



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000417328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502001-40.2023.8.26.0530, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante RICARDO RAMOS DE SOUSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO N.º 9798

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1502001-40.2023.8.26.0530

Apelante: Ricardo Ramos de Sousa

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Ribeirão Preto

Apelação Criminal. Tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos dos agentes de segurança. Dosimetria. Natureza e nocividade das drogas apreendidas que justificam a exasperação da pena-base. Inteligência do artigo 42 da Lei de Drogas. Reconhecida a minorante do § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mantidos. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ricardo Ramos de Sousa contra a r. sentença (fls. 161/166 e 198/199) em que se julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, c.c. o artigo 29, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal, bem como para absolver o corréu Renato Silva Rodrigues da prática do mesmo crime, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por entender presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, o MM. Juiz *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao réu por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo e na prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais (fls. 180/192), o apelante pugnou pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal ou o redimensionamento do *quantum* de aumento aplicado na primeira fase da dosimetria.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 201/206), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **não provimento** do apelo (fls. 231/243).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **RICARDO RAMOS DE SOUSA** e **RENATO SILVA RODRIGUES**, foram denunciados como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, c.c. o artigo 29, *caput*, do Código Penal, porque segundo consta na denúncia, desde data incerta, mas seguramente até o dia 25 de junho de 2023, por volta das 10h da manhã, quando acabaram presos em flagrante delito, na Rua Emília Pinto Pinheiro Pessini, n.º 98, Bairro Vila Guiomar, na Cidade e Comarca, agindo em concurso e em unidade de desígnios, traziam consigo para entrega a consumo de terceiro, mediante venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 06 (seis) microtubos de plásticos, do tipo “*eppendorf*”, de cor azul, contendo, 1,39g de substância *metil benzoilecgonina* (cocaína); 40,76g da substância *metil benzoilecgonina* (cocaína), adulterada para a forma de (“crack”); 2,03g da substância “*Cannabis Sativa L*”, popularmente conhecida como “maconha”, substâncias que causam dependência física e psíquica e que consta na Portaria nº 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, em sua lista F (substâncias de uso proscrito no Brasil), conforme boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição e apreensão (fl. 12), laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 26/28) e laudos de exame químico-toxicológicos definitivos (fls. 77/78 e 79/80).

Segundo restou apurado, “(...) *policiais militares estavam em patrulhamento, quando receberam comunicação via COPOM sobre um roubo na Avenida Caramuru, e receberam informação de que o autor do roubo teria se evadido pela mata, após colidir contra uma árvore.*

*Deste modo, foi acionado o helicóptero Águia da Polícia Militar para auxiliar na localização e prisão dos autores do roubo, momento em que os policiais do Águia comunicaram que avistaram os denunciados **RICARDO** e **RENATO** saindo da mata, e, adentrando no imóvel situado na Rua Emilia Pinto Pinheiro Pessini, próximo ao n.º 98 (última casa da rua).*

*Assim, os milicianos se deslocaram até o endereço indicado, onde havia uma mulher defronte o imóvel, a qual foi cientificada da ocorrência, e autorizou a entrada dos policiais no local. Deste modo, ao realizarem a busca naquele imóvel, localizaram **RICARDO** e **RENATO**, que foram abordados na cozinha da residência.*

*Durante a busca pessoal nos denunciados, em poder de **RICARDO**, que estava com uma mochila nas costas, no seu interior, foram encontrados R\$ 246,00, em cédulas e R\$ 28,00 em moedas, uma pedra de crack de 40,76g, para ser fracionada, uma porção pequena de maconha, além de seis microtubos contendo cocaína, dentre outros objetos.*

*Por sua vez, em poder de **RENATO**, foi localizado o valor de R\$ 91,60, em notas e moedas diversas.*

*Indagados pelos militares, apenas **RICARDO** confessou a traficância.*

Os policiais esclareceram que a vítima do roubo foi contatada e não reconheceu os denunciados como autores daquele crime.

*Diante dos fatos, **RICARDO** e **RENATO** receberam voz de prisão em flagrante delito e, conduzidos até à delegacia de polícia, na presença da autoridade policial, ao serem formalmente inquiridos optaram por ficar calados (fls. 05 e 06).*

*O tráfico de drogas restou plenamente comprovado, haja vista a relevante quantidade e a natureza das drogas (cocaína, crack e maconha), a forma de acondicionamento, a quantia em dinheiro apreendida com os denunciados, além das demais circunstâncias da ocorrência, notadamente o local da prisão em flagrante, além da multirreincidência, inclusive, específica de **RENATO**. Assim, possível concluir que as drogas que os denunciados traziam consigo se destinavam ao comércio nefasto. (...)”.*

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Inicialmente, importa notar que a r. sentença de fls. 161/166 transitou em julgado para o Ministério Público em 1º de julho de 2024 (fls. 194) e para o corréu Renato Silva Rodrigues em 8 de agosto 2024 (fls. 195).

No mais, em que pesem os argumentos expostos pela D. Defesa, infere-se que o conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao réu.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), termos de depoimento (fls. 2 e 4), boletim de ocorrência (fls. 7/9), auto de exibição e apreensão (fls. 12), fotografias (fls. 14/16), laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 26/28), comprovantes de depósito dos valores apreendidos (fls. 65/66), laudos de exame químico-toxicológicos definitivos (fls. 77/78 e 79/80), que atestaram a ilicitude das substâncias apreendidas, relatório final (fls. 81/82), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Luis Leonardo Belchior Crepaldi e Igor Domingues Veronez, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do réu (fls. 2, 4 e 159/160 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feitos pelo d. Magistrado sentenciante (fls. 163/164), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) O policial militar Luis Leonardo Belchior Crepaldi estava em patrulhamento quando o COPOM informou sobre roubo em andamento na Avenida Caramuru. A equipe do helicóptero Águia observou que a pessoa que havia subtraído o veículo tinha se evadido para uma mata. No sobrevoo foram observados dois indivíduos correndo e entrando em uma residência. O depoente chegou ao local com apoio de viaturas; a equipe entrou e

encontrou os acusados na cozinha da residência, sentados no chão. Ricardo tinha uma mochila nas costas, onde estavam as drogas e outros objetos. A vítima não os reconheceu como os autores do roubo, porém, eles foram conduzidos à delegacia em virtude do crime de tráfico de drogas. Havia na mochila dinheiro e crack, em uma porção grande e outras fracionadas, para venda. Não se recorda se havia outras drogas, tampouco o que foi encontrado com o acusado Renato. Eles estavam juntos, correram e se esconderam na residência. E, admitiram que vendiam drogas na região, bem como que se assustaram com a polícia, correndo em seguida. Não os conhecia, porém, havia abordado o réu Ricardo uma semana antes, em local de venda de drogas. O local da abordagem é o maior ponto de tráfico de drogas do bairro Parque Ribeirão Preto; na mata existente ali, há muitos usuários de crack.

*No mesmo sentido o depoimento do **policial militar Igor Domingues Veronez** o qual acrescentou que entrou na residência por outro lado, para que os acusados não conseguissem fugir pelos fundos. Quando retornou, eles já tinham sido contidos por outros policiais. Recorda-se que em poder dos réus havia maconha, cocaína, pedras de crack e dinheiro; não se lembra o que estava com cada um. Conversou com o Ricardo, que admitiu que estava traficando. Pelo que se recorda, Renato ficou em silêncio. Nas proximidades há tráfico de drogas. Não os conhecia. (...)”.*

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não tornam, 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 policiais militares descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre a intenção dos depoentes em incriminarem injustamente o acusado. As apreensões de drogas e dinheiro no mesmo contexto somente foram possíveis pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que os esforços empreendidos não se mostram coerentes ou críveis 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.

Por sua vez, o apelante, perante a autoridade policial (fls. 5), manifestou seu direito constitucional ao silêncio. Em **juízo** (fls. 159/160 – mídia audiovisual e 162), confessou o tráfico de drogas, relatando que “(...) *A droga encontrada na mochila e que estava em seu poder se destinava à venda.*

Comercializava cada porção das três substâncias entorpecentes por R\$ 5,00, sendo que o dinheiro que trazia consigo era proveniente do tráfico de drogas. Traficava dentro da mata e, quando o Águia passou sobrevoando, acreditou que os policiais estavam a sua procura, razão pela qual saiu correndo. Renato não traficava com o interrogado. Ele saiu correndo também na frente e chamou o interrogado para dentro da casa. Não o conhecia. (...)”.

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 e dinheiro apreendida (6 microtubos plásticos do tipo “eppendorf”, contendo cocaína em pó, com peso de 1,39g; 1 embalagem cilíndrica de plástico duro, contendo cocaína, sob a forma de “crack”, com peso de 40,76g; 1 embalagem de plástico aderente, contendo Tetrahydrocannabinol (THC), substância popularmente conhecida como “maconha”; R\$ 274,00 – fls. 12, 26/27, 65, 77/78 e 79/80), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Cabe notar que já se decidiu que: “*A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados na residência da apelante, induz que se destinavam ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368/76*” (RTJE 109/277). Ensina Fernando Pedroso que: “*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*” (Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 2ª ed., RT, 2004, item “5”, p. 96).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao artigo 33, caput, da Lei de Drogas.

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).

Oportuno registrar, ainda que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes”* (TJRS, Ap. 697.020.717, Câm., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime”* (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o apelante trazia consigo drogas, inviável a desclassificação de seu comportamento para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício por parte do réu não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que ele consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar sua renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Inviável o acolhimento do pedido de absolvição do réu. Os diálogos obtidos por interceptação telefônica dão conta da prática da traficância, tanto na cidade de

Tupã, quanto em Bastos/SP. Depoimentos dos policiais civis ouvidos em juízo que devem ser recebidos sem ressalvas. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. **Não há que se falar em desclassificação para o delito descrito no artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas, pois inexistente prova de que as drogas eram destinadas, exclusivamente, ao consumo próprio. Eventual condição de usuário do réu que não obsta que as comercialize, até para sustentar o próprio vício.** Condenação mantida. Dosimetria das penas e cumprimento. Pena-base fixada no mínimo legal. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 aplicado na fração máxima. Regime aberto. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500953-84.2021.8.26.0637; **Relatora: Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tupã - Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/10/2024; Data de Registro: 16/10/2024 – g.n.).

Logo, possível condição de usuário em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas apreendidas – “maconha” e cocaína (em pó e sob a forma de “crack”) – mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, sendo a cocaína de conhecida potencialidade letal, a forma como estavam acondicionadas, a apreensão de dinheiro cuja origem lícita não restou suficientemente demonstrada, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, corroboradas pela confissão em juízo do apelante, 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*).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta do apelante às formas puníveis no supracitado dispositivo legal e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, e artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, o MM. Juiz *a quo*, valorando negativamente a exacerbada reprovabilidade da conduta e a natureza das drogas apreendidas, com destaque para o “crack”, fixou a pena-base, acrescida de 1/6 (um sexto), em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Cumprir frisar que: “A culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime ou contravenção penal, no intuito de desempenhar o papel de pressuposto de aplicação da pena” (MASSON, Cleber Rogério - Direito Penal Esquemático - Parte Geral - vol.1 - 4ª ed. - São Paulo: Método, 2011, p.630).

No caso concreto, a culpabilidade do agente destoava daquela normal à espécie, eis que o réu, trazia consigo para fins de venda e consumo a terceiros, substâncias de elevada nocividade, destacando-se a cocaína sob a forma de “crack”, com potencial para atingir, uma quantidade considerável de usuários restando autorizado o aumento da pena-base.

Outrossim, segundo escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “*É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, **quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização.***” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, RT, 7ª edição, pág 350 g.n.).

Convém sublinhar que: “*A alta nocividade da **cocaína** está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação*

*aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública” (TJRS – AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda – RJTJRS 130/154), in HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes -, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **TOLOZA NETO**, em 13.05.2014 -g.n.).*

*Além disso, já foi destacado, em v. acórdão, “segundo especialistas, o **crack** é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso... Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos...” (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)” (RT 838/571).*

*Da mesma maneira: “(...) uma vez que cuida-se de “**crack**”, droga extremamente nociva, e, muito embora o apelante seja primário e sem antecedentes, e a quantidade não seja tão expressiva, não se pode perder de vista que o “**crack**” possui efeitos nefastos, tanto que é absorvido pelo organismo humano, gerando dependência física e psíquica quase imediata. Ademais, as chances de recuperação, ao contrário, são sabidamente as mais remotas entre as drogas conhecidas, sem contar que o fato de a droga ser de baixo custo acaba atingindo as camadas mais fragilizadas da sociedade. Por tais razões, a natureza do entorpecente apreendido impede que a redução seja maior, tendo em vista o contido no artigo 42 da aludida Lei. Inviável também a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto os motivos e as circunstâncias não indicam que essa substituição seja suficiente, máxime diante da lesividade do “**crack**”. No mais, o regime inicial fechado é o mais adequado ao caso concreto, diante da ousadia demonstrada pelo agente no comércio ilícito de drogas, não se podendo olvidar que o início do cumprimento da pena em regime mais gravoso decorre de expressa previsão legal (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuja redação foi alterada pela Lei nº 11.464/07). Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo”. (APELAÇÃO nº 3001621-35.2013.8.26.0451. Colenda 1ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Exmo. Des. **IVO DE ALMEIDA** – g.n.).*

Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: *“A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativo existencial do vício morféutico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo”* (**Habeas Corpus** nº 2049710-67.2014.8.26.0000 – Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **GERALDO WOHLERS**).

No mais, para ilustrar a necessidade do recrudesimento da pena-base quanto à natureza da droga apreendida, cumpre colacionar precedente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“DIREITO PENAL. APELAÇÃO. **TRÁFICO DE DROGAS**. NULIDADE DAS PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Apelado absolvido com fundamento no art. 386, VII, c/c art. 157, CPP, devido ao reconhecimento da ilicitude das provas apresentadas aos autos. 2. Recurso ministerial: (i) legalidade das buscas domiciliares empreendidas pelos policiais militares e, consequentemente, das provas apresentadas aos autos; (ii) caracterização do crime de tráfico de drogas, nos exatos termos da denúncia; (iii) exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes criminais e da quantidade e natureza das drogas apreendidas; (iv) reconhecimento da multirreincidência; (v) fixação do regime inicial fechado; e (vi) perdimento dos valores apreendidos. 3. O tráfico de drogas é crime de caráter permanente, cujo estado de flagrância persiste enquanto o infrator mantiver em depósito substâncias entorpecentes, o que possibilita aos policiais o ingresso no domicílio do apelado independentemente de consentimento, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal (STJ. RHC n. 141.544/PR. TJSP. Habeas Corpus Criminal 2275261-55.2020.8.26.0000). 4. No caso em

apreço, o ingresso dos policiais militares no domicílio do apelado foi justificado pelo consentimento e pela caracterização da situação flagrancial. 5. A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). 6. Preliminar acolhida. 7. A materialidade e a autoria foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 8. A quantidade expressiva e **a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) é circunstância que justifica a exasperação da pena-base, devido à sua alta nocividade e maior exposição a risco do bem jurídico protegido, nos termos do art. 42, Lei nº 11.343/06 e da jurisprudência pátria** (STJ. HC n. 539.623/SP; REsp n. 1.887.511/SP; AgRg no HC n. 694.438/PR1). 9. A multirreincidência do apelado tem prevalência sobre a confissão espontânea (STJ. Tema Repetitivo 585). 10. O regime inicial fechado é o mais adequado às circunstâncias do caso em apreço, notadamente em razão do "*quantum*" da pena atribuída ao apelado, à sua reincidência específica e aos seus maus antecedentes criminais. 11. Recurso ministerial provido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1504005-55.2023.8.26.0302; **Relator: Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaú - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/09/2024; Data de Registro: 27/09/2024 – g.n.).

Ressalta-se, que: *“Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação*

penal.” (MASSON, Cleber Rogério – Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – 4ª ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 628).

Oportuno realçar, por fim que o *“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado”* (HC 283.706/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento aplicado à basilar, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida a pena-base como lançada.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, configurada a atenuante da confissão espontânea, como reconhecido na r. sentença, de rigor o retorno da reprimenda ao mínimo legal, perfazendo 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição de pena insculpida no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a reprimenda foi reduzida em 2/3 (dois terços), totalizando 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Com efeito, ressalta-se que cabe ao magistrado ponderar as peculiaridades do caso concreto para estabelecer a fração redutora mais adequada à hipótese, observando, todavia, os limites estabelecidos no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

A bem da verdade, sequer seria o caso de aplicação da referida benesse. No caso dos autos, em que pese a primariedade ostentada pelo réu, este foi pilhado em situação flagrancial, no maior ponto de drogas do bairro, portando “maconha” e cocaína (em pó e sob a forma de “crack”), sendo as duas últimas, de elevada nocividade, com destaque para o “crack”, com potencial para atingir considerável quantidade de usuários (40,76g), bem como R\$ 274,00, em dinheiro (fls. 65), sem olvidar que confirmou em juízo que as drogas eram destinadas a venda, o que revela que se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com

animus lucrandi, modus vivendi, assim como indica que a redução foi aplicada com benevolência.

Contudo, ausente irresignação do órgão ministerial neste sentido, de se manter a referida minorante, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Por fim, também de forma benevolente ao réu, fora marcado o regime aberto, porquanto as circunstâncias judiciais, a natureza e a nocividade das drogas apreendidas justificariam regime mais severo, consoante o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, inciso III, do Código Penal, entretanto, mantém-se o raciocínio adotado na origem, na ausência de recurso ministerial.

A respeito, destaca-se precedente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) DESCABIMENTO DO RECURSO ADESIVO EM MATÉRIA CRIMINAL. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (3) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (4) INDÍCIOS. (5) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (6) CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. (7) CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO NÃO CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. (8) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (9) DOSIMETRIA DA PENA. A NATUREZA DA DROGA PERMITE A FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. (10) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. (11) REGIME PRISIONAL FECHADO. (12) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (13) RECURSO ADESIVO DA DEFESA NÃO CONHECIDO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

“(…) 11. **Regime prisional.** Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, **a determinação do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código. Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas** ou sejam reincidentes, **ou mesmo a depender da natureza e quantidade de drogas apreendidas. Precedentes do STF** (HC 223.498 AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 07/03/2023; HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022; RHC 208.937 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 03/02/2022; HC 182.352 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 21/12/2020 – DJe de 10/02/2021). 12. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, pela quantidade da pena imposta. Ainda que assim não fosse, o réu dedica-se às atividades criminosas e o benefício não seria suficiente à prevenção e repreensão do crime, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. 13. Recurso adesivo da defesa não conhecido e parcial provimento do recurso Ministerial, para os fins de exasperar a pena-base do réu e fixar o regime prisional fechado.

(TJSP; Apelação Criminal 1500403-86.2023.8.26.0583; **Relator: Airton Vieira**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/11/2024; Data de Registro: 29/11/2024 – g.n.).

Por fim, observados os ditames contidos no artigo 44, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator