



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000424579

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500496-56.2024.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO e VICTOR DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 29 de abril de 2025

LEME GARCIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

16ª Câmara de Direito Criminal

APELAÇÃO n. 1500496-56.2024.8.26.0537

Comarca: SÃO BERNARDO DO CAMPO

Apelantes: DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO e VICTOR DE OLIVEIRA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Voto: 31429

Apelação. Tráfico de drogas. Recursos defensivos. Pedidos de absolvição por insuficiência probatória. Não cabimento. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Circunstâncias da prisão que evidenciam a prática da traficância. Local dos fatos que foi objeto de “denúncia anônima” como sendo ponto de tráfico de drogas liderado por “Vitinho”. VICTOR e DANIEL abordados no interior do imóvel, onde foram apreendidas 205 porções de cocaína (156,2g), 91 porções de crack (13,7g), 85 invólucros de maconha (309,1g) e 25 unidades de “lança-perfume” (250ml), além de cadernos de contabilidade e de turnos de traficância. Escusas dos apelantes que foram contraditórias entre si. DANIEL que assumiu apenas a propriedade das drogas localizadas na mochila e negou envolvimento com as substâncias encontradas no interior do fogão. VICTOR que alegou ter ido ao local para adquirir maconha para consumo próprio, a qual lhe foi entregue por DANIEL depois de retirá-la do interior do citado forno. Policiais militares que narraram de forma firme e coerente a abordagem dos réus nas circunstâncias que evidenciaram a traficância. Pleito da Defesa de VICTOR pela desclassificação do delito para a conduta prevista no artigo 28, da Lei n. 11.343/06. Impossibilidade, notadamente diante da quantidade e variedade de drogas apreendidas. Condenações mantidas. Dosimetria penal. Possibilidade de redução das penas-base em razão do afastamento da valoração negativa da quantidade e variedade de drogas. Elementos a serem valorados na terceira etapa. Na segunda fase, correta a elevação da pena de VICTOR, na fração de 1/6, em virtude da reincidência. Confissão parcial de DANIEL que, de qualquer modo, não poderia reduzir a pena aquém do mínimo legal, a teor da Súmula n. 231, do STJ. Viável a aplicação, para DANIEL, do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na metade. Apelante primário, preso com variedade e quantidade de droga considerável, sem demonstração de que se dedique a atividades ilícitas ou que pertença a organização criminosa. Circunstâncias favoráveis. Cabível a DANIEL a fixação de regime inicial aberto em face da quantidade de pena aplicada e da primariedade do réu. Viável, do mesmo modo, a substituição da pena privativa de liberdade de DANIEL por penas restritivas de direitos. Regime inicial fechado para o cumprimento da pena mantido para VICTOR e que se justifica pelo quantum da reprimenda e pela reincidência do acusado. Recursos parcialmente providos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Trata-se de recursos de apelação interpostos por DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO e VICTOR DE OLIVEIRA contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Fernanda Alves da Rocha Branco de Oliva Politi, da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que os condenou, respectivamente, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos devido à prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 247/257).

Em suas razões de recurso, a Defesa de VICTOR requer a absolvição do acusado por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei n. 11.343/06, a redução da pena-base e o abrandamento do regime prisional. Requer, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade. Manifestou, por fim, intenção de realizar sustentação oral na modalidade virtual (fls. 276/277 e 313/330).

Por sua vez, a Defesa de DANIEL pleiteia a absolvição do apelante por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 279/288).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento dos recursos defensivos (fls. 351/364).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Alfonso Presti, opina pelo parcial provimento do apelo de DANIEL, a fim de que seja reduzida a reprimenda a ele imposta (fls. 379/388).

É o breve relatório.

Os recursos comportam parcial provimento.

Os apelantes foram condenados porque, no dia 27 de fevereiro de 2024, por volta das 10h, nas dependências da residência situada na Rua Morone, n. 06, Bairro Montanhão, São Bernardo do Campo, agindo em concurso e unidade de desígnios, tinham em depósito e guardavam, para fins de tráfico, 108 *ependorfs* de cocaína (90,4g de massa líquida); mais 97 *ependorfs* da mesma droga (65,8g de massa líquida); 70 papелotes de *crack* (8,9g de massa líquida); mais 21 papелotes da mesma substância (4,8g de massa líquida); 85 invólucros plásticos de maconha (309,1g de massa líquida); e 25 embalagens de lança perfume (250ml), além de anotações alusivas à contabilidade do comércio espúrio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narra a denúncia que policiais militares receberam informação anônima acerca da prática de tráfico de drogas no endereço supracitado, indicando "Vitinho" como o autor da ação criminosa.

Em diligências no local, os agentes públicos visualizaram DANIEL, o qual lhes franqueou a entrada no imóvel, onde também estava VICTOR. Ato contínuo, os denunciados confessaram



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

informalmente a prática delitiva e DANIEL apontou que as drogas estavam no interior de uma mochila dentro de um armário. VICTOR, por sua vez, acrescentou que também havia uma quantidade de droga dentro do forno.

Os policiais militares localizaram as substâncias nos locais indicados, em quantidade e natureza variada (maconha, *crack*, cocaína e lança-perfume), todas embaladas e individualizadas, prontas para o consumo. Também foram apreendidos três cadernos e folhas com anotações alusivas à contabilidade do tráfico de drogas.

A materialidade do crime restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 06), pelo boletim de ocorrência (fls. 31/35), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 36/37), pelos laudos de constatação (fls. 38/44 e 184/191), pelos laudos periciais dos aparelhos celulares (fls. 160/161 e 162/163), pelos laudos periciais das anotações (fls. 164/165 e 202/203), pelos exames químico-toxicológicos (fls. 176/178, 209/211 e 212/217), pelo laudo pericial da mochila (fls. 200/201) e pela prova oral produzida.

A autoria delitiva, do mesmo modo, é inconteste.

Ambos os acusados exerceram seus direitos constitucionais de permanecer em silêncio em solo policial (fls. 11/12 e 13/14).

Em juízo, VICTOR negou a prática do crime, aduzindo que não possuía envolvimento com o tráfico. Afirmou que, na data dos fatos, foi ao local e adquiriu de DANIEL 04 porções de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

maconha por R\$ 20,00, o qual buscou a droga no interior do fogão do imóvel. Disse que, enquanto estava fazendo uso da maconha, foi abordado pelos policiais militares, os quais encontraram drogas dentro do imóvel de DANIEL (mídia digital).

Sob o crivo do contraditório, DANIEL confessou parcialmente a prática do crime, aduzindo que, na data dos fatos, escutou uma movimentação do lado de fora de seu imóvel e, ao sair no portão, deparou-se com policiais militares que lhe abordaram com violência, questionando se havia drogas no local. Narrou tê-los respondido que havia uma mochila com drogas, destinadas à venda, em pouca quantidade (cerca de 30 papélotes de cocaína e 30 unidades de maconha). Atestou que desconhecia as anotações e as demais drogas apreendidas, negando que tivesse armazenado substâncias ilícitas no forno. Disse que conhecia VICTOR há pouco tempo, não sabendo se ele tinha envolvimento com o tráfico de drogas, e que ele foi até o local para adquirir maconha (mídia digital).

O policial militar Elias, na fase judicial, confirmou os fatos descritos na denúncia. Relatou que recebeu informação, por meio do "disk denúncia", de que o local era um ponto de venda de drogas, comandado por uma pessoa de vulgo "Vitinho". Narrou que, ao chegar no local, conseguiu visualizar o acusado DANIEL, por cima do portão, o qual negou ser proprietário do imóvel, mas permitiu sua entrada e lhe informou que havia drogas numa mochila. Por sua vez, VICTOR afirmou que havia mais drogas dentro do forno, tendo ambos confessado que traficavam naquele ponto e se revezavam em turnos. afirmou que VICTOR lhe descreveu que trabalhava no tráfico há meses e que o dinheiro originado das vendas era sempre deixado na lixeira próxima ao imóvel e recolhido por terceira pessoa, a

qual também o abastecia com nova remessa de entorpecentes. Afirmou que foram encontrados *crack*, cocaína e maconha, em porções individuais, prontas para a venda, além de três cadernos com fartas anotações sobre o tráfico, dividido em turnos de 12 horas. Narrou que o local era um “barraco” de madeira, não parecendo ser uma habitação, e que, segundo VICTOR, o imóvel havia sido alugado com a finalidade de venda de drogas. Complementou que, ao chegar ao endereço citado no “disk denúncia”, conversou com uma pessoa residente da região, que manifestou o desejo de não ser identificada, e lhe descreveu o imóvel em que o tráfico ocorria e confirmou o endereço anteriormente citado, acrescentando que todos na região sabiam quem era a pessoa responsável pelo tráfico, mas a temiam (mídia digital).

O policial militar Felipe, em juízo, confirmou, em linhas gerais, o relato de seu colega de farda (mídia digital).

Depreende-se das provas coligidas aos autos, em especial dos depoimentos dos policiais militares, que ambos os acusados estavam no interior do imóvel que continha as drogas apreendidas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros, local que havia sido objeto de “denúncia anônima” como ponto de venda de drogas, o que motivou a abordagem.

Ressalte-se que não há razão para que seja colocada em dúvida a versão a respeito dos fatos fornecida pelos policiais militares. Nada há nos autos no sentido de que eles tivessem a intenção deliberada de prejudicar a ré, de tal modo que não viriam em juízo incriminá-la por meio de provas forjadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sobre o assunto, este é o firme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA NO DOMICÍLIO DO AGRAVANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. FUNDADAS RAZÕES. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ENTORPECENTES DISPENSADOS PELO SUSPEITO ANTES DA ABORDAGEM POLICIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. O entendimento neste Tribunal Superior é o de que "o ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (REsp n. 1.574.681/RS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017). 2. No caso em apreço, contudo, o Tribunal de origem concluiu que havia fundadas razões para o ingresso dos policiais no domicílio do acusado em razão de ele ter dispensado, antes de correr em direção ao interior do imóvel, uma sacola onde foram encontrados os 26 papелotes de maconha, conduta suspeita que, associada às demais circunstâncias, motivou a abordagem dos policiais. Inexiste, portanto, a nulidade alegada pelo ora agravante. Precedente. 3. **A jurisprudência desta Corte é firmada 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, o que não ocorreu no presente caso"** (HC n. 477.171/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). 4. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1770014/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

De resto, a quantidade de drogas encontrada em poder dos apelantes foi relevante, consistente em 108 *ependorfs* de cocaína (90,4g de massa líquida); mais 97 *ependorfs* da mesma droga (65,8g de massa líquida); 70 papélotes de *crack* (8,9g de massa líquida); mais 21 papélotes da mesma substância (4,8g de massa líquida); 85 invólucros plásticos de maconha (309,1g de massa líquida); e 25 embalagens de lança perfume (250ml), além de anotações alusivas à contabilidade do comércio espúrio, o que evidencia que a sua destinação não era para o consumo pessoal, de tal modo que era mesmo de rigor a condenação de ambos os réus pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Somado a isso, verifico que as versões apresentadas pelos acusados são contraditórias, circunstância que não milita em favor de ambos.

Isso porque, embora DANIEL tenha admitido parcialmente a prática delitiva, afirmou que possuía apenas as drogas acondicionadas na mochila, não tendo qualquer relação com as substâncias apreendidas no interior do fogão do imóvel. Por outro lado, as escusas de VICTOR envolveram a alegação de que estava no local apenas para adquirir drogas para seu próprio consumo, as quais lhe foram entregues por DANIEL, que as retirou do interior do fogão do imóvel.

Assim, as provas produzidas sob o crivo do contraditório indicam que tanto DANIEL quanto VICTOR estavam no local com o fim de praticar o comércio ilícito de drogas e que as substâncias apreendidas por ocasião da diligência policial, precedida de “denúncia anônima” que forneceu base informacional sobre o delito, eram, de fato, de propriedade de ambos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

De mais a mais, as anotações típicas de contabilidade de drogas apreendidas no local, que continham quantidades vendidas e “em estoque”, bem como “turnos de trabalho”, somadas ao relato minucioso do policial militar Elias no sentido de que VICTOR descreveu em detalhes a dinâmica da traficância no local, não deixam dúvidas sobre a autoria delitiva dos apelantes.

Valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, bem como estão em consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase policial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base de VICTOR foi elevada em razão da prática delitiva ter ocorrido durante o gozo de livramento condicional (concedido em 23.07.2018 – fls. 62), bem como em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas.

Respeitado o posicionamento da i. magistrada *a quo*, considero que a natureza e a quantidade da droga apreendida, por si só, não são aptas a autorizar o incremento da pena-base.

Esta é a posição do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO. PENALIDADE. AUMENTO. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO PROVIDO.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, no tocante ao delito de tráfico de drogas, "a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto o aumento da pena-base, a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas (AgRg no REsp 1.855.025/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020)" (AgRg no HC 634.869/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021).

2. Hipótese em que, nada obstante a natureza da droga (cocaína), a quantidade apreendida não se mostra relevante (aproximadamente 100 gramas), aspecto que, associado à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, não tem aptidão para supedanejar a exasperação da pena-base, tampouco o recrudesimento do regime prisional.

3. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial, a fim de, reduzida a pena-base ao mínimo legal, fixar a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 336 dias-multa.

(AgRg no AREsp 1756351/SE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 09/08/2021 – grifo nosso)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO MANIFESTAMENTE DESPROPORCIONAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO EM CURSO E CONDENAÇÃO SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a quantidade e a natureza da substância entorpecente constituam circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena a teor do que estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 **e não obstante a cocaína seja, de fato, dotada de alto poder viciante, a quantidade de drogas apreendidas com o agravante não foi tão elevada, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, apenas tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base.**

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1867011/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 30/09/2021 – grifo nosso)"



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ademais, considero que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas devem ser sopesadas quando da aferição do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06.

Assim, mantenho apenas o aumento referente à prática do delito durante o livramento condicional, aplicando a fração de 1/6, o que resulta na pena-base de 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.

Na segunda etapa, de maneira correta, a i. sentenciante verificou a presença da agravante da reincidência (processo originário n. 3019001-23.2013.8.26.0564 e de execução n. 7001310-88.2014.8.26.0564, cuja condenação pela prática de roubo majorado teve extinção da pena pelo cumprimento em 01.12.2021 – fls. 56/57 e consulta à movimentação processual no e-SAJ), aumentando a reprimenda em 1/6, o que caracteriza, com a mudança supra operada, 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na terceira fase, anoto que não era mesmo o caso de reconhecimento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, uma vez que VICTOR é reincidente.

À míngua de outras causas modificadoras, confirmo a pena aplicada a VICTOR em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Com relação a DANIEL, pelas mesmas razões supracitadas, afasto o aumento da pena-base pela natureza e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

quantidade das drogas apreendidas e fixo a reprimenda no mínimo legal de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda etapa, embora DANIEL tenha admitido parcialmente os fatos descritos na denúncia, não poderia, de qualquer modo, a reprimenda ser reduzida aquém do mínimo legal, diante do teor da Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Súmula n. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira fase, argumentando que "*à vista da significativa quantidade e variedade de drogas apreendidas além de anotações da contabilidade do tráfico, a demonstrar dedicação ao comércio espúrio.*" (fls. 252/253), a i. sentenciante deixou de aplicar o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Nada obstante o respeitável entendimento da i. magistrada *a quo*, tendo em vista a primariedade do réu, entendo que tais circunstâncias, de forma isolada, não tem o condão de demonstrar o seu efetivo envolvimento com atividades ilícitas ou organizações criminosas, sendo de rigor, portanto, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Vale dizer, no sistema acusatório atualmente vigente não se poderia imputar ao acusado, primário e sem antecedentes, o ônus de provar que não se dedica à atividade criminosa e não integra organização criminosa, o que, ademais, afrontaria o princípio da presunção de inocência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sem embargo, diante da variedade e considerável quantidade de drogas apreendidas, consistente no total de 205 porções de cocaína (156,2g), 91 porções de *crack* (13,7g), 85 invólucros de maconha (309,1g) e 25 unidades de "lança-perfume" (250ml), aplico o redutor na metade, resultando na pena final de 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime inicial fechado de cumprimento de pena imposto ao acusado VICTOR não comporta reparo.

Isso porque, a teor do que prevê o artigo 33, §2º, alínea "b", do Código Penal, o regime inicial semiaberto é cabível para os condenados não reincidentes, cuja pena seja superior a 04 anos e não exceda a 08 anos. No presente caso, entretanto, o réu ostenta reincidência, motivo pelo qual o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, que se mostra adequado e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Do mesmo modo, inviável a substituição da pena privativa de liberdade de VICTOR por restritivas de direitos ou a concessão de *sursis*, por expressa vedação dos artigos 44, inciso I e II, e 77, *caput*, ambos do Código Penal.

No tocante ao regime inicial fixado a DANIEL, a sentença merece reparo.

Muito embora o § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 determine o início do cumprimento da pena referente ao delito de tráfico de drogas em regime fechado, a inconstitucionalidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

da referida norma já foi reconhecida em controle incidental pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, é de se observar que no caso dos autos houve o reconhecimento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, cuja hediondez foi afastada pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC n. 118.533/MS, de relatoria da Min. Cármen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. **1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.** 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

A propósito, na mesma linha, a Lei n. 13.964/19, que trouxe inovações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, ao tratar da progressão de regime, previu expressamente que não se considera o crime de tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, como crime hediondo ou equiparado¹.

¹ Art. 112, § 5º, LEP - Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Incluído pela Lei n. 13.964/2019).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Em vista disto, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Com fulcro no artigo 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 do CP deve ser o norte para determinar o regime adequado ao início do cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no § 2º, do artigo 33, do mesmo diploma legal.

Com efeito, não pode a gravidade abstrata do crime ser suscitada pelo juízo para fixar o regime mais radical, conforme entendimento da Corte Suprema, também sumulado:

Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Vale registrar, ainda, que a Súmula Vinculante n. 59, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, estabelece como *"impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal."*

Desta forma, não há impedimento legal no presente caso para a concessão de regime prisional menos gravoso, até porque a Lei de Drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sendo assim, considerando o *quantum* de pena imposta, aliado à primariedade do apelante, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, fixo regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

A par disso, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal suspendendo a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do artigo 33 da Lei de drogas, declarada inconstitucional por decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 97.256/RS, entendo que as penas alternativas são plenamente aplicáveis no presente caso, revelando-se suficientes para a prevenção e reprovação do delito.

No caso em apreço, presentes estão os requisitos do artigo 44 do Código Penal, porquanto o apelante DANIEL é primário e não se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça.

Ademais, a culpabilidade, a conduta social e a personalidade da agente permitiram a manutenção da pena-base no mínimo legal e a aplicação do redutor, de tal modo que se revela também cabível a concessão de pena alternativa.

Presentes, portanto, os requisitos estabelecidos no artigo 44, do Código Penal e por ser medida socialmente recomendável, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prazo da sanção imposta, ambas em favor de entidade com destinação social, a serem precisamente estabelecidas no juízo da execução.

Ademais, tendo em vista o histórico criminal desabonador do acusado VICTOR, não era mesmo o caso de concessão do direito de recorrer em liberdade. Além disso, o réu permaneceu preso durante toda a instrução processual e agora, com um decreto condenatório, não seria razoável aguardar o deslinde do apelo em liberdade. Presentes, portanto, os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, notadamente a necessidade de garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal.

Por fim, nos termos do artigo 937, §4º, do Código de Processo Civil, a realização de sustentação oral por meio de videoconferência é permitida apenas ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal.

Considerando que o Dr. Luiz Fernando Maeda Salles, procurador de VICTOR, está sediado na Capital – conforme indicado ao final de todas as suas manifestações judiciais, bem como em razão de o sítio eletrônico oficial da OAB-SP indicar “Jabaquara” como sua subseção – indefiro a realização da sustentação oral nos termos requeridos.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos defensivos, a fim de **(i)** reduzir a pena imposta a VICTOR DE OLIVEIRA para 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e **(ii)** reduzir a pena imposta a DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO para 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

250 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e substituir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção imposta, ambas em favor de entidade com destinação social, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA

Relator