



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000437571

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500868-12.2024.8.26.0567, da Comarca de Salto de Pirapora, em que é apelante LUIZ FERNANDO DE SOUSA LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500868-12.2024.8.26.0567

Apelante: Luiz Fernando de Sousa Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Foro de Salto de Pirapora – Vara Única

Juiz(a) de 1ª Instância: Dr. João Guilherme Ponzoni Marcondes

Voto nº 2541

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E RESISTÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. FORMA DE CÁLCULO DA PENA-BASE CORRIGIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal interposta por LUIZ FERNANDO DE SOUSA LIMA contra sentença que o condenou pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06) e resistência (art. 329 do Código Penal), fixando pena total de 08 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 799 dias-multa. A defesa postulou a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a readequação da dosimetria da pena e do regime inicial de cumprimento.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se há provas suficientes para sustentar a condenação pelos crimes de tráfico de drogas e resistência; (ii) avaliar a correção da dosimetria da pena, especialmente quanto à forma de incidência da fração de aumento na primeira fase.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e a autoria dos crimes estão devidamente comprovadas por elementos como auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, laudo toxicológico, depoimentos dos policiais e confissão extrajudicial do réu.

4. Os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, são considerados válidos e suficientes para a formação da convicção judicial, quando harmônicos com os demais elementos probatórios.

5. A versão apresentada pelo réu em juízo, negando os fatos e alegando armação policial, mostrou-se inverossímil e não foi corroborada por qualquer elemento de prova, sendo,

portanto, desprovida de credibilidade.

6. O tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas é de tipo misto alternativo, sendo suficiente a conduta de guardar ou ter em depósito substância entorpecente para configuração do delito, especialmente diante da quantidade, diversidade e acondicionamento das drogas apreendidas.

7. A prática de resistência restou configurada pela oposição violenta do réu à atuação legítima da autoridade policial durante o cumprimento de mandado judicial, corroborada por testemunhos firmes e documentos nos autos.

8. A dosimetria da pena, embora justificada em razão da natureza e quantidade das drogas (crack e cocaína), incorreu em erro ao aplicar a fração de aumento sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima. Corrigido o cálculo para incidir diretamente sobre o mínimo legal, conforme jurisprudência consolidada.

9. A pena definitiva foi redimensionada para 07 anos de reclusão e 699 dias-multa (tráfico) e 02 meses e 10 dias de detenção (resistência), mantido o regime fechado diante da reincidência e da natureza dos crimes.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso parcialmente provido.

Tese de julgamento: 1. A validade dos depoimentos policiais, quando colhidos sob contraditório e em consonância com demais provas, é suficiente para sustentar condenação. 2. A conduta de guardar ou ter em depósito drogas em quantidade significativa e em condições que indiquem destinação comercial configura o crime de tráfico, ainda que ausente flagrante de venda. 3. A pena-base deve ser majorada com base na fração calculada sobre a pena mínima cominada, e não sobre o intervalo entre os extremos da pena legal. 4. A reincidência impede a fixação do regime prisional mais brando, ainda que a pena não ultrapasse oito anos.

Dispositivos relevantes citados:

CF/1988, art. 5º, XXXIX; CP, arts. 59, 68, 69, 156, 329, 44; Lei 11.343/2006, arts. 33, caput, e 42.

Jurisprudência relevante citada:

STJ, AgRg no AREsp 1686847/SE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 10/08/2020; STJ, HC 211.203/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 03/11/2015.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **LUIZ FERNANDO DE SOUSA LIMA** contra a r. sentença de fls. 174/184, cujo relatório adoto, que julgou procedente a ação penal para condená-lo à pena de 08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de

reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 799 (setecentos e noventa e nove) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e no artigo 329, do Código penal, em concurso material.

Irresignada, busca a Defesa do apelante sua absolvição, sob o argumento de que não há provas suficientes e aptas a embasar o decreto condenatório, invocando, assim, o princípio do *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, requer seja reformada a dosimetria da pena para que se fixe a básica no mínimo legal, bem como se fixe o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Os recursos foram processados e respondidos em contrarrazões (fls. 256/263).

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos apelos (fls. 271/278).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Narra a denúncia que “no dia 20 de março de 2024, por volta das 06h20min, na Rua João dos Santos Guilherme, n. 415, nesta cidade e Comarca de Salto de Pirapora, **LUIZ FERNANDO DE SOUSA LIMA** trazia consigo, para fins de venda e entrega a consumo de terceiros, 73 (setenta e três) porções de cocaína na forma de 'crack', sendo 71 (setenta e uma) porções pequenas, envoltas em

plástico e fechadas com um nó, com peso líquido de 60,28g (sessenta gramas e vinte e oito centigramas) e 02 (duas) porções maiores, envoltas em plástico e fechadas com um nó, com peso líquido de 23,81g (vinte e três gramas e oitenta e um centigramas); 86 (oitenta e seis) porções de cocaína, sendo 85 (oitenta e cinco) microtubos plásticos, tipo 'eppendorf', com peso líquido de 18,21g (dezoito gramas e vinte e um centigramas) e 01 (uma) grande porção, envolta em plástico fechada com um nó, com peso líquido de 39,54g (trinta e nove gramas e cinquenta e quatro centigramas), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (auto de exibição e apreensão de fls. 11, auto de constatação preliminar de fls. 13/16 e fotografias de fls. 35/38).

*Consta, ainda, do citado procedimento que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, **LUIZ FERNANDO DE SOUSA LIMA** opôs-se a execução de ato legal, mediante violência aos Policiais Civis Augusto Cesar de Barros Santos e Anderson G. Magalhães Fernand, competentes para executá-lo.*

*Segundo o apurado, na data dos fatos, o denunciado **LUIZ FERNANDO** tinha em depósito e trazia consigo os entorpecentes apreendidos com a finalidade de vendê-los a terceiros.*

Agentes da Lei, cumprindo os mandados de busca e apreensão e prisão temporária expedidos nos autos do procedimento cautelar n.º 1501402- 45.2024.8.26.0602, em trâmite

perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, dirigiram-se para o endereço de Luiz Fernando.

***LUIZ**, ao perceber a presença dos Policiais, tentou fugir pela janela do andar superior da casa, jogando por ela uma mochila preta, no entanto ele foi detido e a mochila recuperada.*

No interior da mochila foram encontradas 73 porções de 'crack', sendo 71 porções pequenas e 02 (duas) maiores, e 86 porções de cocaína, sendo 85 em microtubos plásticos e 01 (uma) grande porção.

*Durante a abordagem, **LUIZ FERNANDO** tentou escapar por diversas vezes, desobedecendo as ordens emanadas pelas D. Autoridades, bem como resistia às atitudes dos Agentes, debatendo-se com força, inclusive investindo contra eles, tendo sido necessário algemá-lo mediante o uso de força moderada.*

*No local dos fatos iniciou-se um certo tumulto em razão da presença de familiares de Luiz Fernando, que estavam em número superior ao de Agentes, e tentavam desvencilhar **LUIZ FERNANDO** da abordagem policial. Assim, não foi possível diligenciar no interior da residência, sendo Luiz Fernando conduzido para a Delegacia de Polícia.*

Assim, tendo em vista as circunstâncias da abordagem e a quantidade e diversidade das drogas apreendidas, é

*possível afirmar que **LUÍS FERNANDO** tinha em depósito e trazia consigo citadas drogas com a finalidade de comercialização.”. (fls. 65/68).*

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fl. 01), pelo Boletim de Ocorrência (fls. 03/07), pelo Auto de Exibição e Preensão (fl. 11), pelo Laudo Toxicológico (fls. 70/73), e pelo e pelo Laudo Pericial acostado às fls. 87/92.

A autoria, de igual forma, inconteste, conforme se extrai da prova oral coligida em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla Defesa.

LUÍZ, em sede policial, afirmou que “*estava na residência e quando viu a presença policial tentou empreender fuga e incitar as pessoas para cima dos policiais para o soltarem e não ser preso. Compra drogas na cidade de Sorocaba e as revende em Salto de Pirapora. Pagava para uma pessoa vir buscar as drogas na cidade de Sorocaba, mas não quer passar o nome da pessoa com medo de represálias. Vende por aproximadamente 10 reais cada porção (cocaína e crack). É usuário somente de maconha. A mochila com as drogas estava no pé da sua cama e a jogou pela janela para não a encontrarem na casa e tentar não ser preso. Não sabe o nome da pessoa de quem compra as drogas”*. (fl. 176).

Em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, apresentou nova versão dos fatos, narrando que “*Os policiais chegaram em casa, que tem dois andares. Eles chegaram me agredindo, me algemando, entraram com uma bolsa preta e cinza dentro da casa e disseram que eu tinha uma prisão preventiva. Não apresentaram o BO pra mim. Não tinha como eu jogar a bolsa ou correr. Ninguém os recebeu na casa. Foi obrigado a falar o que disse na fase policial, foi oprimido. Não conhecia os policiais. Eu vi os policiais entrarem com a bolsa. Foi a mesma que eles apresentaram na Delegacia.*” (fls. 418/419).

Os policiais civis Augusto e Anderson, em Juízo, ratificaram suas declarações apresentadas em sede policial, segundo as quais “*realizaram nesta data o cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão, bem como, dos Mandados de Prisão Temporária, referente à Operação 'Buds', expedidos no Processo Cautelar de n.º CNJ 1501402-45.2024.8.26.0602, pelo MM. Juízo da 01ª Vara Criminal do Foro da Comarca de Sorocaba/SP, Dr. Rafael Dahne Strenger. No referido local, tratando-se de uma residência, o indivíduo Luiz Fernando de Sousa Lima foi localizado e capturado. Durante as diligências o Indiciado, ao perceber a presença policial tentou pular por uma das janelas da residência, que fica no andar superior do local e, nesse momento jogou uma mochila preta que caiu em um telhado vizinho e posteriormente foi recuperada pelo depoente. Luiz Fernando ficou se debatendo e tentou por diversas vezes empreender fuga do local, não respeitando a ordem de parada dos policiais, bem como partindo em direção dos policiais, opondo-se a ordem legal emanada*

pelos policiais, sendo necessário o uso de força moderada para realizar a sua ser algemado, da qual mesmo algemado, este tentava se desvencilhar dos policiais que faziam sua prisão, sendo necessário o uso moderado da força para contê-lo. Diversos familiares que estavam no local tentaram evitar a prisão de Luiz, causando tumultos. Tendo em vista o transtorno causado no local, não foi possível realizar a devida revista com cautela no interior do imóvel, para verificar se havia mais entorpecentes e até armas na residência, pois, o número de policiais que lá estavam era inferiores ao de pessoas que chegavam e se aglomerando na residência, não sendo possível, também, realizar a identificação das pessoas que tentaram tirar Luiz Fernando dos policiais. No interior da mochila recuperada foram encontradas as drogas ilícitas e os objetos supra relacionados, de interesse policial, os quais foram apreendidos em autos próprios. Assim, apresentaram o capturado, os objetos e entorpecentes apreendidos para que assim fossem tomadas as medidas de polícia judiciária.” (fls. 177/178).

Aqui, ressaltado não ser possível sustentar que os depoimentos dos policiais ouvidos em pretório são suspeitos ou indignos de credibilidade, eis que não teriam motivos para fazer uma acusação forjada ou mendaz contra o réu.

O fato de serem policiais, por si só, não invalida o seu testemunho, porquanto não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer.

Consigno que o depoimento é valorado não pela condição do depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Sendo assim, estando em harmonia com as demais provas dos autos, como no caso em apreço, não há motivo para desprezá-lo apenas por se tratar de depoimento prestado por policial.

Ademais, não há motivo real que permita não se conferir crédito à palavra funcionário público, cujos atos possuem presunção de veracidade, legalidade e legitimidade. Caso contrário, seria dispensável qualquer depoimento de servidores públicos, os quais sempre procurariam justificar sua conduta anterior.

Nesse sentido há entendimento firmando pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. INADMISSIBILIDADE DE PARADIGMA EM HC PARA COMPROVAR DIVERGÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 2. Esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa [...]” (AgRg no AREsp 1686847 / SE, Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/08/2020).

“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" (HC 211.203/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015).

A testemunha de Defesa, Fabiana, é vizinha do apelante, mas não presenciou os fatos nem informou fatos relevantes que pudessem aclarar ainda mais os acontecimentos. Segundo seu relato, “no dia dos fatos, levantou-se, estava fazendo café, ouviu barulho vindo da casa do vizinho. Não viu carro de polícia. Viu as irmãs dele chegando, para saber o que tinha acontecido. Era próximo de 6h30, a polícia saiu com o Luiz, depois, o Marco saiu. Não vi droga. Não vi mochila.” (fl. 178).

Em que pese a alegação da Defesa de **LUIZ** de que não há provas suficientes para embasar o decreto condenatório, os elementos de prova que constam dos autos impedem o acolhimento desta tese.

O crime de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, possui natureza de tipo misto alternativo, de modo que a prática de qualquer das condutas descritas no tipo – tais como importar, exportar, vender, oferecer, guardar, ter em depósito, entre outras – é suficiente para a subsunção da conduta à norma penal. Assim, não se exige que o agente pratique múltiplas ações descritas no tipo, bastando a ocorrência de uma delas para a caracterização do delito.

No caso em análise, ainda que o apelante não tenha sido flagrado na venda direta de substâncias entorpecentes, a prova colhida nos autos aponta que ele mantinha em sua residência expressiva quantidade de drogas, acondicionadas e armazenadas em condições que evidenciam destinação mercantil. A conduta de manter em depósito substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar configura, por si só, o tráfico de drogas, não sendo necessário que o agente seja surpreendido no ato da comercialização para que se possa concluir pela ocorrência do ilícito penal. Trata-se de modalidade autônoma do tipo, apta a atrair a incidência da norma penal, mormente diante da quantidade, variedade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos, os quais indicam, com clareza, a destinação ao tráfico.

Embora já tenha sido devidamente afirmado neste voto que os depoimentos prestados pelos policiais civis são válidos e dotados de plena força probatória, importa reforçar que, no caso concreto, a narrativa apresentada pelo apelante em Juízo – no sentido de que os agentes estariam portando a mochila com entorpecentes antes mesmo de ingressarem na residência – revela-se absolutamente inverossímil e dissociada das circunstâncias apuradas durante a instrução processual. Não é crível imaginar que policiais civis, no regular cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão, estivessem circulando pela cidade com mochila repleta de drogas apenas para incriminar injustamente o acusado. Tal alegação, além de desprovida de qualquer substrato probatório, afronta a lógica e a razoabilidade.

Ademais, conforme prevê o artigo 156 do Código de Processo Penal, incumbe à parte que alega determinado fato o ônus de demonstrá-lo. No caso, a defesa limitou-se a formular acusações genéricas e desprovidas de respaldo nos autos, não apresentando qualquer elemento probatório minimamente idôneo que pudesse conferir verossimilhança à tese sustentada. A ausência de prova sobre as alegações defensivas reforça a conclusão de que a versão do apelante não ultrapassa o plano meramente retórico, revelando-se frágil diante da consistência dos demais elementos coligidos aos autos.

No tocante ao delito de resistência, também não há como acolher a tese absolutória sustentada pela defesa.

A versão isolada apresentada pelo apelante, no sentido de que teria sido agredido sem motivo pelos policiais e coagido a confessar os fatos, não encontra amparo nos documentos acostados aos autos, tampouco nas declarações firmes e coerentes dos agentes públicos responsáveis pela diligência. A prova testemunhal, corroborado pelos demais documentos dos autos, apresenta-se harmônica e coesa, descrevendo de forma pormenorizada o comportamento hostil e violento do apelante e o envolvimento de sua família no momento da abordagem, o que exigiu o uso moderado da força para contê-lo e possibilitar o cumprimento do mandado judicial.

A resistência à atuação legítima dos policiais, no exercício regular de suas funções, configura o delito previsto no artigo 329 do Código Penal, sendo certo que a negativa genérica do

apelante não é capaz de infirmar o conjunto probatório robusto que respalda a versão acusatória. A presunção de veracidade das informações prestadas por agentes públicos no exercício de suas funções, sobretudo quando não desconstituída por outros elementos idôneos e corroboradas por outros elementos de prova, deve ser respeitada, sendo inaceitável, em um Estado Democrático de Direito, que se atribua peso probatório maior a meras alegações desprovidas de qualquer corroboração objetiva.

Nestes termos, não vislumbro, portanto, qualquer afronta ao princípio do *in dubio pro reo*, que, conforme leciona Renato Brasileiro, “pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)” (LIMA, 2021).

Tal postulado jurídico decorre diretamente do princípio da presunção de inocência e tem por finalidade resguardar que o ônus da prova incumbe exclusivamente à acusação, jamais à defesa. Nesse sentido, Guilherme Nucci adverte que “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural [daí a referência a estado de inocência], razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável” (NUCCI, 2018) que a acusação demonstre, por meio de prova suficiente e inequívoca, a culpabilidade do réu para além de qualquer dúvida razoável.

Dessa construção principiológica extraem-se, conforme a doutrina majoritária, duas diretrizes fundamentais: a regra probatória, que impõe à acusação o dever de demonstrar a materialidade e a autoria delitivas sem margem para incerteza; e a regra de tratamento, que assegura ao réu a prerrogativa de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação.

No caso concreto, a análise dos autos revela que a acusação logrou êxito em instruir a demanda com elementos probatórios sólidos e harmônicos, aptos a comprovar a prática delitiva imputada ao apelante. Ressalte-se que lhe foi assegurada, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a plena oportunidade de produzir provas que pudessem infirmar a tese acusatória ou, ao menos, suscitar dúvida razoável sobre sua culpabilidade, encargo do qual, contudo, não se desincumbiu.

Incabível, portanto, o acatamento do pleito de absolvição do recorrente, porquanto materialidade e autoria delitivas estão comprovadas nestes autos.

Passo, então, à análise da dosimetria da pena e das teses correlatas.

Primeiramente, reputo que, em regra, o juiz da causa é a autoridade judicial que reúne melhores condições para avaliar o peso de cada uma das circunstâncias judiciais no caso concreto, dada sua maior proximidade com o processo de produção das provas, visando

determinar a quantidade de pena necessária para os fins de prevenção e reparação do delito.

Nesse sentido, na primeira fase da dosimetria da pena é concedida ao magistrado certa discricionariedade para que, considerando todos os elementos previstos no artigo 59 do Código Penal e as circunstâncias judiciais atinentes ao caso concreto, fixe a pena base mais condizente com a realidade do caso em análise, respeitados os limites máximo e mínimo previstos no tipo penal.

Sendo assim, entendeu o Juízo *a quo* ser o caso de exasperar a pena-base na fração de 1/6, justificando que “*No que toca ao art. 42 da Lei nº 11.343/06, destaco que a natureza das drogas crack e cocaína revela maior gravidade. A individualização da pena demanda a aplicação do princípio da proporcionalidade, de maneira que a reprimenda corresponda à conduta e às circunstâncias concretas que envolvem a pessoa do agente. Por esta razão, seria ilegítimo apenas com a mesma sanção o narcotráfico que envolvesse substâncias de menor potencial lesivo e aquelas de maior gravidade. A forma mais gravosa do crack está dentre as drogas mais perigosas para o consumo, com alto poder de vício, gerando desordem familiar, violência e mortes. Por esta razão, a narcotraficância que envolva tais drogas exige maior reprimenda.*” (fl. 181).

Apesar da insurgência defensiva quanto ao mencionado aumento, no contexto da dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas, a fixação da pena-base na primeira fase deve

considerar, nos termos do art. 59 do Código Penal, os critérios de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. Dentre esses elementos, destacam-se a natureza e a quantidade da substância entorpecente, fatores que assumem especial relevância quando se trata de drogas com elevado potencial lesivo, como o *crack* e a cocaína, dada a sua nocividade social e capacidade de causar danos irreversíveis à saúde pública.

Conforme o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a espécie da droga são circunstâncias que podem justificar a majoração da pena-base, uma vez que refletem a maior gravidade do fato e o aumento da reprovabilidade da conduta. O *crack* e a cocaína, em razão de seu alto poder de dependência e dos graves efeitos sociais decorrentes de seu consumo, diferenciam-se de outras substâncias, impondo-se uma resposta penal mais severa quando essas drogas estão envolvidas.

Assim, diante da maior ofensividade do tráfico de substâncias como *crack* e cocaína, em comparação com outras drogas de menor potencial danoso, mostra-se plenamente justificável a elevação da pena-base com fundamento no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei de Drogas, assegurando-se uma reprimenda penal proporcional ao desvalor da ação e ao grau de periculosidade que tais entorpecentes representam para a coletividade.

Entretanto, há pequeno reparo a ser feito na forma como se deu o cálculo para a aplicação da fação de aumento.

Na dosimetria da pena, o magistrado *a quo* adotou metodologia divergente da jurisprudência dominante ao calcular a fração de aumento sobre o **intervalo entre a pena mínima e máxima**, extraindo 1/6 dessa diferença para majorar a pena-base, em vez de aplicar o **1/6 diretamente sobre a pena mínima**, conforme consagrado pela sistemática do art. 68 do CP e pela orientação do STJ.

Tal procedimento, além de contrariar o princípio da estrita legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF/88), prejudica o réu ao inflacionar indevidamente a reprimenda inicial, uma vez que a majoração deve incidir sobre o patamar mínimo, e não sobre a variação abstrata entre os extremos da cominação legal. Diante disso, impõe-se a correção do cálculo, aplicando-se o 1/6 de aumento sobre a pena mínima, em observância ao método tradicional e à garantia de proporcionalidade na individualização da pena, o que deve ser aplicado nas fases subsequentes da dosimetria da pena.

A pena para o crime de tráfico será, então, de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, nesta fase.

Quanto ao crime de resistência, resta prejudicado o pedido da Defesa, uma vez que já se encontra fixada a pena, nesta fase, no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) meses.

Na segunda fase, em razão da reincidência do apelante (processo de nº 0000041-72.2021.8.26.0699 – fl. 161), de rigor o agravamento das penas. Assim, quanto à fração de aumento a ser aplicada, bem justificou o Juízo *a quo* que, no caso do tráfico, em se tratando de reincidência específica, o aumento se dará na fração de 1/5, mas, para a resistência, a fração de aumento será de 1/6.

Dessa forma, tem-se, nesta fase, as penas de 07 (sete) anos de reclusão e o pagamento de 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa, em relação ao tráfico, e 02 (dois) meses e 10 (dez) dias em relação à resistência.

Ausentes quaisquer causas de aumento ou de diminuição da pena, esta se torna definitiva no *quantum* acima estabelecido, observando-se as disposições do artigo 69, do Código Penal.

Por fim, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, em que pese os argumentos defensivos, não há reparo a ser feito.

No presente caso, o apelante é reincidente, o que, por si só, afasta a possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto, por expressa vedação legal.

A alegação defensiva de que o regime prisional deve ser fixado exclusivamente com base na quantidade de pena não

encontra respaldo na sistemática legal. O artigo 33, §2º, do Código Penal estabelece que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena não depende apenas do quantum da pena, mas também da existência de reincidência e da avaliação das circunstâncias judiciais.

No caso dos autos, a reincidência do réu é circunstância legal que impede a fixação do regime mais brando, ainda que a pena aplicada não exceda a oito anos. Isso porque o legislador, ao redigir o art. 33, §2º, alínea “b”, expressamente condicionou a possibilidade de fixação do regime semiaberto aos condenados não reincidentes. Logo, a reincidência não é mera circunstância accidental, mas elemento jurídico que vincula o julgador à imposição de regime mais gravoso.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos previstos nos incisos I, II e III do artigo 44, também do Código Penal, a saber, a aplicação de pena privativa de liberdade superior a quatro anos, a reincidência e as circunstâncias que indicam não ser suficiente a substituição da pena.

Ante o exposto, por este voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto somente para corrigir o cálculo e a forma de incidência da fração de aumento na dosimetria da pena, o que resulta nas penas finais de 07 (sete) anos de reclusão e o pagamento de 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa, em relação ao tráfico, e 02 (dois) meses e 10 (dez) dias em relação à resistência,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relatora