



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000005177

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500255-68.2024.8.26.0574, da Comarca de Cerqueira César, em que é apelante RIAN MARCOS FERNANDES DA SILVA, 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: **Negaram provimento 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 sem voto), ROBERTO SOLIMENE E LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500255-68.2024.8.26.0574

Apelante: **Rian Marcos Fernandes da Silva**
Apelada: **Justiça Pública**
1ª Vara da Comarca de Cerqueira César
Juíza de Direito Dra. **Bruna Mendes Ferreira**

Voto nº 9.511

TRÁFICO DE DROGAS – Apelo defensivo visando à absolvição por falta de provas ou a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas e abrandamento das penas – Descabimento - Prova segura e esclarecedora quanto ao tráfico – Negativa do réu infirmada pelos claros depoimentos dos policiais – Apelante detido em local conhecido pela traficância, com volume e variedade de drogas incompatível com o alegado perfil de usuário – Desclassificação inviável – Condenações mantidas – Dosimetria – Penas fixadas com critério e acerto – Reincidência impeditiva da aplicação do privilégio do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – Apelo defensivo improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa contra a r. sentença de fls. 179/185, que julgou procedente a ação e, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. condenou **Rian Marcos Fernandes da Silva** à pena 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 657 dias-multa, sendo negado o apelo em liberdade.

A Defesa requer, preliminarmente, a concessão da justiça gratuita e do direito de recorrer em liberdade e, no mérito a absolvição por falta de provas ou a desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, reclama a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos ou multa (fls. 219/235).

Regularmente processado o apelo, vieram as

contrarrazões (fls. 242/248), após o que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 255/264).

É o relatório.

Rian Marcos Fernandes da Silva foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porquanto, em 15 de junho de 2024, por volta de 23h50, nas proximidades do beco situado na Rua Otaviano Pires, nº 23, Cidade e Comarca de Cerqueira Cesar/SP, estaria trazendo consigo, para consumo alheio, 85 porções de cocaína (53,42g) e 10 pedras de crack (1,86g), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após instrução criminal perante o r.juízo da 1ª Vara da Comarca de Cerqueira César, sobreveio sentença que, julgando procedente a ação, condenou Rian nos exatos termos da denúncia, contra a qual a defesa, inconformada, interpôs o presente recurso de apelação.

Mas, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, forçoso reconhecer, desde logo, que a condenação do Apelante se apresentou correta e indiscutível, devendo, neste particular, ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

De imediato, anote-se que o réu foi detido em local conhecido pela venda de drogas, em aparente atitude de traficância, isso depois de fugir da abordagem polícia, sendo com ele apreendidas porções de cocaína, crack e dinheiro, circunstâncias bastante sintomáticas e que invertem o ônus da prova, impondo-lhes justificativas plausíveis para tanto.

No entanto, interrogado em juízo, Rian negou a traficância, dizendo que, no momento, estava no local apenas para adquirir maconha. Viu um rapaz correndo e, por isso, também saiu correndo, principalmente por ter envolvimento criminal pretérito. Pulou dois muros, mas logo em seguida foi detido. Consigo foram encontrados, apenas, um celular e um carregador. Não conhecia os policiais anteriormente e não sabe de onde surgiu a droga apreendida.

Tal versão, todavia, além de desprovida de qualquer

prova, foi infirmada pelos relatos seguros dos policiais ouvidos em juízo, que a tudo esclareceram.

Eles disseram que, em patrulhamento, visualizaram um indivíduo conversando com o motorista de um veículo Gol. O policial Marcos foi atrás do carro, que logrou fuga, ao passo que o policial Dione foi atrás do réu Rian, detendo-o já no final de um beco. Conduziram o réu até uma propriedade próxima ao local, sendo que, em revista, com ele encontraram entorpecentes e dinheiro. Indagado, Rian lhes admitiu a traficância.

Tais depoimentos, importante registrar, são dignos de fé, pois nada há nos autos que, ainda que superficialmente, coloque em dúvida a lisura do trabalho policial.

Nessa esteira já decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal: *“o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos – especialmente quando prestados 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, da repressão penal”* (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello).

E também o Col. Superior Tribunal de Justiça: *“...Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente 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, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade”* (HC 436.168/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

Vê-se, pois, que a negativa do réu quanto ao tráfico de drogas restou firmemente rechaçada pelos relatos dos policiais militares, os quais confirmaram que o apelante foi visto em aparente ato de traficância e que, depois de tentar fugir, em revista, com ele foram encontrados entorpecentes e considerável quantia em dinheiro (cerca de R\$ 470,00).

Tudo isso, aliado ao fato de que não foi apreendido qualquer instrumento utilizado para o consumo de entorpecentes, bem como ao fato

de já ter sido condenado mais de uma vez por tráfico de drogas, não deixa dúvidas acerca da destinação mercantil dos entorpecentes, não havendo que se falar, *data venia*, em desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei de drogas.

Por fim, descabida, respeitosamente, a pretendida aplicação de pena de internação ou tratamento ambulatorial, pois nada indica tivesse Rian diminuída sua capacidade de discernimento e de autodeterminação, seja por ocasião da audiência, seja quando da prática da infração penal.

Mantida, portanto, a condenação do apelante nos exatos termos impostos pelo juízo *a quo*, resta, agora, analisar a reprimenda imposta, sendo conveniente ponderar, desde logo, que tal providência está inserida no poder discricionário do magistrado, justificando-se sua alteração somente em casos excepcionais, apenas quando equivocada ou exagerada, o que, no caso presente, não se verifica.

Ocorre que, bem sopesados os elementos norteadores do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 e do art. 59 do Código Penal, a pena-base de Rian foi corretamente fixada 1/8 acima do mínimo em razão do alto potencial lesivo dos entorpecentes apreendidos, argumento que, ressalvados entendimentos divergentes, se mostra idôneo à majoração da reprimenda inaugural, já que expressamente elencada no art. 42 da Lei nº 11.343/2006 como um dos vetores para a fixação da pena.

Na segunda fase, diante da reincidência (fls. 41/44), irretocável o aumento da pena em mais 1/6.

Na última e derradeira etapa da dosimetria, o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 era mesmo inaplicável para Rian, por se tratar de réu reincidente.

Não há que se falar, por fim, na ocorrência de *bis in idem* ao se considerar a reincidência para agravar a pena e, ao depois, negar a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, pois, conforme já decidido, “...na aplicação do preceito em foco, o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena, não se podendo falar em *bis in idem* por ter sido a reincidência considerada para aumentar as sanções e também impedir

a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois a aplicação de tal dispositivo exige a ocorrência simultânea de todas as condições mencionadas, ou seja, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa e nem integrar organização criminosa, o que não é o caso do acusado. Conforme já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, “não há que se falar em bis in idem mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico a reincidência quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente” (HC 118403/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 15.12.2009).” (Apel. Crim. Nº 990.10.184009-0, 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Tristão Ribeiro).

Outrossim, “O agravamento da pena pela reincidência também está correto e decorre de expressa determinação legal. Não ocorreu bis in idem. Não é raro que uma mesma circunstância reflita em mais de uma direção. O reincidente, v.g., não tem direito a sursis, por expressa disposição legal. Não obstante, o magistrado é obrigado a exacerbar sua pena, porque a reincidência também é agravante. Seguindo o mesmo raciocínio, no caso ora em exame, não aplicável a causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dada a recidiva, a qual também é usada para agravar a pena, por determinação legal.” (Rev. Crim. Nº 990.09.160794-0, 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Eduardo Pereira).

No mesmo sentido é a Jurisprudência dos Tribunais Superiores:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE AFASTADA. AUSÊNCIA DE

ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ANTECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. 3. Ausência de bis in idem na condenação que aplica a agravante de reincidência e afasta a causa de diminuição na terceira fase de fixação da pena, por ausência de atendimento aos requisitos para a aplicação da privilegiadora. 4. Não se inaugura a competência deste Supremo nas hipóteses em que as instâncias antecedentes não examinaram a matéria objeto da irresignação, visto que tal proceder acarretaria indevida supressão de instância. 5. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC 191.580 – 2ª Turma do STF – Rel. Min. Edson Fachin – j. 16/11/2020).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDADO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO PARCIAL NÃO UTILIZADA PARA A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. MINORANTE DO § 4º NÃO APLICADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. A não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não configura bis in idem. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC 558867/SP – 5ª Turma do STJ – Rel. Min. Joel Ilan Parcionik – j. 02/2/2021).

Assim, mantém-se a pena do Apelante nos exatos moldes em que calculadas pelo juízo *a quo*.

Irretocável, também, o regime fixado pelo juízo *a quo*, pois Rian é reincidente, devendo iniciar o cumprimento de pena no regime fechado, nos termos da interpretação *a contrario sensu* do art. 33, § 3º, do Código Penal, e da Súmula 269 do STJ.

Por fim, anote-se que eventual justiça gratuita deve ser postulada em sede de execução da sentença, quando o apelante for chamado a satisfazer a obrigação, podendo demonstrar ao Magistrado sua condição financeira e postular eventual isenção do pagamento das custas.

Nesse sentido:

“Agravo de instrumento. Deserção por falta de pagamento de custas. Ilegalidade. – ‘tratando-se de ação penal pública, o pagamento das custas só é exigível depois de decidida a causa, o incidente ou o recurso (arts. 804 a 806 do CPP). Habeas corpus conhecido parcialmente e deferido.’” (STJ – 5ª T. – HC 3155 – Rel. Assis Toledo – j. 22.03.1995 – DJU 174.04.1995.

Por fim, diante do julgamento do mérito do recurso, prejudicado o pedido de recurso em liberdade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO**, mantendo-se a respeitável sentença por seus próprios fundamentos.

André Carvalho e Silva de Almeida

Relator