



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000451094**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1540745-55.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante YGOR SOUZA DE BRITO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitadas as preliminares, 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 GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

**LEME GARCIA**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**16ª Câmara de Direito Criminal**  
**APELAÇÃO n. 1540745-55.2024.8.26.0526**  
**Comarca: SÃO PAULO**  
**Apelante: YGOR SOUZA DE BRITO**  
**Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**Voto: 32349**

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Preliminar de nulidade por irregularidades processuais. Inocorrência. Questões já analisadas e afastadas por esta 16ª Câmara de Direito Criminal. Preliminar rejeitada. Autoria e materialidade bem demonstradas. Escusas do acusado que restaram isoladas no conjunto probatório. Palavras dos policiais civis que merecem credibilidade. Denúncias anônimas que informavam a ocorrência de tráfico de drogas no local dos fatos. Réu abordado na posse R\$ 190,00 em espécie, em notas de baixo valor. Drogas encontradas ao lado do acusado. Dosimetria. Afastamento do aumento da primeira fase. Viabilidade. Exasperação da pena-base em razão de ação penal em andamento. Apelante primário, preso com quantidade de droga não excessiva, sem demonstração de que se dedique a atividades ilícitas ou que pertença a organização criminosa. Circunstâncias favoráveis. Ação penal em andamento que não pode ser valorada negativamente. Possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, em seu grau máximo, com fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Incabível a isenção da pena de multa, por ausência de previsão legal. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por YGOR SOUZA DE BRITO, contra a r. sentença proferida pela MMa. Juíza de Direito Giovana Furtado de Oliveira, da 24ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, que o condenou à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06 (fls. 128/135).

Em razões de recurso, a Defesa pretende, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade em razão de irregularidades processuais. No mérito, pugna pela absolvição do acusado por insuficiência probatória. De forma subsidiária, requer: i) a redução da pena-base para o mínimo legal; ii) o afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06; e iii) o afastamento da pena de multa (fls. 140/148).

Em contrarrazões, manifestou-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 166/181).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Filipe Teixeira Antunes, opinou pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 187/201).

### **É o breve relatório.**

O recurso comporta parcial provimento.

O apelante foi condenado porque, em 23 de outubro de 2024, por volta das 06h30, na Rua Arroio Itapevi, n. 125, na cidade de São Paulo, trazia consigo e guardava, para fins de entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 84 porções de cocaína (14,1 gramas – massa líquida) e 41 porções de maconha (41,4 gramas – massa líquida), tendo o delito sido cometido nas imediações da EMEF Claudio Bartolomazi (fls. 191/204).

Consta da denúncia que, na data e local dos fatos, policiais civis se deslocaram para apurar diversas denúncias anônimas sobre tráfico de drogas no interior de um condomínio, já conhecido pela venda de substâncias ilícitas.

No local, os policiais notaram o portão aberto e entraram no prédio, onde avistaram e abordaram o acusado. A revista pessoal resultou na apreensão de R\$ 109,00 em notas de baixo valor. Próximo ao réu, junto ao relógio medidor de água, encontraram uma sacola com drogas.

Preliminarmente, a Defesa requer o reconhecimento de nulidade processual, alegando que: i) o boletim de ocorrência foi *"omisso, incompleto e não descreve os verdadeiros fatos ocorridos no local"*; ii) o acusado não participou da audiência de custódia; iii) não foi realizado o exame de corpo de delito no recorrente; iv) a apreciação da defesa prévia posterior ao recebimento da denúncia; e v) o Ministério Público não apresentou parecer após oferecimento da defesa prévia.

Sem razão, contudo.

Inicialmente, observo que as alegações de nulidade processual já foram analisadas no *habeas corpus* n. 2397707-21.2024.8.26.0000, desta mesma relatoria, no qual, em sessão de julgamento permanente e virtual realizada no dia 07.02.2025, esta 16ª Câmara de Direito Criminal denegou a ordem, em votação unânime.

A propósito, na ocasião, anotou-se que *“conforme já ponderado em sede liminar, a ausência de realização de audiência de custódia e da juntada do laudo de exame de corpo de delito já foram objeto de análise na sentença, ocasião em que o d. juízo a quo considerou que tais matérias 'não guardam nenhuma relação com o mérito desta ação penal, prestando-se exclusivamente à aferição de eventual emprego de violência excessiva e desnecessária, contra o réu, por ocasião de sua prisão em flagrante, situação que foi devida e oportunamente verificada pelo juiz competente, segundo os meios e condições disponíveis naquela ocasião”*.

Importa mencionar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a ausência do réu na audiência de instrução consiste em nulidade relativa, devendo ser demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo para o seu reconhecimento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRIBUNAL DO JÚRI. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DO PACIENTE. CONDUÇÃO CONCRETAMENTE IMPEDIDA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRESENÇA DO DEFENSOR EM AUDIÊNCIA. NULIDADE RELATIVA NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

**II - "Esta Corte Superior possui entendimento**

**no sentido de que 'o direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução, direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, o que não ficou demonstrado no caso dos autos'** (AgRg no HC 411.033/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017)" (HC n. 429.747/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 22/05/2018).

III - In casu, o d. Juízo de 1º Grau, depois de exaustivamente tentar providenciar a condução do paciente preso em outro Estado, o que não se concretizou por força maior (informações enviadas por ofício pela polícia estadual sobre o fato de que não dispunha de orçamento), autorizou a oitiva das testemunhas sem a presença do paciente, todavia, garantindo a presença do defensor em audiência.

IV - O reconhecimento da nulidade de ato processual, de acordo com o princípio da *pas de nullité sans grief* e nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, exige a demonstração do prejuízo sofrido - o que não ocorreu no caso.

V - "A aferição da razoabilidade da duração do processo não se efetiva de forma meramente aritmética, pois é necessário ter em conta a complexidade da causa, a atuação estatal e das partes" (RHC 98.695/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/08/2018).

VI - Acerca da revogação da prisão preventiva, "Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Hipótese, portanto, de habeas corpus em substituição ao agravo regimental" (AgR no HC n. 130.240/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 16/12/2015).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 497745/BA, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgamento 06.06.2019, DJe 11.06.2019).

Consta dos autos que, após a comunicação da prisão em flagrante do acusado, a Defensoria Pública apresentou pedido de liberdade provisória e ressaltou que a manifestação foi realizada por escrito, *"diante da impossibilidade de atuação presencial, face as circunstâncias específicas do dia 24 de novembro de 2024"* (fls. 40/41). Na ocasião, não foram alegadas irregularidades ou relato de agressões durante a prisão em flagrante.

Após a manifestação do Ministério Público (fls. 43/41), o juízo competente homologou, fundamentadamente, a prisão em flagrante em desfavor do recorrente, convertendo-a em preventiva (fls. 47/49).

Ademais, observo que, após a devida apreciação da defesa prévia, o d. juízo *a quo* recebeu a denúncia ofertada contra o apelante (fls. 106). Conforme esclarecido pelo Ministério Público em contrarrazões, *"a defesa apresentou defesa prévia (fls. 92/99) e pedido de liberdade provisória num curto lapso temporal razão pela qual o Ministério Público apresentou a resposta, em uma única peça (fls. 114/116)"*.

Desta forma, à luz do princípio do prejuízo representado pela máxima *pas de nullité sans grief* e pelo artigo 563, do Código de Processo Penal, não há cabimento para o reconhecimento das nulidades pretendidas, uma vez que não foi demonstrado qualquer prejuízo à Defesa, conforme já apreciadas e refutadas por esta 16ª Câmara de Direito Criminal.

Rejeitadas as preliminares arguidas, passo à análise do mérito recursal.

A materialidade delitiva restou bem demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 07/09), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 11), pelo laudo de constatação (fls. 13/16), pelo laudo pericial (fls. 59/61), bem como pela prova oral produzida.

A autoria do crime, do mesmo modo, é inconteste.

Perante a autoridade policial, o apelante exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fls. 06). Em juízo, o réu negou a traficância, narrando que, ao aguardar por uma mulher chamada Giovanna para ver um imóvel, foi abordado juntamente com um indivíduo de nome Caíque, que ele não conhecia. Afirmou que os policiais o coagiram a assumir a propriedade das drogas, sendo conduzido à delegacia em uma viatura separada de Caíque (mídia digital).

Os policiais civis Adilson Tadeu da Silva de Santis e Aidos Goulart de Lima, sob o crivo do contraditório, narraram ter se dirigido ao local dos fatos para apurar informações, oriundas de diversas denúncias, de que ali ocorria venda de drogas. Quando entraram no condomínio, se depararam com o réu e foi realizada abordagem. Em revista pessoal, encontraram dinheiro em espécie. As drogas foram encontradas escondidas no registro de água, a cerca de três metros do réu. Os policiais ressaltaram que as denúncias indicavam especificamente a

presença de um indivíduo na entrada do condomínio, local em que ele vendia as substâncias. Afirmaram que, inicialmente, estavam em uma viatura e outra de apoio chegou depois. Levaram o recorrente ao IML para realizar o exame de corpo de delito. O policial Aidos afirmou que só havia o réu no local e que o dinheiro apreendido consistia em notas de dois e cinco reais. O policial Adilson ressaltou que outro indivíduo foi abordado posteriormente pela equipe de apoio e acredita que ele foi encaminhado para delegacia para averiguação, mas logo liberado (mídia digital).

Submetido o material apreendido à perícia, constatou-se a presença de cocaína e maconha, substâncias relacionadas na Portaria 344, de 12.05.1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, como drogas de uso proscrito no Brasil (fls. 59/61).

Inexiste razão para que seja colocada em dúvida a versão a respeito dos fatos fornecida em uníssono pelos policiais civis. Não há indícios nos autos de intenção deliberada dos policiais em prejudicar o apelante.

Cumpra-se destacar o relevante valor probatório que deve ser conferido aos depoimentos dos referidos policiais civis, especialmente por estarem em harmonia com os demais elementos do conjunto probatório. No presente caso, nada foi constatado que desqualificasse a conduta moral ou funcional desses profissionais a ponto de tornar suspeitas suas narrativas.

Sobre o tema, 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 papétes 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)

Em suma, após o recebimento de denúncias anônimas com informações de ocorrência de tráfico de drogas no condomínio situado no local dos fatos (fls. 23/24, 25/26, 27/28 e 29/30), policiais civis se dirigiram ao endereço indicado e se depararam com o recorrente na porta do condomínio. Em revista pessoal, foi apreendida a quantia de 109 reais em notas de baixo valor. Próximo ao réu, escondidas em um registro de água, foram encontradas 84 porções de cocaína e 41 porções de maconha, embaladas e prontas para venda.

A quantidade de drogas apreendida e seu fracionamento em 125 porções, embaladas e prontas para venda, além da considerável quantia de dinheiro encontrada em notas de pequeno valor, tornam evidente o *animus* de traficar do réu.

No mais, suas escusas, no sentido de que estaria no local aguardando para uma mulher, Giovanna, que iria lhe mostrar um imóvel para alugar, restaram isoladas no conjunto probatório, sem elementos aptos a respaldá-las. Ressalte-se que, apesar de arrolada como testemunha de defesa, Giovanna não foi encontrada e não prestou declarações em nenhuma fase da persecução penal.

Além disso, os depoimentos policiais são harmônicos no sentido de que o apelante era a única pessoa próxima às drogas, estando no local e na posição indicados pelas denúncias dos moradores. Não é crível que considerável quantidade de drogas, totalizando 125 porções de maconha e cocaína, estivesse armazenada sem qualquer supervisão por parte do seu real proprietário, sobretudo considerando o elevado valor

dessas substâncias e por se tratar de local popularmente conhecido pela venda de substâncias ilícitas.

Destarte, era mesmo de rigor a condenação do apelante pelo crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput* da Lei n. 11.343/06, não se podendo cogitar de absolvição por insuficiência probatória, conforme pretendido pela Defesa.

Passo à análise da dosimetria penal.

Na primeira etapa, a pena-base foi aumentada em 1/6 pela i. sentenciante, com fundamento na conduta antissocial e personalidade desvirtuada do réu, em razão dele responder a outra ação penal.

Respeitado o entendimento do d. juízo *a quo*, não há nos autos elementos para avaliar a personalidade do apelado, posto que a existência de ações penais não justifica a exasperação da pena, uma vez que, nos termos da Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais ou ações penais em curso não são aptos a elevar a pena-base.

Nesse sentido é pacífico o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AFASTAMENTO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. REGIME. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. INTERMEDIÁRIO SE MOSTRA MAIS ADEQUADO. ART. 33, § 2º E 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE**

LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios ( HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015). Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar das elementares inerentes ao tipo penal. **2. No caso dos autos, a instância a quo utilizou passagens policiais e ações penais sem trânsito em julgado para valorar negativamente os maus antecedentes e a personalidade. Contudo, o entendimento adotado viola o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte Superior, segundo a qual é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.** 3. Ademais, prevalece o entendimento perante esta Corte Superior de que a existência de inquéritos ou ações penais em curso não maculam o réu como portador de má conduta social nem como possuidor de personalidade voltada para a prática de delitos. 4. Quanto às demais circunstâncias judiciais valoradas negativamente, é inviável a sua análise neste presente habeas corpus. Isso porque elas já foram ampla e devidamente analisadas quando do julgamento do HC n. 531.597/SP, ocasião em que a pena-base do paciente também já fora redimensionada, em razão da análise das demais circunstâncias judiciais negativas. 5. No que tange ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, sendo inidônea a mera menção à gravidade abstrata do delito. 6. Foi elaborado, então, o enunciado 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Na mesma esteira, são os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 7. No caso, embora a pena tenha ficado em patamar não superior a 4 anos de reclusão e o paciente seja primário, as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada e mantida acima do mínimo legal. Dessa forma, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime semiaberto se

mostra mais adequado. 8. Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, melhor sorte não assiste ao paciente. Ainda que o quantum da reprimenda esteja dentro dos limites para a substituição da pena, as circunstâncias do caso concreto não a recomendam - tendo em vista a complexa estrutura da associação, com expressivo número de integrantes, que, inclusive, foi utilizado como fundamento para o aumento da pena-base. Assim, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 9. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no HC: 766.531/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA - QUINTA TURMA, j. 27.04.2023, DJe 12.05.2023)

Portanto, retorno a pena ao mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, diante do teor da Súmula 231, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não obstante o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, diante das mudanças supra operadas, inviável a redução da pena aquém do mínimo legal.

Na terceira etapa, a pena foi majorada pelo d. juízo *a quo* em 1/6, em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Contudo, considero ser o caso de afastamento da sobredita causa de aumento de pena, uma vez que, embora conste da denúncia que o local dos fatos estava situado a 350 metros da EMEF Claudio Bartolomazi (fls. 68/69), as provas coligidas aos autos não revelaram que o acusado visava atingir os seus frequentadores.

A propósito, nesse sentido já decidiu esta  
16ª Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS. **Apelo ministerial pretendendo a majoração da pena-base e a incidência da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Inadmissibilidade.** Quantidade pequena de um só tipo de entorpecente apreendido com o réu. Imediações de quadras e UBS. **Não comprovação de que o acusado se valia de suposta aglomeração de pessoas para a prática do tráfico.** Afastamento mantido. Apelo defensivo pretendendo a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Admissibilidade. Inconstitucionalidade das vedações da Lei 11.343/06. Violação ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CF). Precedentes do STF e do STJ. Conversão da pena reclusiva em restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Inteligência do artigo 44, § 2º, parte final, do CP. Imposição do regime aberto. Detração determinada. Analogia ao artigo 42 do CP. Apelo ministerial desprovido e apelo defensivo parcialmente provido para esse fim. (TJSP; Apelação 0000643-98.2017.8.26.0571; Relator: Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tatuí - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/04/2018; Data de Registro: 25/04/2018, V.U.)

Apelação. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvção por insuficiência de provas. Impossibilidade. Comprovação da autoria e materialidade delitivas. Prova oral e circunstâncias do flagrante, aliadas à quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos que evidenciam o tráfico de drogas. **Necessária exclusão da majorante disposta no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06. Ausência de prova de que os acusados se favoreciam dessa circunstância.** Readequação das penas. Deferimento do regime inicial aberto e da substituição das penas privativas substituídas por restritivas de direito aos corréus DOUGLAS e PATRÍCIA. Impossibilidade de reconhecimento do redutor do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, e manutenção do regime inicial fechado em relação ao corréu WASHINGTON, tendo em vista a reincidência específica do agente. Recursos parcialmente providos. (TJSP; Apelação 0012426-28.2014.8.26.0269; Relator: Osni Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara

de Direito Criminal; Foro de Itapetininga - 1ª Vara Criminal)

Por fim, ainda na terceira fase da dosimetria, respeitado o entendimento em sentido contrário, de rigor o reconhecimento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, uma vez que o apelante era primário à época dos fatos e foi surpreendido com quantidade de drogas que, embora não seja ínfima, não é exorbitante, além de não haver provas nos autos de que ele se dedique a atividade criminosa ou que pertença a organização voltada à prática de delitos. Nesse ponto, observo que ações penais em andamento não são aptas a influenciar na fixação da pena.

Com relação ao tema, assim já decidiu esta 16ª Câmara de Direito Criminal:

Apelação. Tráfico de drogas. Pedido almejando a mitigação da reprimenda e o abrandamento do regime inicial. Parcial cabimento. Pena-base exasperada em razão da diversidade e quantidade de drogas (aproximadamente 73 g entre cocaína, crack e maconha). Afastamento. **Apelante que, à época dos fatos, era primário e desprovido antecedentes, fazendo jus a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06.** Quantidade e variedade de droga que, nos moldes do art. 42, do referido diploma, deve ser utilizada como critério para o grau de redução, evitando-se o bis in idem. Circunstâncias legais que devem prevalecer em detrimento das circunstâncias judiciais. Pena-base fixada no piso legal e, na terceira etapa, diminuída à fração intermediária de 1/2, perfazendo a reprimenda final de 2 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 250 dias-multa. Regime aberto e substituição que mostram viáveis. Parcial provimento. (TJSP; Apelação Criminal 1500160-55.2021.8.26.0570; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Iguape - 1ª Vara; Data do Julgamento: 31/07/2024; Data de Registro: 31/07/2024)

Assim, diante da quantidade de substâncias apreendidas, aplico o redutor em seu grau máximo, resultando na pena final de 01 ano e 08 meses reclusão, e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Diante disso, merece abrandamento o regime prisional fixado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 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 foi reconhecido o 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 Ministra 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 artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, como crime hediondo ou equiparado.

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 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.

A par disso, há reiteradas decisões de nossos tribunais admitindo regime inicial menos gravoso para os condenados por tráfico:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTES PRIMÁRIOS, CONDENADOS A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA

DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO, NÃO HÁ MAIS QUE SE FALAR EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Hipótese em que o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena basearam-se em alegações genéricas acerca da gravidade do delito.

**4. O quantum da condenação (3 anos de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem aos pacientes iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.**

5. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. Em consequência, não há mais que se falar em execução provisória de penas restritivas de direitos. (HC 521.935/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019)

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.

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

E ainda, tendo em vista a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do artigo 33, § 4º, da Lei de drogas, declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 97.256/RS, anotados o retorno da pena-base no piso legal e a

incidência do redutor em seu patamar máximo, entendo ser cabível, no presente caso, a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, suficientes para a prevenção e reprovação do delito.

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

Por fim, não cabe a isenção da pena de multa pleiteada pela Defesa, por se tratar de penalidade legalmente prevista no preceito secundário do tipo penal em questão, não podendo ser reduzida ou afastada em razão da condição financeira do apelante.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGA E PORTE ILEGAL DE ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA DAS PENAS IMPOSTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE COM DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES, TRANSITADAS EM JULGADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PREJUDICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Egrégia Corte Superior, a majoração da pena-base pelos maus antecedentes e o reconhecimento da reincidência, desde que com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do ne bis in idem.

3. Considerando tratar-se de paciente que ostenta duas condenações transitadas em julgado, nada obsta que uma das condenações seja considerada para efeito de aumento da pena-base, como circunstância desfavorável (maus antecedentes), e a outra condenação como agravante de reincidência.

4. Não há ilegalidade flagrante na fixação das penas-base para os crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma com numeração raspada, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, ainda mais considerando a reincidência, os maus antecedentes, e relativamente ao crime de tráfico de drogas, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (17 buchas de cocaína e um tijolo de maconha).

**5. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado, sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que tal pleito não possui previsão no ordenamento jurídico.**

6. Mantido o quantitativo de pena imposto pelas instâncias ordinárias, fica prejudicado o pedido subsidiário de fixação de regime inicial mais brando (art. 33, § 2º, "a", do Código Penal).

7. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 295.958/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016)

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitadas as preliminares, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena imposta a YGOR SOUZA DE BRITO para 01 ano e 08 meses reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e modificar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, do semiaberto para o aberto, bem como para substituir 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 prazo da sanção imposta, ambas em favor de entidade com destinação social, a serem precisamente estabelecidas no juízo da execução, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

**LEME GARCIA**

Relator