



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000290239

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500297-76.2020.8.26.0536, da Comarca de Guarujá, em que é apelante/apelado FABIO SALVINO DE JESUS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, rejeitaram a preliminar e, por conseguinte, negaram provimento ao recurso defensivo e, concomitantemente, deram provimento ao recurso ministerial a fim de (i) reconhecer a reincidência do réu e (ii) afastar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, assim: condenar o apelado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença. ", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 26 de março de 2025.

CHRISTIANO JORGE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Autos da Apelação nº 1500297-76.2020.8.26.0536

Apelante/apelado: **FABIO SALVINO DE JESUS**

Apelado/apelante: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Comarca: Guarujá

Meritíssimo Juiz de Direito: Edimilson Rosa dos Santos

VOTO Nº 8276

APELAÇÃO CRIMINAL. Sentença condenatória. Tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Insurgências defensiva e ministerial.

Preliminar. Arguição de nulidade processual pela obtenção de provas por meios ilícitos: abordagem e busca pessoal e veicular ilegais. Não acolhimento. Agentes de segurança pública que agiram dentro da legalidade e munidos de fundadas razões (justa causa). Provas obtidas lícitamente. Rejeição da matéria prefacial.

Mérito. Materialidade e autoria delitivas devidamente apuradas. Conjunto de provas formado nos autos que é robusto. Condenação nem sequer foi objeto de impugnação recursal.

Individualização da pena. Recurso ministerial. Primeira fase. Reconhecimento de maus antecedentes. Impossibilidade. Existência de uma apenas uma condenação definitiva, a qual deve ser utilizada na segunda etapa da dosimetria das penas. Readequação da pena-base para o mínimo legal, à míngua de pedido atinente a eventual consideração de outras circunstâncias judiciais. Segunda fase. Reincidência observada. Única condenação definitiva com extinção da pena pelo integral cumprimento em 18/07/16, sendo que, desta data até a data do cometimento do crime ora em análise (23 de janeiro de 2020), não transcorreu o período depurador de cinco anos. Inteligência do artigo 64, I, do Código

Penal. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Compensação integral. Tema repetitivo 585 do Superior Tribunal de Justiça. Manutenção. Terceira fase. Não preenchidos os requisitos estabelecidos pelo artigo 33 §4º, da Lei nº 11.343/06. Condição de reincidente do acusado, tornando de rigor o afastamento da causa especial de diminuição de penas. Regime inicial fechado. Decorrência direta da aplicação do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. PRELIMINAR DEFENSIVA REJEITADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

Vieram-me conclusos os autos em razão do disposto no artigo 72 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal Bandeirante¹

Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença de fls. 348/353, pela qual foi julgada procedente a ação penal para condenar o réu ao cumprimento de pena de **2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa**, no valor unitário mínimo, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo também interpôs recurso de apelação (fl. 360), com razões às fls. 361/364, requerendo, em suma, a readequação dos critérios utilizados

¹ Art. 72. Quando, em decorrência de afastamento definitivo do desembargador relator, remanescerem feitos remetidos à Mesa, serão eles redistribuídos ao revisor ou ao segundo juiz, conforme o caso, ou ao juiz com visto nos autos, compensando-se. (Redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017).

na individualização da pena.

Irresignado, o réu Fabio Salvino de Jesus também interpôs recurso de apelação (cf. manifestação no termo de recurso assinado às fls. 381/382), com razões às fls. 208/214, arguindo tão somente a preliminar de nulidade das provas em razão da atuação ilegal dos policiais militares envolvidos na sua abordagem, ante a ausência de fundada suspeita, em violação ao artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal, com consequente absolvição.

Contrarrazões às fls. 417/420 e 392/396.

O D. Procurador de Justiça Nadir de Campos Junior opinou pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do recurso defensivo, conforme parecer acostado às fls. 428/438.

É o relatório.

O apelante foi denunciado e processado como incurso nos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 porque no dia 23 de janeiro de 2020, por volta das 19h20, na Rodovia SPA 248/055, na cidade e comarca do Guarujá, transportava e guardava, para fins de comercialização com terceiros, 18 (dezoito) porções individuais de “maconha”, substância contendo *tetrahidrocanabinol* (THC), com peso líquido aproximado de 9.738g (nove mil, setecentas e oitenta e três gramas e três decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01). Finda a instrução probatória, foi dado provimento à pretensão acusatória. Afinal, a materialidade e a autoria do crime restaram amplamente demonstradas em vista do conjunto fático

probatório. Para além do auto de prisão em flagrante de fls. 01, do boletim de ocorrência de fls. 02/04, do auto de exibição e apreensão de fls. 09/10, da imagem de fl. 26, do laudo de constatação de fl. 08, do laudo de exame químico-toxicológico de fls. 338/340, está a prova oral produzida em ambas as fases da persecução penal (declarações de fls. 06/07 e gravações anexadas ao *link* de fl. 309). O acusado inclusive confessou a prática do ilícito durante a instrução criminal, a qual foi corroborada pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

A condenação pela prática do crime de tráfico de drogas era, portanto, medida imperiosa. Neste diapasão, não houve qualquer insurgência defensiva (ou acusatória) relacionada ao mérito da r. sentença, razão pela qual deixo de tecer comentários pormenorizados.

Passo, doravante, à apreciação das arguições trazidas à baila pelos recorrentes.

Em caráter preliminar, a defesa busca a anulação do processo, por supostamente ter a ação penal se iniciado com base em prova obtida de forma ilícita, vale dizer, mediante abordagem e buscas pessoal e veicular desprovidas de fundadas suspeitas, em desacordo com os ditames dos artigos 240, §2º², do Código de Processo Penal.

Sustentou não ter havido elementos concretos que justificassem os atos de abordagem e de revista. Por conseguinte, aduz serem as demais provas produzidas ilícitas por derivação, nos termos do artigo 157, §1º, do C.P.P., não restando outra solução senão a de anular a r. sentença e, assim, absolver o réu. A alegação, todavia, não prospera.

² § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Extraí-se dos autos do processo que os policiais militares realizavam fiscalização de trânsito no local dos fatos, quando visualizaram o veículo automotor do acusado, motivo pelo qual efetuaram sinalização de parada obrigatória. Todavia, ao avistar os agentes públicos o réu esboçou fuga, inclusive mencionando que não pararia - em comportamento objetivo caracterizador de atividade suspeita.

A despeito disso, estacionou um pouco mais à frente. Neste cenário, a existência de elementos concretos da ocorrência de situação de flagrante delito, os agentes públicos realizaram a abordagem de Fabio, solicitando sua saída do veículo e apresentação da documentação pertinente. Em busca veicular, os guardas localizaram uma sacola, tendo o réu lhes dito, em um primeiro momento, tratar-se de um par de tênis. Todavia, ao chegarem próximo, os agentes públicos sentiram forte odor típico de droga, além de a sacola estar muito pesada. Na sequência, ali localizaram a robusta quantidade de droga (cerca de 10kg, conforme auto de apreensão de fls. 09/10);

Assim, diante de todas essas evidências e circunstâncias, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, ter havido fundadas razões para a realização da abordagem e das revistas pessoal e veicular.

Sobre o tema, colaciona-se precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A busca veicular foi justificada pela atitude suspeita do agravante, que acelerou o carro e desobedeceu a ordem de parada, configurando fundada suspeita. 5. A busca domiciliar foi amparada por informações fornecidas pelo próprio agravante, indicando a presença de mais drogas, o que legitima a ação policial. 6. A jurisprudência desta Corte

reconhece a validade de buscas baseadas em suspeitas fundadas, especialmente em crimes de natureza permanente como o tráfico de drogas. 7. A reanálise do acervo fático-probatório é inviável na via do recurso especial, conforme entendimento consolidado. IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL". (AREsp n. 2.627.931/GO, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, DJe de 6/12/2024.) (grifos não originais)

E, ainda:

"(...) A busca veicular foi considerada legal, com base em denúncia prévia e forte odor de maconha vinda do veículo, atendendo ao art. 244 do Código de Processo Penal. (...) A busca veicular é válida quando há fundada suspeita, conforme art. 244 do CPP. 3. A dosimetria da pena deve observar a quantidade e natureza da droga, sem vinculação a critérios matemáticos, mas com fundamentação idônea." Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 244; Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; CP, art. 59. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 738.224/SP, Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 12/12/2023; STJ, AgRg no HC 904.707/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 22/8/2024" (AgRg no HC n. 929.893/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 26/11/2024, DJe de 9/12/2024.)

Noutras palavras, a existência de indícios suficientes da ocorrência de flagrante delito legitimou a realização da abordagem e das revistas pessoal e veicular.

De outro lado, não se olvide ser dever do policial militar, ao se deparar com situação evidente de estar sendo praticado crime, agir ativamente para contê-lo, concretizando, assim, o *munus* que

Ihe foi constitucionalmente atribuído (artigo 144, §5º, da Constituição Federal)³. De outro modo, é vedado ao policial ignorar possível ocorrência de ilicitude durante o exercício regular de suas funções.

Outrossim, por estarem presentes elementos objetivos da ocorrência de flagrante (fundadas razões), dispensa-se a efetivação prévia de investigações para justificar a abordagem e posterior prisão, não se olvidando ser o tráfico de drogas (nas modalidades *trazer consigo* e *transportar*) crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, encontrando-se o sujeito em estado de flagrância enquanto não cessar a permanência.

Portanto, fica rechaçada a argumentação de prova obtida por meio ilícito, bem como a de prova comprometida pelo vício da ilicitude por derivação, estando superada a questão preliminar.

Passo, doravante, à análise da individualização da pena, objeto de irresignação por parte do Ministério Público.

Na primeira fase, a Meritíssima Autoridade Judicial reconheceu ser o réu portador de **maus antecedentes**, em razão do teor da certidão de fls. 21/28 (condenação definitiva na ação penal nº 0036647-11.2010.8.26.0562, data dos fatos 07/10/2010, trânsito em julgado para defesa em 13/09/2013, com declaração da extinção da pena pelo cumprimento em **18/07/16**).

O Ministério Público, neste ponto, aponta aparente equívoco na valoração da circunstância judicial desfavorável, porquanto deveria a condenação ser reconhecida na segunda etapa como

³ § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

agravante.

Com razão o órgão acusatório.

Dispõe o artigo 64, I, do Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (grifos não originais)

Note-se, portanto, que a contagem do período depurador se inicia na data do cumprimento ou extinção da pena, e, no caso dos autos nº 0036647-11.2010.8.26.0562, a pena foi extinta pelo integral cumprimento em 18 de julho de 2016. Portanto, entre esta data e o cometimento do delito ora em comento (23/01/2020), se passaram cerca de quatro anos, motivo pelo qual esta condenação não estava atingida pelo período depurador, sendo perfeitamente apta a configurar a reincidência do acusado.

E, como é assente, a mesma condenação não pode ser usada para ambos os incrementos de pena (Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça), motivo pelo qual de rigor sua consideração na segunda etapa da dosimetria, nos moldes requeridos pelo *Parquet*.

Assim, fixo as basilares no piso, pois, muito embora poder-se-ia cogitar a valoração da quantidade de droga apreendida (cerca de 10kg), nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, não houve

pedido neste sentido pelo órgão acusatório, tampouco de qualquer outra circunstância judicial.

Ne segunda fase, portanto, reconheço a agravante da **reincidência** (artigo 61, inciso I, do Código Penal), sendo considerada a condenação definitiva nos autos da ação penal nº 0036647-11.2010.8.26.0562. De rigor a manutenção, ademais, da atenuante da **confissão espontânea** (artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal) e a consequente compensação integral, nos exatos limites do recurso ministerial e à luz do Tema Repetitivo 585 do C. Superior Tribunal de Justiça.⁴

Na terceira fase, entendeu o Magistrado de primeiro grau de jurisdição entendeu incidir ao caso a causa de diminuição revista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sobretudo por *“ser hoje tecnicamente PRIMÁRIO e inexistir de prova de que se dedicasse a atuação em organizações criminosas, reduzindo-se a pena acima em 3/5 (três-quintos), descendo assim ao patamar de 02 (dois) ano de reclusão, e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa”* (fl. 352).

Em relação à esta fase da dosimetria penal, insurge-se o membro do Ministério Público pugnado seja afastada a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.323/06, visto ser o acusado pessoa reincidente, com razão.

De fato, inviável a aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, motivo pelo qual a r. sentença comporta modificações. Isto porque, nos exatos termos do

⁴ Tema Repetitivo 585: É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

referido dispositivo normativo, o denominado “*tráfico privilegiado*” pode ser reconhecido quando verificada a primariedade do agente, seus bons antecedentes, além da ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa.

E, no caso vertente, não foi observada a primariedade do réu, conforme pormenorizado nas primeiras fases da individualização da pena. Logo, ausentes os requisitos previstos no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, de rigor o afastamento da causa de diminuição de penas, assim como postulado pelo *Parquet*. Nesse sentido, converge a jurisprudência deste Egrégio Tribunal Bandeirante:

Tráfico de Drogas – Absolvição inviável, assim como a desclassificação do crime – Testemunhos seguros e convincentes – Apelante surpreendido em posse de porções de maconha para destinação alheia – Condenação mantida – Dosimetria – Pena-base fixada acima do mínimo legal considerada maior culpabilidade pelo comércio intermunicipal – Reincidência bem configurada que foi compensada pela menoridade relativa – Privilégio inaplicável por expressa vedação legal – Regime fechado necessário – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Criminal 1500475-54.2023.8.26.0169; Relator (a): André Carvalho e Silva de Almeida; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Duartina - Vara Única; Data do Julgamento: 15/01/2025; Data de Registro: 15/01/2025) (grifos não originais).

Apelação Criminal – TRÁFICO DE ENTORPECENTE
Conjunto probatório que inviabiliza o reconhecimento da tese de absolvição. Depoimentos de policiais. Necessidade de prestigiar os testemunhos dos agentes públicos, mormente quando não há razão para infirmá-lo. Circunstâncias da prisão – Reprimenda. Redução. Possibilidade. Pena-base. Afastamento das circunstâncias

judiciais. Pequena quantidade de drogas. Maus antecedentes. Condenações por posse de drogas não configura a circunstância. Entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça. Negativa de incidência do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas. Acusado que não preenche os requisitos legais. Dedicção à prática de atividades ilícitas e reincidência – Regime fechado. Adequação. Quantidade de pena e reincidência – Justiça Gratuita. Deferimento. Alegação de hipossuficiência – Apelo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1500525-21.2024.8.26.0630; Relator (a): Rachid Vaz de Almeida; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Bárbara d'Oeste - 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/01/2025; Data de Registro: 15/01/2025) (grifos não originais).

Têm-se como definitivas, portanto, as penas estabelecidas em **05 (cinco) anos de reclusão** e ao **pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, no valor unitário mínimo.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, nos termos requeridos pelo órgão acusatório, em conformidade com os critérios legais dispostos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, observando-se ser o réu reincidente. Por idênticas razões, ademais, inviáveis a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos e a suspensão condicional da penal.

Pelo exposto, **REJEITO A PRELIMINAR** e, por conseguinte, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo e, concomitantemente, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial a fim de (i) reconhecer a reincidência do réu e (ii) afastar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, assim: condenar o apelado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Para fins do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, considero prequestionada toda a matéria suscitada pela parte recorrente e eventualmente não apreciada, consignando-se, ainda, em consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que *“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.”*. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região -, Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Christiano Jorge
Relator