. Dispositivo e tese

8. Embargos de divergência providos para reformar o acórdão embargado, afastando a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, redimensionando-se a pena da embargada para 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 625 dias-multa.

Tese de julgamento: "1. O histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mediante fundamentação idônea que aponte circunstâncias excepcionais, como a gravidade dos atos pretéritos e a proximidade temporal com o crime em apuração."

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º;

art. 40, III. Jurisprudência relevante citada: STJ, EREsp 1.916.596/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021.

(EResp n. 2.129.167/RO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 12/3/2025, DJEN de 18/3/2025.)

No mesmo sentido, por esta E. 5ª Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – Tráfico de Drogas. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas e sequer questionadas - Circunstâncias do fato que revelam a prática da traficância. Condenação incensurável. Apelação da Defesa com pleito reconhecimento do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo – Inviável - Elementos que indicam envolvimento com a espúria engrenagem da narcotraficância. Dosimetria - Básicas necessariamente acima do mínimo legal, ante a quantidade e variedade das drogas - Segunda etapa, reconhecimento de atenuantes, com retorno da pena intermediária ao patamar mínimo legal - Fase final, sem alterações – Não concorrem causas de aumento e tampouco incide causa de diminuição do tráfico privilegiado

– Dedicção a atividades ligadas ao crime, já com passagens por idêntico crime e com internação na Fundação Casa pelo envolvimento análogo ato infracional enquanto menor - Mercancia ilícita de entorpecentes em grandes quantidades e com variedades, indicativos de comércio habitual e organizado, não se tratando de pequeno iniciante - Fundamentação idônea havida na origem. Regime fechado necessário. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e Sursis, seja porque a medida não se mostra socialmente recomendável ao caso concreto, seja porque a pena imposta ultrapassa o limite de 04 anos (arts. 44 e 77, CP). Perdimento do valor havido na traficância, impositivo. Custódia cautelar mantida - Crime concretamente grave, o que demanda a manutenção da medida extrema para acautelamento da ordem pública e para se evitar a reiteração delitiva. Apelo improvido. (TJSP; Apelação Criminal 1500123-77.2024.8.26.0552; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pirassununga - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/09/2024; Data de Registro: 13/09/2024).

Entretanto, repisa-se, mais uma vez, dada a peculiaridade do caso, ausente qualquer insurgência do Legitimado e, forte o *ne reformatio in pejus*, mantém-se o fixado.

Assim, a pena definitiva restou fixada **em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além do pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.**

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena no **semiaberto**, a Defesa insurgiu-se pleiteando sua fixação no regime aberto. Contudo, tal pleito não encontra respaldo jurídico, pela clara insuficiência.

Nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal,

quando a pena privativa de liberdade é fixada em **patamar superior a 4 (quatro) anos, como no presente caso, o regime inicial semiaberto fica possível**. Ademais, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis — devidamente reconhecidas na primeira fase da dosimetria — constitui fundamento idôneo para impedir a aplicação do regime mais brando, conforme reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, que reconhecem a necessidade de observância da individualização da pena e da prevenção especial.

Era caso do inicial fechado, ante as circunstâncias judiciais negativa e em especial pelas duas passagens recentes como menor infrator, em situação análoga ao tráfico, com procedência, a indicar reiteração. Também aqui, nada por modificar, sem insurgência do acusador.

Na mesma linha, descabe a aplicação da Súmula Vinculante nº 59 do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque **não estão presentes os requisitos objetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, a pena aplicada foi maior de 4 (quatro) anos, além de, *in casu*, não ser a mais recomendada**.

Conforme o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que concedeu a ordem, de ofício, para reconhecer a minorante do tráfico de drogas em favor do agravante, fixando o regime

inicial de cumprimento de pena no semiaberto.

2. O agravante busca a reforma da decisão para que seja fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base na Súmula Vinculante n. 59 do STF.

II. Questão em discussão³. A questão em discussão consiste em saber se o agravante faz jus à fixação do regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e a ausência de vetores negativos na dosimetria da pena.

III. Razões de decidir⁴. A pena do agravante foi fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão, o que impõe o regime semiaberto, conforme o art. 33, §2º, b, do Código Penal, aplicável a penas superiores a 4 anos e iguais ou inferiores a 8 anos.

5. A substituição por penas restritivas de direito não é possível, pois o art. 44, inciso I, do Código Penal, permite tal substituição apenas para penas não superiores a quatro anos, o que não é o caso do agravante.

6. A Súmula Vinculante n. 59 do STF não se aplica ao caso, pois o agravante não preenche os requisitos legais para a concessão dos benefícios pleiteados.

IV. Dispositivo e tese⁷. Agravo regimental não provido.

Tese de julgamento: "1. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado em regime semiaberto para penas superiores a 4 anos e iguais ou inferiores a 8 anos. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é inviável para penas superiores a quatro anos, conforme o art. 44, inciso I, do Código Penal".

Dispositivos relevantes citados: Código Penal, art. 33, §2º, b;

art. 44, inciso I; Lei n. 11.343/2006, art. 33, §4º. Jurisprudência relevante citada: STF, Súmula Vinculante n. 59.

(AgRg no HC n. 953.673/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/12/2024, DJEN de 16/12/2024).

Por fim, considerando que todas as teses suscitadas foram examinadas, **restam os pontos controvertidos prequestionados.**

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelo defensivo, subsistindo a r. sentença guerreada em seus termos, também pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA
RELATOR