



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002853

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501683-84.2024.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que é apelante DAVID DO NASCIMENTO AMPARO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

LAERTE MARRONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 24.693

Apelante: David do Nascimento Amparo

Apelado: Ministério Público

Comarca: Osasco

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO. I. Caso em Exame: A ação penal resultou na condenação de David do Nascimento Amparo por tráfico de drogas, com pena inicial de 5 anos de reclusão em regime fechado e 500 dias-multa, e na absolvição de Caio Fernando Ferreira Pinto. A defesa apelou, buscando absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, desclassificação para uso pessoal e regime mais brando. II. Questão em Discussão: A questão em discussão consiste em determinar se a condenação por tráfico de drogas deve ser mantida ou se há elementos para desclassificação do delito ou alteração do regime inicial de cumprimento da pena. III. Razões de Decidir: 1. A materialidade e autoria do delito foram confirmadas por provas documentais e testemunhais, incluindo confissão extrajudicial de David, assim como depoimentos de policiais e testemunha. 2. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, foi considerada devido à primariedade e bons antecedentes do réu, sem evidências de participação em organização criminosa. 3. **Manutenção da prisão preventiva, com observação.** IV. Dispositivo e Tese: 4. Recurso parcialmente provido para aplicar a causa de diminuição de pena, resultando em 4 anos e 2 meses de reclusão em regime semiaberto e 416 dias-multa. Tese de julgamento: 1. A condenação por tráfico de drogas veio amparada em provas de ato de comércio. 2. A primariedade e ausência de vínculos com organização criminosa justificam a aplicação do redutor de pena. Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e § 4º; Código de Processo Penal, art. 386, VII. Jurisprudência Citada: STF, HC nº 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 26/03/1996; STJ, REsp nº 1.977.027/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, j. 10/08/2022.

1. A r. sentença, cujo relatório se adota (fls. 335/351), julgou parcialmente procedente a ação para: **(i) condenar DAVID DO NASCIMENTO AMPARO** à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, mantida a prisão preventiva, e **(ii) absolver CAIO FERNANDO FERREIRA PINTO** da imputação do artigo 37, “caput”, da Lei 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Apelou a defesa (fls. 391/412), buscando a absolvição de **DAVID** ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, postula: **(a)** a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e **(b)** a fixação de regime inicial mais brando.

Processado e contrarrazoado o recurso (fls. 416/420), a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 435/449).

É o relatório.

2. Vinga em parte o reclamo. Na linha do que se segue.

3. Narra a denúncia (fls. 142/144):

*“1. Consta dos inclusos autos do inquérito policial que, em 28 de maio de 2024, por volta das 12h15, na Rua Felipe Mosca, nº 117, Bussocaba, neste município e Comarca de Osasco, **DAVID** trazia consigo e vendia, 31 (trinta e um) invólucros plásticos contendo o peso líquido de 75,8g (setenta e cinco gramas e oito decigramas) de maconha, 23 (vinte e três) invólucros plásticos contendo o peso líquido de 9,7g (nove gramas e sete decigramas) de cocaína, 29 (vinte e nove) invólucros plásticos contendo o peso líquido de 3,1g (três gramas e um*

decigrama) de Dry, 39 (trinta e nove) invólucros plásticos contendo o peso líquido de 5,2g (cinco gramas e 2 decigramas) de Ice (metanfetamina), 33 (trinta e três) invólucros plásticos contendo o peso líquido de 11,6g (onze gramas e seis decigramas) de Skunk, 26 (vinte e seis) invólucros plásticos contendo o peso líquido de 5,0g (cinco gramas) de K2, consoante auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, laudo de constatação de fls. 42/46, e exames químico-toxicológicos de fls. 124/127 e 128/130.

*2. Consta ainda dos inclusos autos do inquérito policial que, nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço supra, **CAIO** colaborou, na qualidade de informante, com grupo, organização ou associação destinado à prática de tráfico ilícito de drogas.*

*Segundo o apurado, policiais civis, atuando na operação Força Conjunta, passaram a efetuar campana velada no local dos fatos, onde havia notícia de tráfico ilícito de drogas, quando se depararam com **DAVID** ali sentado.*

*Passado algum tempo, puderam observar que terceiros se aproximavam de **DAVID**, lhe entregavam dinheiro, após o que **DAVID** se dirigia até o telhado de uma casa ali próxima, retirava um objeto e os entregava para os supostos compradores. Tal dinâmica se repetiu por duas vezes.*

*Neste ínterim, os policiais também puderam observar **CAIO** no local dos fatos, olhando constantemente de um lado para o outro, como se procurasse por algo ou alguém. De tempos em tempos **CAIO** se comunicava de longe com **DAVID**, em clara atividade de olheiro.*

*Quando Ricardo, ora terceiro comprador, se aproximou de **DAVID**, os agentes policiais decidiram efetuar sua abordagem. Em revista pessoal, os policiais lograram apreender a quantia de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) no bolso de **DAVID**. Com Ricardo foi apreendida uma porção de cocaína. Próximo de **DAVID**, no telhado da casa onde **DAVID** mexia cada vez que era interpelado por alguém, encontraram uma sacola plástica contendo as porções de droga descritas em epígrafe. **CAIO** também foi abordado, mas nada de ilícito foi encontrado em sua posse.*

*Indagados, **DAVID** confessou estar traficando no local*

(fl. 14), **CAIO** confirmou que atuava na condição de olheiro, e que ganhava a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) por dia pelo exercício de tal função (fl. 13), ao passo que Ricardo alegou ser usuário e que realmente havia acabado de adquirir a porção de cocaína de **DAVID** (fl. 8).

É certo que as ações delitivas foram todas fotografadas (fls. 32/39).

*A traficância, portanto, evidencia-se: a) pelas investigações decorrentes da operação policial, dando conta que o local é reconhecidamente como ponto de tráfico; b) pela conduta de **DAVID**, tipicamente da mercancia de drogas, que ensejou sua abordagem; c) pela quantidade, variedade e também acondicionamento das drogas apreendidas consigo; d) pelo dinheiro encontrado em seu bolso; assim como e) pela confissão formal.*

(...).”

4. Evidenciada a responsabilidade penal do acusado.

5. A materialidade do delito acha-se positivada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/03); boletim de ocorrência (fls. 15/19); auto de exibição e apreensão (fls. 22/23); fotografias (fls. 24/39); auto de constatação (fls. 42/46); vídeos (fls. 121); laudos periciais de exame químico-toxicológico (fls. 124/127 e 128/130), os quais constatarem que as substâncias apreendidas eram **cocaína, maconha (tetrahydrocannabinol), “Dry” (tetrahydrocannabinol), “Ice” (tetrahydrocannabinol), “Skunk” (tetrahydrocannabinol) e “K2” (MDMB-4EN-PINACA)**, bem como pela prova oral.

Certa, por seu turno, a autoria.

Firme a prova oral no incriminar o réu.

Os policiais civis Airton Cristianoti Nunes (fls. 04/05) e Allan Morais Grande (fls. 06/07), na fase inquisitiva,

narraram que, em campana, em local conhecido como ponto de venda de drogas, visualizaram **DAVID**, por duas vezes, receber dinheiro de indivíduos, ir até um telhado nas proximidades, pegar algo e entregar aos indivíduos. Enquanto isso, **CAIO** permanecia nas proximidades, em atividade típica de “olheiro”. Decidiram abordá-los quando viram **DAVID** vender entorpecente para um terceiro indivíduo, identificado como Ricardo Matheus Santos Pena. Na posse de Ricardo, localizaram uma porção de cocaína. Encontraram R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) com **DAVID**. Nada localizaram em poder de **CAIO**. No telhado da casa, local em que **DAVID** foi visto mexendo, encontraram uma sacola plástica contendo 29 porções de “Dry”, 39 porções de “Ice”, 33 porções de “Skunk”, 23 porções de cocaína, 31 porções de maconha e 26 porções de “K2”, individualizadas e prontas para o comércio. Inquiridos, Ricardo admitiu ter adquirido a porção de cocaína com **DAVID**; **DAVID** admitiu a traficância e **CAIO** confessou que auxiliava **DAVID**, “*monitorando a rua*”.

Em juízo (mídia de fls. 255/264), confirmaram que, na ocasião, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, viram **DAVID** e **CAIO** traficando. Relataram que um vendia, enquanto o outro ficava de campana. Contaram ter visto três vendas. Na terceira vez, abordaram os traficantes e o usuário Ricardo. Na posse de Ricardo, encontraram uma porção de cocaína, tendo ele admitido tê-la adquirido do **DAVID**. Nas proximidades, em um telhado, localizaram as drogas (cocaína, maconha, “K2”, “Skunk”, “Ice” e “Dry”). Encontraram também dinheiro (R\$ 240,00). Ao serem questionados, **DAVID** e **CAIO** confessaram a traficância, tendo o primeiro admitido que ganharia R\$ 350,00 para trabalhar no dia, enquanto o último admitiu que ganharia R\$

100,00 para fazer a campana. Disseram que os dois traficantes se comunicavam por gestos, assovios e gritos. Informaram que os usuários iam direto ao **DAVID**.

A circunstância de serem policiais civis não os torna suspeitos, mostrando-se inadmissível estabelecer-se um juízo antecipado e genérico sobre o depoimento de agentes públicos, de sorte a reduzir-lhe, *a priori*, o poder de convencimento. Com efeito, “**o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, de repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos**” (STF, HC nº 73.518 – SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996).

No caso vertente, nada há nos autos a sugerir que os policiais teriam mentido. Não se entrevê motivo para que fossem acusar falsamente o apelante.

Anote-se que os relatos prestados pelos agentes públicos, **em seus aspectos principais (visualização de atividade típica de tráfico e encontro das drogas no telhado)**, são coincidentes entre si, e guardam sintonia com aqueles apresentados na fase policial, o que lhes confere maior densidade probatória. De resto, pequenas

divergências não se prestam a abalar a credibilidade das testemunhas, devendo ser debitadas ao fator tempo, associado à grande quantidade de ocorrências atendidas pelos policiais.

Narrativas que, ademais, estão em consonância com a apreensão das drogas e dinheiro.

Mas, há mais a inculpar o apelante.

Ricardo Matheus Santos Pena, na fase extrajudicial (fls. 08), relatou ter ido até a “biqueira” comprar uma porção de cocaína. Contou que adquiriu a droga com **DAVID**, vulgo “Gordão”, por R\$ 5,00. Informou que o traficante deixava as drogas escondidas no telhado. Declarou ter sido abordado pelos policiais logo após adquirir a porção de entorpecente.

Em juízo (mídia de fls. 255/264), reiterou ter ido ao local adquirir entorpecente. Disse ter adquirido a droga do **DAVID**, vulgo “Gordão”, por R\$ 5,00. Contou que os policiais os abordaram e **DAVID** admitiu a traficância. Negou ter visto **CAIO** no lugar.

Cuida-se, com efeito, de um manancial probatório denso a inculpar **DAVID**.

CAIO, na fase policial (fls. 13), alegou ter sido convidado, por um conhecido, “*para ajudar na biqueira como olheiro/campana*”. Disse que apenas precisava avisar **DAVID** caso visse algo diferente na rua. Afirmou ter ganhado R\$ 100,00 para isso.

Em juízo (mídia de fls. 255/264), repeliu a acusação e negou conhecer **DAVID**.

DAVID, na fase inquisitiva (fls. 14), admitiu a traficância. Narrou que ganharia R\$ 350,00 para vender drogas das

08h30 às 20 horas. Contou que, quando chegou ao local, as drogas já estavam escondidas na laje de uma casa. Disse que **CAIO** estava lhe ajudando. Informou que os policiais civis os abordaram e localizaram as drogas escondidas no telhado. Afirmou que o dinheiro encontrado com ele era das vendas já feitas.

Em juízo (mídia de fls. 255/264), negou a imputação e alegou ser usuário de drogas, tendo ido ao local adquirir maconha. Afirmou que os policiais ameaçaram retirar sua bolsa de colostomia se não admitisse a traficância. Contou que o traficante fugiu.

Mas a versão judicial de **DAVID** não convence. Pouco verossímil à luz das regras de experiência comum, acha-se, de resto, despida de apoio no restante dos autos.

Na realidade, sobrelevam, enquanto dados a avaliar a acusação, os relatos dos policiais civis e da testemunha Ricardo, secundados pela apreensão das drogas e do dinheiro.

Assim postas as coisas, o conjunto probatório descortina que o apelante trazia consigo e vendia as drogas para fins de tráfico.

Em outras palavras, **(a)** a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes (31 porções de maconha, com massa líquida de 75,8 gramas; 23 porções de cocaína, com massa líquida de 9,7 gramas; 29 porções de “Dry”, com massa líquida de 3,1 gramas; 39 porções da metanfetamina “Ice”, com massa líquida de 5,2 gramas; 33 porções de “Skunk”, com massa líquida de 11,6 gramas, e 26 porções de “K2”, com massa líquida de 5 gramas); **(b)** a quantia apreendida (R\$ 240,00); **(c)** os relatos dos agentes públicos; **(d)** o local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas; **(e)** as fotografias de fls.

32/39, principalmente a de fls. 33, que mostra atividade típica de tráfico, e (f) a confissão extrajudicial de **DAVID** constituem fatores que, ajuntados, configuram o delito previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para a figura prevista no artigo 28, da citada lei.

Bem decretada, pois, a condenação.

6. Aplica-se, contudo, a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

Afinal, o réu é primário e de bons antecedentes (certidão de fls. 68/69).

Registre-se que, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, em 10 de agosto de 2022, assentou-se a seguinte tese (Tema Repetitivo 1139):

“É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, REsp nº 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022 e REsp nº 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022).

E inexistente prova robusta de que **DAVID** seja participante de organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas. A quantidade e diversidade das drogas, no contexto da causa, sem algum outro elemento mais denso, não se prestam a firmar um quadro desse tipo, de sorte a inviabilizar a incidência do redutor.

Atente-se que o ônus da prova da existência de uma dessas situações é do Ministério Público, mercê do princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (STF, HC nº 103.225, relator Ministro Joaquim

Barbosa, julgado em 11/10/2011, DJ 22/11/2011; HC nº 107.759, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/10/2011, DJ 30/11/2011).

Sem prova segura, ainda que por indícios (STF, HC nº 101.519, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 20/03/2012, DJ 26/04/2012), da existência de um destes panoramas, impõe-se a aplicação do redutor.

7. A sanção comporta alteração.

A pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, assim mantida a reprimenda na fase seguinte, apesar da presença da circunstância atenuante da confissão extrajudicial, em atenção ao disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, diante da regra estampada no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, tomando-se em conta a expressiva quantidade, natureza e diversidade de drogas (**31 porções de maconha, com massa líquida de 75,8 gramas; 23 porções de cocaína, com massa líquida de 9,7 gramas; 29 porções de “Dry”, com massa líquida de 3,1 gramas; 39 porções da metanfetamina “Ice”, com massa líquida de 5,2 gramas; 33 porções de “Skunk”, com massa líquida de 11,6 gramas, e 26 porções de “K2”, com massa líquida de 5 gramas**), reduz-se a sanção em 1/6, resultando em **04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa**, no valor unitário correspondente ao mínimo legal.

Considerando-se o *quantum* da pena, bem como a quantidade, diversidade e natureza das drogas, fixa-se o regime **semiaberto** para o início da pena privativa de liberdade.

8. Fica mantida a prisão preventiva do apelante,

considerando o teor dessa deliberação e a gravidade em concreto do delito (quantidade, diversidade e natureza das drogas). Tem-se um quadro a assentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

De resto, não se mostra razoável desconstituir-se a custódia cautelar por ocasião da sentença condenatória se o réu permaneceu preso durante o transcorrer do processo e se subsistentes os motivos que ensejaram a decretação da segregação provisória, vale dizer, se não alterado substancialmente o quadro no qual veio assentada a decretação da prisão preventiva (STF, HC nº 95.685, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 16/12/2008, DJ de 06/03/2009; HC nº 89.824, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 11/03/2008; DJ de 29/08/2008; STJ, HC nº 175.538/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11/4/2013, DJe de 18/4/2013; HC nº 192.024/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 9/8/2011; HC nº 114.916/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/8/2009, DJe de 8/9/2009).

De outro norte, respeitada opinião em sentido contrário, inexistente incompatibilidade, do ponto de vista jurídico processual, entre o estabelecimento do regime semiaberto e a manutenção da prisão cautelar. No entanto, sob pena de maltrato ao princípio da proporcionalidade, urge seja compatibilizada a segregação provisória com o regime imposto, a fim de que o réu não fique sujeito a uma situação mais gravosa do que a estabelecida na decisão judicial. Ou seja, deve ele ser posto em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto (STJ, AgRg no HC n. 786.675/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de

18/9/2023; AgRg no HC n. 827.560/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 31/8/2023; AgRg no HC n. 812.414/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023; AgRg no RHC n. 173.924/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023; AgRg no HC n. 761.032/RO, relator Ministro Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

Deveras, “a fixação do regime inicial semiaberto não é suficiente, por si só, para ensejar a revogação da prisão preventiva, a qual pode ser compatibilizada com o modo intermediário de cumprimento de pena” (STJ, AgRg no RHC n. 190.346/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023).

9. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de (i) reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06; (ii) reduzir a pena do apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, bem como pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa; e (iii) fixar o regime semiaberto para o início da pena privativa de liberdade.

Oficie-se, comunicando.

LAERTE MARRONE

Relator