



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000435804

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502031-05.2024.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que é apelante ALEF DE FARIAS TEIXEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram a preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento ao recurso defensivo. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), ELY AMIOKA E CONCEIÇÃO VENDEIRO.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1502031-05.2024.8.26.0542

Apelante: Alef de Farias Teixeira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 3ª Vara Criminal do Foro de Osasco

Voto nº 5058

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06).

PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA DILIGÊNCIA POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. POLICIAIS MILITARES RECEBERAM DENÚNCIA DA OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NO LOCAL, O QUE IMPÔS AOS AGENTES A VERIFICAÇÃO DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES RECEBIDAS. É FUNÇÃO DA POLÍCIA MILITAR A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ARTIGO 144, PARÁGRAFO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NO CASO DOS AUTOS, NÃO HOUVE QUALQUER ATIVIDADE INVESTIGATIVA PELOS AGENTES MILITARES, MUITO MENOS USURPAÇÃO DE FUNÇÃO, MAS APENAS A VERIFICAÇÃO DO LOCAL EXATO ONDE ESTAVAM AS DROGAS, UTILIZANDO CÃO FAREJADOR, NO EXERCÍCIO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO, DIANTE DA INFORMAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE CRIME PERMANENTE NAQUELA LOCALIDADE. POLICIAIS MILITARES APENAS CUMPRIRAM A FUNÇÃO QUE LHEM FOI ATRIBUÍDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO HAVENDO QUALQUER IRREGULARIDADE, MAS, AO CONTRÁRIO, CUMPRIMENTO DE DEVER.

MÉRITO. RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. RESPONSABILIDADE DO APELANTE E DESTINAÇÃO MERCANTIL DAS DROGAS APREENDIDAS EVIDENCIADAS. ACUSADO FRANQUEOU A ENTRADA DOS POLICIAIS NO IMÓVEL, ADMITIU QUE PROMOVIA O TRÁFICO DE DROGAS E, INTERROGADO EM SOLO POLICIAL, CONFESSOU O COMETIMENTO DO CRIME, O QUE SE AJUSTOU AOS ELEMENTOS DE

CONVICÇÃO PRODUZIDOS NO CONTRADITÓRIO. POLICIAIS MILITARES RECEBERAM DENÚNCIA DA OCORRÊNCIA DO TRÁFICO NAQUELA LOCALIDADE, E, COM APOIO DE UM CÃO FAREJADOR, IDENTIFICARAM O IMÓVEL, ONDE LOCALIZARAM 55 PORÇÕES DE COCAÍNA E 535 DE MACONHA, CELULARES E DINHEIRO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO PERCENTUAL DE 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACRÉSCIMO JUSTIFICADO PELA QUANTIDADE EXPRESSIVA E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS, BOA PARTE COCAÍNA, SUBSTÂNCIA ALTAMENTE NOCIVA E VICIANTE, OBSERVANDO-SE A REGRA PREVISTA PELO ART. 42 DA LEI 11.343/06. 2ª FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA CARACTERIZADA. REPRIMENDA RECONDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. 3ª FASE. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA DO CRIME, DIANTE DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO DEMOSTRARAM DEDICAÇÃO DO APELANTE À ATIVIDADE CRIMINOSA EM COMENTO. PRECEDENTES DO C. STJ. REGIME FECHADO MOSTROU-SE ADEQUADO E PROPORCIONAL, NÃO COMPORTANDO ABRANDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E HABITUALIDADE CRIMINOSA DEMONSTRADA – ART. 33, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO PENAL.

RECURSO DESPROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 141/148), proferida pela MMª. Juíza de Direito Dra. Renata Mahalem da Silva Teles, da 3ª Vara Criminal do Foro de Osasco, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Alef de Farias Teixeira**, qualificado nos autos, foi condenado ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 500 (quinhentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Irresignado, insurge-se a Defesa arguindo, preliminarmente, nulidade das provas produzidas, porquanto derivadas de investigação realizada por policiais militares. No mérito, busca a

absolvição, sustentando, em síntese, precariedade probatória. Alternativamente, pleiteia: o reconhecimento da figura privilegiada do crime, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, e o abrandamento do regime prisional (págs. 163/177).

Processado e contrarrazoado o recurso (págs. 182/186), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento (págs. 201/211).

É o relatório.

Inicialmente, afasto a preliminar arguida pela Douta Defesa.

Com efeito, não houve qualquer irregularidade na diligência realizada pelos policiais militares, e que resultou na identificação e prisão do acusado, em pleno cometimento de crime permanente. Ao contrário, agiram em cumprimento da função constitucional que lhes foi atribuída, diante da regra prevista pelo artigo 144, § 5º, da Constituição Federal.

Com efeito, após a comunicação do armazenamento de drogas em uma determinada localidade, com a ajuda de cão farejador, os policiais militares dirigiram-se ao local indicado com a finalidade principal de averiguar a veracidade da referida informação, em ato típico de policiamento ostensivo – característico de suas atribuições constitucionais de preservação da ordem pública.

Destaca-se, ademais, que identificado o imóvel, os agentes foram prontamente atendidos pelo acusado, que admitiu que promovia o tráfico de drogas no local, e franqueou a entrada deles na residência, apontando, inclusive, o local onde estavam as substâncias ilícitas.

Diante da fundada suspeita da ocorrência de

crime permanente no imóvel, é afastada a necessidade de mandado judicial para a realização da busca domiciliar, nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, bem consignou a D. Magistrada Sentenciante:

“(...) Não se verificou qualquer irregularidade na atuação dos policiais, pois, as denúncias são passadas não apenas à polícia civil, mas também aos policiais militares e à guarda civil e, diante da ocorrência de uma hipótese de flagrante deverá a polícia militar tomar as medidas necessárias para coibir a prática do delito.” (pág. 145)

Outrossim, ainda que assim não fosse, anoto que o artigo 144 da Constituição Federal não atribui a função investigativa à polícia judiciária com exclusividade, de maneira que não há óbice à atuação paralela dos órgãos de segurança pública, visando o controle, repressão e prevenção do crime, não havendo que se falar em usurpação de função.

Eis o pacífico entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Nos termos do entendimento desta Corte, “[A] tese de usurpação da competência da Polícia Civil pela Polícia Militar, no caso, não encontra respaldo jurídico, pois, diversamente das funções de polícia judiciária - exclusivas das polícias federal e civil -, as funções de polícia investigativa podem ser realizadas pela Polícia Militar” (AgRg no HC n. 711.399/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.)” (STJ - AgRg no AgRg no HC nº 800425/SP, Relator (a): Min. Ribeiro Dantas, T5 - Quinta Turma, DJe em: 24/08/2023).

Por todo o exposto, inviável o acolhimento da preliminar arguida pela Douta Defesa.

Assim, passa-se à análise do mérito.

A irresignação não comporta acolhimento.

O apelante foi processado e condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, porque, segundo consta da denúncia (págs. 57/60):

“(...) no dia 01 de julho de 2024, por volta das 16h00min., na Rua Calcedônia, 1, A, Santa Maria, nesta cidade de Osasco, ALEF DE FARIAS TEIXEIRA (qualificado as fls. 04/05 e fotografado a fl. 30) tinha em depósito e guardava, para comercialização e consumo de terceiros, (i) 606,22g da substância entorpecente denominada tetrahydrocannabinol (maconha), dividida e acondicionada em 535 invólucros plásticos; (ii) 218,60g da substância entorpecente denominada cocaína, dividida e acondicionada em 56 invólucros plásticos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

De acordo com a acusação:

“(...) as circunstâncias de tempo e espaço supramencionadas, uma composição da Polícia Militar recebeu informações prévias de que existia drogas armazenadas em uma casa.

Com auxílio do cão farejador Thor, os policiais encontraram a referida residência, a qual estava com a porta entre aberta. Nesse momento, o denunciado saiu do local e espontaneamente confessou que tinha drogas guardadas na casa para o comércio irregular.

Em busca pessoal, inicialmente restou encontrado com o denunciado a quantia de R\$ 220,00, de forma fracionada e uma carteira de trabalho.

Já no interior da residência, com a entrada autorizada pelo denunciado bem como pela situação de flagrante, os agentes policiais lograram êxito em encontrar os entorpecentes já mencionados, embalados e já prontos para serem comercializados, dentro de duas sacolas pretas no interior de uma mochila, conforme imagens as fls. 17.

Diante disso tudo, o denunciado foi preso em flagrante (fl. 01).

Interrogado em solo policial, o denunciado confessou o delito (c.f fls. 04/05).

O intuito de traficância está demonstrado por meio das circunstâncias da abordagem, da elevada quantidade, variedade de entorpecentes apreendidos e a forma de acondicionamento, incompatíveis com o consumo pessoal, acondicionados de maneira específica para distribuição a varejo, bem como pelo dinheiro apreendido.”

Pois bem.

A materialidade está amplamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito (págs. 01 e seguintes); boletim de ocorrência (págs. 07/10); auto de exibição e apreensão (pág. 12); imagens (págs. 13/21); laudo de constatação (págs. 24/27 e 90/93); relatório final da autoridade policial (págs. 63/65); laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para *tetrahydrocannabinol* e cocaína (págs. 137/139); bem como pela contundente prova oral produzida.

E a autoria é igualmente certa.

Com relação ao teor da prova oral produzida nos autos, reproduzo as transcrições dos depoimentos contidos na r. sentença, a fim de resguardar a fidedignidade dos relatos prestados.

Com efeito, preso em flagrante e conduzido ao distrito policial, o acusado confessou a prática do crime, esclarecendo:

“(…) reside no local dos fatos há mais de vinte anos; que viu movimentação policial entrando nas casas com um cachorro. antes deles entraram em sua casa já avisou aos policiais que tinha drogas guardadas; que junto com os policiais apontou a mochila que continha duas sacolas pretas com diversos entorpecentes já embalados para venda; que disse aos policiais que venderia os entorpecentes; que não foi ameaçado, coagido ou agredido durante sua abordagem; que com relação aos aparelhos celulares dois são de sua propriedade e 1 foi

como pagamento de drogas. que nunca foi preso anteriormente e indagado quem seria o "patrão" diz que é o próprio." (pág. 04)

Em Juízo, fez uso do seu direito constitucional de permanecer em silêncio (pág. 144).

E a confissão extrajudicial se ajustou aos elementos de convicção produzidos no contraditório.

Nielton Querino de Sousa, policial militar, declarou que:

"(...) recebeu uma denúncia pelo disk denúncia sobre tráfico de drogas na viela. Quando chegaram na casa bateram na porta e o Alef saiu. Quando ele avistou os policiais e o cachorro ele já foi dizendo que tinha drogas na casa e tudo que havia lá era dele. Encontraram uma mochila com drogas. O local lembrava um cortiço. Era uma cozinha e quarto, tudo junto. As drogas eram maconha e cocaína. A quantidade era razoável. A droga estava fracionada, não estava em tablets. Pelo que se recorda passou de 1kg. No DP foi feita busca minuciosa, sendo encontrado em poder do réu quantidade de dinheiro. Na informalidade, o réu confessou. Não conhecia o réu. Explicou que o cachorro consegue sentir cheiro de droga a 1 km." (pág. 143)

Kleber da Silva Lima, da mesma forma, aduziu que:

"(...) existe o telefone 181 da Secretaria de Segurança Pública no qual é recebido vários tipos de denúncia, que são transferidas para a polícia civil, militar, GCM. Muitas das vezes, as denúncias são completas, outras nem tantos. Havia um aglomerado de vielas, sendo que a denúncia dizia que naquela comunidade havia a traficância. É comum nesse tipo de denúncia o uso da patrulha do K9, uso de cão, que passa de porta em porta. Quando o cão acusa em determinado local, a equipe dá seguimento. A denúncia não indicava um local específico, dizia, viela esquerda, direita. A averiguação é bem ampla, pois a geografia da comunidade é irregular. O cão indicou a porta do réu, que estava fechada. Então, bateram na porta e comunicaram o réu que o cão havia farejado droga no local. O réu confirmou que havia droga e

indicou o local. As drogas foram encontradas no interior de uma mochila preta. O réu disse que a residência era dele. Na mochila havia uma variedade de drogas já prontas para o consumo. Houve revista pessoal minuciosa na delegacia, sendo localizada nas vestes íntimas do réu quantia em dinheiro.” (pág. 143)

E os esclarecimentos apresentados pelos agentes da lei são merecedores de toda credibilidade, porque não se pode presumir que iriam criar injusta e gratuita acusação. Como qualquer outra testemunha, prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência que realizaram.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

“Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado” (STJ - AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 – Quinta Turma, DJe em: 21/02/2022).

Frise-se que inexistente nos autos qualquer indício de animosidade entre os policiais e o apelante. Ademais, o delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de qualquer uma das condutas alternativas do tipo, todas de natureza permanente e preexistentes à atuação policial.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. 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. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogério Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Desse modo, nada obstante a insurgência defensiva, o conjunto probatório se mostrou robusto e comprometeu sobremaneira o acusado.

Com efeito, os policiais militares receberam denúncia da ocorrência de tráfico de drogas naquela localidade; com o auxílio de um cão farejador, foram averiguar a veracidade da referida informação; o animal identificou o imóvel, onde o acusado prontamente os atendeu, e confessou que portava as substâncias ilícitas. No interior do imóvel, lograram encontrar uma mochila com duas sacolas pretas contendo inúmeras porções de cocaína - 56 -, maconha - 535 - e três celulares; o acusado afirmou que dois aparelhos lhe pertenciam, e o terceiro havia recebido como pagamento pela venda de drogas e, em poder dele, havia a quantia de R\$220,00.

Desta forma, embora o apelante não tenha sido flagrado entregando entorpecentes para consumo de terceiros, o desfecho da ação penal não poderia ser outro. Como é sabido, o tráfico ilícito de entorpecentes é de conteúdo variado ou misto alternativo, de sorte que qualquer das condutas previstas no referido dispositivo legal tipifica o crime:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. 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. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Desta forma, restaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do narcotráfico, ou seja, os elementos da prova oral e a substancial quantidade e variedade de drogas apreendidas, aliada à forma profissional como estavam acondicionadas – **535 porções de maconha, pesando 606,22 gramas; 56 porções de cocaína, pesando 218,06 gramas,**– (conforme laudo de págs. 137/139), além de R\$222,00 em dinheiro e três celulares (auto de exibição e apreensão – pág. 12), tudo sob a guarda e responsabilidade do apelante.

É certo que a condição de usuário – e até mesmo a de dependente – não excluem, a priori e por si só, a de traficante, mormente porque é de conhecimento geral que a maioria dos agentes que se envolvem no tráfico de drogas buscam também satisfazer o próprio vício, recebendo, por vezes, porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam. Ademais, as diversas porções de droga apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, somadas às demais circunstâncias do flagrante, revelam que seriam revendidas, inviabilizando a desclassificação do crime denunciado para a figura típica prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Portanto, as provas produzidas bem demonstraram a responsabilidade penal do apelante pelo crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não comportando a r. sentença qualquer

alteração.

Passa-se à análise da reprimenda lançada.

1ª Fase. Atentando-se aos critérios norteadores do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, considerando a natureza e a quantidade expressiva de drogas diversificadas apreendidas em poder do apelante, boa parte cocaína, substância altamente nociva e viciante, a MMª. Juíza Sentenciante fixou a pena-base na fração de 1/6 acima do mínimo legal, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, o que deve ser mantido.

Como é cediço, a quantidade de drogas diversificadas encontradas em poder do apelante não pode ser considerada irrelevante – quase 1kg –, já que extrapola o ordinário ao tipo penal em comento e denota a maior reprovabilidade da conduta praticada, diante das deletérias consequências aos viciados, às famílias e à sociedade, circunstância judicial negativa que autoriza a valoração da basilar, a teor do que estabelece o artigo 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. PREPONDERÂNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A quantidade de drogas apreendidas - 345,50 g (trezentos e quarenta e cinco gramas e cinco decigramas) de maconha - autoriza a majoração da pena-base, consoante orientação jurisprudencial desta Sexta Turma: "o aumento da pena-base do paciente não se mostra, no caso, desarrazoada ou desproporcional, já que devidamente fundamentada em elementos concretos (quantidade da droga apreendida - 401 gramas de maconha) e condizentes com o entendimento desta Corte acerca do tema. Precedentes" (HC 367.048/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/11/2016, sem grifos no original). 2. A posse de aludido montante de entorpecentes extrapola o ordinário ao tipo penal

em comento e denota a maior reprovabilidade da conduta perpetrada, o que, consoante inteligência do art. 42 da Lei n.º 13.343/2006, reclama a exasperação da reprimenda. 3. O acréscimo de 1 (um) ano na pena-base não se mostra ilegal ou desproporcional a ponto de ensejar excepcional reforma da dosimetria em via mandamental. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ - AgRg no HC: 498966 RJ 2019/0074981-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/08/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2019).

2ª Fase. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea - extrajudicial - , a reprimenda foi reconduzida ao mínimo legal, observando-se a Súmula/STJ 231 - 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

3ª Fase. Nesta derradeira etapa, não era mesmo o caso de aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

Ressalte-se que os requisitos legais para o reconhecimento da benesse em apreço, restritivos e cumulativos, não são a **“quantidade”** ou a **“qualidade”** das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base, vide o artigo 42 da Lei nº 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas produzidas, se o acusado é **“primário”**, **“de bons antecedentes”**, **“não integre organização criminosa”** e **“não está envolvido com atividades criminosas”** (artigo 33, § 4º, segunda parte, da Lei nº 11.343/06).

E no caso *sub judice*, como já consignado, o réu se mostrou profundamente envolvido nesse comércio espúrio, não apenas pela vultosa quantidade de drogas que portava e armazenava, mas por todo o contexto fático que permeou a apreensão das substâncias.

Nesse sentido, não prosperam as alegações defensivas de *bis in idem*, eis que **“(…) a quantidade de drogas foi a única circunstância considerada pelo D. Juízo a quo para impedir a aplicação do redutor na fração máxima, e que essa circunstância já foi**

utilizada no momento de tipificação da conduta para caracterizar o delito de tráfico de drogas (...)" (pág. 171).

Em que pese a jurisprudência seja assente no sentido de que **"a natureza e a quantidade da droga apreendida devam ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena" – Tese de Repercussão Geral n. 712, do C. Supremo Tribunal Federal** -, admite-se a utilização supletiva dos referidos elementos, desde que conjugados com outras circunstâncias do caso concreto reveladoras de dedicação do agente à atividade criminosa.

Tal é o entendimento da E. Corte Superior:

"(...) 6. O tráfico privilegiado é instituto criado par a beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa" (STJ. REsp 1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021).

"(...) É possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena" (STJ. HC 725.534-SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2022) .

E, de fato, não se confia tamanha quantidade de droga, de expressivo valor econômico, a quem é incipiente nesse comércio espúrio. Contudo, a convicção nesse sentido não se dá apenas pela quantidade expressiva de entorpecentes, mas pelas demais circunstâncias do flagrante.

Com efeito, o réu confessou a prática do crime, franqueou a entrada dos policiais na residência, local onde armazenava inúmeras porções de maconha e cocaína, além da quantia de R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais) em espécie e três celulares (auto de exibição e apreensão – pág. 12), sendo que admitiu ter recebido um deles de um usuário, como pagamento por drogas que havia comercializado, circunstâncias reveladoras de habitualidade criminosa, que vedam o reconhecimento da figura privilegiada do crime.

Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no *caput*, aliás, **ainda equiparado a hediondo** (STF - HC nº 122594/SP, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, J. 23.09.2014, DJe 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG, Sexta Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, J. 03.09.2013, DJe 17.09.2013; TJ-SP, Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, Relator J. Martins J., 08.05.2014).

Nesse sentido:

“PENA - APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO, CONQUANTO PRIMÁRIO, FAZ DO TRÁFICO SEU MEIO DE VIDA - REGIME FECHADO ADEQUADO - EVENTUAL ABRANDAMENTO NÃO SERIA SUFICIENTE PARA ATENDER AO ASPECTO QUALITATIVO DA PENA - IMPROVIMENTO DO RECURSO” (TJ-SP - Apelação Criminal nº 1500936-48.2020.8.26.0616, Relator(a): Willian Campos, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 20/04/2022).

Regime de prisão. Fixado o regime fechado

para início de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, que não comporta abrandamento, revelando-se medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação pelo crime, especialmente porque equiparado a hediondo, e ainda pela inequívoca incidência do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, além da gravidade concreta da conduta – já minuciosamente analisada.

Pelas razões acima consignadas, mormente pela quantidade da pena aplicada e por não se tratar de medida socialmente recomendável, inviável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, I e III), ou a aplicação de *sursis* penal (CP, art. 77), por ausência do preenchimento dos requisitos legalmente exigidos.

Ex positis, pelo meu voto, **afasta-se a preliminar** arguida e, no mérito, **nega-se provimento ao recurso defensivo**, mantendo-se integralmente a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora