



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000407975

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502966-81.2024.8.26.0530, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante DANIEL HENRIQUE DAMACENO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para deferir o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente) E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

FLAVIO FENOGLIO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

1ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1502966-81.2024.8.26.0530 — Sertãozinho

Apelante: Daniel Henrique Damasceno dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juiz prolator: Dr. Hélio Benedini Ravagnani

Voto nº 5.480

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

O réu foi condenado por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de cinco anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 500 dias-multa. A condenação baseou-se na apreensão de 156 porções de cocaína e maconha, totalizando 124,28 gramas, além de dinheiro sem origem comprovada.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a dosimetria da pena e (ii) o regime prisional adequado.

III. Razões de Decidir

3. A dosimetria da pena foi mantida, considerando a quantidade e nocividade das drogas, conforme artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

4. O regime inicial foi alterado para semiaberto, considerando o réu primário e de bons antecedentes, conforme artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido para deferir o regime inicial semiaberto.

Tese de julgamento: 1. A quantidade e natureza das drogas justificam a pena-base acima do mínimo legal.

2. O regime semiaberto é adequado para réu primário

com pena superior a quatro anos.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput; art. 42.

Código Penal, art. 33, § 2º, alínea “b”; art. 44; art. 77.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no HC nº 766.503/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, j. 19.10.2023.

STJ, EREsp n. 1.916.596/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ acórdão Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, j. 8.9.2021.

STF, RHC 190434 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 23.08.2021.

Trata-se de apelação criminal, interposta contra a r. sentença de fls. 134/140, cujo relatório se adota, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar **DANIEL HENRIQUE DAMASCENO DOS SANTOS**, já qualificado, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no menor valor unitário.

Em suas razões de apelação (fls. 148/151), Daniel pleiteou a redução das penas, pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, e o deferimento do regime semiaberto.

Regularmente processado o recurso, com o oferecimento das contrarrazões (fls. 155/159), vieram os autos

a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento do apelo (fls. 172/175).

É o relatório.

O recurso interposto comporta parcial provimento.

Muito embora não tenha sido objeto específico de irresignação do apelante, consigno que a condenação era mesmo de rigor e a sentença foi criteriosa ao avaliar os elementos de convicção e os contornos jurídicos do caso, conferindo à causa a solução mais adequada e justa.

Narra denúncia (fls. 74/77), que:

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 17 de setembro de 2024, por volta das 20h, na Rua Victório Polegatto, nº 896, Jardim Alvorada, nesta cidade e comarca de Sertãozinho/SP, DANIEL HENRIQUE DAMACENO DOS SANTOS, qualificado à fls. 09/11, menor de 21 anos, trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de entrega ao consumo de terceiros, drogas, consistentes em 39 (trinta e nove) invólucros plásticos retorcidos contendo Cannabis sativa, L, substância conhecida como maconha, e 108 (cento e oito) cápsulas tipo eppendorf contendo cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 07/08, auto de constatação preliminar de fls. 05/06 e laudos periciais toxicológicos definitivos de fls. 53/55 e 56/58.

Segundo foi apurado, DANIEL praticava o tráfico

de drogas e, para o exercício da atividade ilícita, trazia consigo parte dos entorpecentes e armazenava o restante nas proximidades, no telhado do imóvel abandonado do local da abordagem, estando toda a droga embalada de forma individualizada e pronta para a comercialização (fotografias de fls. 17/18 e 20).

Os fatos foram constatados por policiais militares que, em patrulhamento pelo local dos fatos, o qual é conhecido como ponto de venda de drogas, avistaram DANIEL e decidiram abordá-lo.

Em busca pessoal, constatou-se que DANIEL trazia consigo 27 (vinte e sete) porções de cocaína e a quantia em dinheiro de R\$ 605,00. Ainda, no telhado do imóvel abandonado, defronte ao local em que DANIEL foi abordado, foram encontradas mais 39 (trinta e nove) porções de maconha e 81 (oitenta e uma) porções de cocaína, estando estas embaladas de forma idêntica àquelas apreendidas na posse do autor.

Assim, ante o local e as circunstâncias fáticas da abordagem, com a apreensão de quantidade razoável de drogas, sua natureza e o modo como estavam acondicionadas, além de quantia em dinheiro, sem comprovação da origem lícita, e os depoimentos dos policiais militares, restou demonstrado que os entorpecentes se destinavam ao tráfico.

Diante do exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência DANIEL HENRIQUE DAMACENO DOS SANTOS, como incurso no artigo 33, caput, da Lei Federal nº 11.343/06”.

Eis as alegações que alicerçam a acusação.

A materialidade e a autoria ficaram evidenciadas pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de

ocorrência (fls. 27/29), auto de exibição e apreensão (fls. 07/08), laudo de constatação provisória (fls. 05/06), relatório final de investigação (fls. 69/70), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 53/58) e pela prova oral colhida em juízo.

Interrogado em solo policial, o recorrente permaneceu em silêncio (fl. 11).

Já em audiência o réu negou os fatos sustentando que estava apenas de passagem pela rua, na posse de quinze reais, e as drogas encontradas no telhado não lhe pertenciam.

Sob o crivo do contraditório, as testemunhas Paulo Rogério Gutierrez e Daniel Henrique Damaceno dos Santos, policiais militares, disseram que *“disseram que realizavam patrulhamento de rotina pelo local do delito, momento em que avistaram o acusado, já envolvido com o tráfico, sendo o local já conhecido como ponto, decidindo, pois, abordá-lo. Tal indivíduo foi identificado como Daniel e, revistado, em sua posse foram encontradas 27 cápsulas do tipo 'eppendorf' contendo cocaína, além da quantia em dinheiro no valor total de R\$ 605,00 e 01 aparelho de telefone celular. Ainda, sob o telhado de um imóvel aparentemente abandonado, defronte onde o acusado foi abordado, encontraram escondidas outras 90 cápsulas do tipo 'eppendorf' contendo a mesma droga (cocaína) e 39 'trouxinhas' contendo maconha. Indagado, o acusado*

confirmou a propriedade de todos os entorpecentes apreendidos, afirmando que se destinavam ao comércio ilegal e o valor em dinheiro encontrado consigo era 'fruto' de tal atividade criminosa” (fl. 136).

Posto isto, passa-se diretamente à apreciação do apelo, restrito exclusivamente à dosimetria da pena e ao regime prisional, verificando-se que a irresignação Defensiva comporta parcial acolhimento.

Quanto à dosimetria, verifico que as penas não comportam alteração.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, justificando o douto Magistrado que *“considerando a natureza altamente nociva da droga e a quantidade apreendida.”* (fl. 139).

Na hipótese, o aumento pela quantidade e nocividade das drogas apreendidas (156 porções cocaína e maconha pesando 124,28 gramas – massa líquida) estão em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei especial, observado que a apreensão de cocaína e maconha, no mesmo contexto, caracterizaram uma única circunstância, não havendo, portanto, desproporcionalidade na fração de aumento aplicada, 1/6 (um sexto).

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: “[...] *a natureza e a quantidade de droga caracterizam vetor judicial único, que não pode ser cindido para aumentar a pena em duas fases distintas da dosimetria penal. Precedentes.*” (AgRg no HC nº 766.503/SC, Relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 19/10/2023, DJe de 30/10/2023).

Importante observar que a dosimetria é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às peculiaridades de cada caso concreto. Assim, é lícito ao Magistrado fixar a basilar acima do mínimo legal, utilizando uma fração de aumento conforme o seu convencimento, desde que apresente uma fundamentação idônea para tanto – como aqui se fez.

Na segunda fase, ausentes causas agravantes, as penas foram reduzidas ao mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pela menoridade relativa.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento, foi negado o reconhecimento do tráfico privilegiado, sustentando o douto Magistrado que: “*Não incide a causa de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006. Isso porque, embora tecnicamente primário, os indicativos são de que o réu se dedica a atividades criminosas há tempos. Desde a menoridade*

vem praticando tráfico. Conta com diversos boletins de ocorrência, ao menos duas internações pelo mesmo crime. Tem apenas 19 anos e novamente é preso pelo mesmo delito. Foi solto na custódia e dias depois preso em flagrante pelo tráfico. Ou seja, vem praticando o tráfico na sequência. São elementos suficientes para se concluir que não se trata de traficante de "primeira viagem" e, portanto, não faz jus ao benefício" (fl. 139).

Com razão o ilustre Magistrado sentenciante. Não há que se falar em reconhecimento do privilégio, enquanto há elementos suficientes indicando a prática habitual do tráfico pelo apelante, pois o réu foi beneficiado com a liberdade provisória em 18/09/2024 (fls. 38/41), mas foi novamente preso somente em 13/12/2024 pela prática de tráfico de drogas (IP nº 1503886-55.2024.8.26.0530 – fls. 82/85), revelando habitualidade na prática delitiva.

Além disso, consigna-se que, conforme fls. 82/84, o réu registra 06 (seis) processos de apuração de ato infracional e 06 (seis) processos de execução de medidas socioeducativas. Oportuno ressaltar, inclusive, que os últimos registros contam com menos de 01 (um) ano entre os fatos aqui apurados e as práticas lá tratadas.

Neste passo, não se revela inidônea a consideração dessas informações como um dos elementos aptos

a formar o convencimento do juiz.

No mesmo sentido, é o entendimento consolidado pela Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹:

*“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO COM BASE EM ATOS INFRACIONAIS. PREVALECIMENTO DE ENTENDIMENTO INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. [...] **prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressalvado o entendimento desta Relatora para o acórdão, entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração.** 7. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos”. (EResp n. 1.916.596/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021.) Grifo nosso.*

¹ Ainda: **AgRg no HC n. 893.408/SP**, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 19/4/2024; **EDcl no HC n. 717.216/SP**, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023; **AgRg no AREsp n. 2.196.789/MG**, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 3/3/2023; **AgRg no HC n. 748.609/SP**, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022.

Aliás, assim já julgou o Pretório Excelso²:

“EMENTA Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação. Dosimetria. Aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Utilização da prática de atos infracionais para se afastar a causa de diminuição. Possibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido”. (RHC 190434 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 12-11-2021 PUBLIC 16-11-2021)

Como se verifica a partir da análise do caso concreto, as circunstâncias deixam claro que não se está diante de mero traficante eventual, a quem a lei pretendeu beneficiar, razão pela qual não se pode conceder o redutor pleiteado, visto que não preenche os requisitos para a concessão da benesse, qual seja, de não estar envolvido com atividades criminosas.

Quanto ao regime inicial para cumprimento de pena, embora bem fundamentado na r. sentença a opção pelo fechado, diante do *quantum* da pena (superior a quatro e inferior a oito anos de reclusão) e considerando se tratar de réu primário e de bons antecedentes, o regime semiaberto se mostra mais adequado à hipótese, conforme dispõe o artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

² No mesmo sentido: **HC 235834 AgR**, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 14-02-2024, DJe-s/n DIVULG 27-02-2024 PUBLIC 28-02-2024; **HC 239079 AgR**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22-04-2024, DJe-s/n DIVULG 24-05-2024 PUBLIC 27-05-2024; **HC 221092 AgR**, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22-11-2022, DJe-237 DIVULG 22-11-2022 PUBLIC 23-11-2022.

Como a pena privativa de liberdade excede a 04 (quatro) anos, inadmissíveis a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal e o *sursis*, nos termos do artigo 77 do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para deferir o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em atenção ao parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.

Flavio Fenoglio
Relator