



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000288542

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500734-52.2021.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que são apelantes FLAVIO RODRIGUES DA SILVA e ROSELI SILVA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso de Flavio Rodrigues da Silva e deram parcial provimento ao recurso de Roseli Silva Santos, reduzida a pena para um ano e onze meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 194 dias-multa, no piso, convertida a pena corporal em restritiva de direitos na forma exposta, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente), NUEVO CAMPOS E RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

FRANCISCO BRUNO

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal n.º 1500734-52.2021.8.26.0126

Vara Criminal de Caraguatatuba

Apelantes: Flavio Rodrigues da Silva e Roseli Silva Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juiz Sentenciante: Júlio da Silva Branchini

Relator Des. Francisco Bruno

Voto n.º 47.129

Apelação. Tráfico ilícito de entorpecentes. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação correta; penas, porém, a merecer reparos em relação à corrê. Aplicação do benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e fixação do regime aberto adequados. Regime fechado mantido em relação ao corrêu. Provimento parcial ao recurso de Roseli, improvido o de Flavio.

Acrescenta-se ao relatório da r. sentença de fls. 207/216 que a ação penal foi julgada procedente, condenados os réus Roseli Silva Santos e Flávio Rodrigues da Silva, às penas de cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 583 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Apelam os réus. Roseli pede a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime menos gravoso (fls. 218/221).

Flávio requer, em síntese, a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, o reconhecimento da atipicidade da conduta (fls. 254/260).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 269/274).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não

provimento (fls. 286/296).

É o relatório.

Segundo se apurou, no dia em data anterior ao dia 07 de março de 2021, Roseli Silva Santos, agindo em concurso e unidade de desígnios com seu filho Flávio Rodrigues da Silva, adquiriu e guardou em sua residência, situada na Rua Raimundo Fernandes Vaz, nº 91, Perequê Mirim, na cidade e comarca de Caraguatatuba, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 4 invólucros contendo 7,57g de *cocaína* e 7 invólucros contendo 22,32g de maconha.

Consta, ainda, que Roseli Silva Santos ocultou e remeteu via Sedex os referidos entorpecentes para o Centro de Detenção Provisória de Caraguatatuba, sito à Estrada Pirassununga, 500, Rio Claro, na cidade e Comarca de Caraguatatuba, tendo como destinatário da encomenda o detento Flávio Rodrigues da Silva.

A materialidade está devidamente demonstrada pelo boletim de ocorrência de fls. 08/10, pelo auto de exibição e apreensão de fl. 11, pelo auto de constatação preliminar de fls. 27/29, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 30/32 e pelas demais provas produzidas.

O réu Flávio, na fase policial, disse que foi informado por sua genitora sobre uma encomenda que havia sido enviada à residência dela. Afirmou que pediu para sua mãe enviar a encomenda, sem ter conhecimento de seu conteúdo, acreditando que se tratava de algo enviado por algum amigo "*querendo o seu bem*", especialmente porque, semanas antes, cinco amigos haviam saído do pavilhão. Negou ser usuário de drogas, possuir envolvimento com o tráfico ou qualquer facção criminosa. Ressaltou que foi a primeira vez que uma encomenda contendo entorpecentes foi destinada a ele e que ficou surpreso com a ocorrência. Afirmou, ainda, que nunca pediu para que enviassem entorpecentes em seu nome (fl. 86). Em Juízo, manteve a negativa. Asseverou que um amigo enviou os

produtos, mas não tinha conhecimento de que os entorpecentes estavam incluídos. Ressaltou que, em decorrência de jogos de futebol, os detentos costumavam apostar “Sedex” e que esses pacotes também eram enviados aos seus “parceiros”, prática que era comum (mídia).

A acusada Roseli, mãe do corréu Flávio, informou que recebeu em sua residência uma pequena caixa, tendo ela como destinatária e o corréu como remetente. Ao abrir a encomenda, constatou que continha uma goiabada, dois *prestobarbas*, dois sabonetes, duas pastas de dente, bolachas água e sal, bem como uma garrafa de *Gatorade* com creme corporal. Acreditou que a caixa havia sido enviada por engano, contudo, durante uma visita ao corréu, ele mencionou a chegada da encomenda e descreveu o conteúdo, mencionando que os itens tinham sido enviados pelo parente de um outro detento, em razão de apostas que faziam durante os jogos de futebol. Disse que o corréu a orientou que colocasse os referidos itens em uma caixa maior e os enviasse junto com os outros pertences que ela já planejava encaminhar. Afirmou que, sem desconfiar de nada, seguiu as orientações do corréu, transferindo os itens para uma caixa maior e realizou o envio ao CDP, utilizando seu nome e endereço, sem saber da existência de entorpecentes na garrafa de *Gatorade*, pois não abriu as embalagens. Negou qualquer envolvimento com tráfico de drogas (fl. 34). Em juízo, negou os fatos. Disse que recebeu uma caixa, pelos correios, constando como remetente o corréu Flávio, seu filho. Disse que, após questionar o corréu sobre a caixa recebida, ele afirmou eram produtos de higiene, que foram enviados pela família de outro detento, pois havia ganhado em uma aposta no jogo de futebol. Ressaltou que não abriu os produtos e encaminhou para o corréu, sem saber que havia entorpecentes no seu interior (mídia).

A testemunha Cristiane Silva Santos declarou que encaminhou a correspondência, porém não tinha conhecimento sobre o conteúdo da caixa (mídia).

A testemunha Maria Aparecida Ferreira Souza afirmou que a acusada recebeu a correspondência em seu endereço, mas não verificou o conteúdo,

demonstrando surpresa ao receber a caixa (mídia).

A testemunha José Aparecido Bonfim, agente penitenciário, declinou que, ao realizarem a entrega de correspondências aos presos, abriram uma caixa do tipo *Sedex* endereçada ao réu, na presença dele. Relatou que, ao inspecionar o conteúdo, encontraram uma garrafa de *Gatorade* contendo creme corporal e, ao esvaziá-la, localizaram invólucros com substâncias aparentando ser entorpecentes. Afirmou que os invólucros continham substâncias com características de maconha e cocaína, que foram encaminhados à Delegacia de Polícia. Esclareceu que o réu nada declarou sobre o ocorrido e que a remetente da encomenda era a genitora dele, a corré Roseli (fl. 13 e mídia).

Como se vê, a condenação dos acusados era mesmo de rigor.

Dos relatos do agente penitenciário, firmes em apontar o encontro de porções de entorpecentes ocultas no interior de uma garrafa de *Gatorade*, enviada pela acusada Roseli, por meio de *Sedex* endereçado ao corréu Flávio, extrai-se a certeza da autoria delitiva.

Eventual alegação de que a decisão estaria baseada na palavra do agente penitenciário responsável pela apreensão da droga, além de incorreta, não seria suficiente para desacreditá-lo, à falta de outros elementos que ao menos indicassem qualquer interesse em incriminar o réu.

Não se pode presumir que agentes públicos, no desempenho de suas funções, tenham que adotar conduta diversa da natural apenas com o intuito de justificar as suas ações.

A finalidade de entrega ao consumo de terceiros é revelada pelas circunstâncias da apreensão, 4 porções de cocaína (7,57g) e 7 porções de maconha (22,32g), ocultas no interior de uma garrafa que estava acondicionada entre itens de higiene pessoal, destinadas ao apelante.

A versão apresentada pelos acusados, no sentido de que não sabiam da existência dos entorpecentes, não merece credibilidade, pois não possui qualquer fundamento convincente e foi contrariada, com segurança, pela prova dos autos.

Não é demais anotar, ainda, que não é necessário, para a caracterização do delito, que o agente seja surpreendido no exato momento em que fornece materialmente a droga a terceira pessoa, bastando circunstâncias seguras de que para tanto se destina o tóxico com ele encontrado.

Outrossim, respeitado entendimento da combativa defesa, não é possível o reconhecimento da atipicidade conduta.

Afirma a defesa do corréu Flávio que, considerando a quantidade de entorpecentes apreendidos, deve-se presumir que a droga se destinava ao consumo pessoal, pleiteando a absolvição do réu com fundamento na decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 635.659, sob o rito da Repercussão Geral (Tema 506).

O precedente invocado pela Defesa é expresso ao delimitar que será presumidamente usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa*.

No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal cuidou de esclarecer que a presunção mencionada possui caráter relativo e poderá ser elidida quando existirem elementos que indiquem o intuito de mercancia.

No presente caso, o Tema 506 do STF não se mostra aplicável, haja vista a variedade de entorpecentes apreendidos, quais sejam, 7,57g de cocaína e 22,32g de maconha. Destaca-se, ainda, que a cocaína, substância de maior potencial lesivo, não está abrangida pela tese firmada no referido precedente.

Ademais, as circunstâncias que envolveram o delito evidenciam, extreme de dúvidas, a prática da mercancia ilícita pelos acusados, sendo insuficiente a mera quantidade da droga para descaracterizar o dolo de mercancia, especialmente diante do contexto probatório dos autos, como já mencionado.

Por fim, a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da mencionada lei decorre da prática do tráfico no interior de estabelecimento prisional.

De rigor a condenação, passo à dosimetria.

As penas-base, para ambos os acusados, foram fixadas em seus

patamares mínimos.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes.

Em seguida, pelo reconhecimento da causa de aumento (art. 40, III, da Lei de Drogas), as penas foram majoradas em 1/6, resultando em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Após, entendeu o digno sentenciante que os réus não fazem jus ao benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em razão da significativa quantidade de entorpecentes, destinados tráfico dentro de um estabelecimento prisional e, quanto ao réu Flávio, mesmo estando preso preventivamente, continuou se dedicando ao comércio espúrio, a indicar a razoável dedicação a atividades criminosas.

A meu ver, realmente, não há que reconhecer a referida causa de diminuição de pena em relação ao acusado Flávio.

O redutor especial da Lei de Drogas tem impacto no aspecto volumétrico da pena, mas é um efeito reflexo. Tal benesse se apoia na avaliação meritória do réu, isto é, o mau antecedente e a reincidência são sopesados como balizas sociais e comportamentais; daí porque não são tomados *per se*, mas sim como elemento a evidenciar se é o acusado o traficante de “primeira viagem” tutelado pelo dispositivo (a “primeira viagem”, aqui, deve ser vista como a primeira incursão criminosa, não necessariamente no tráfico).

Seguindo este raciocínio, os processos em andamento, bem como as medidas socioeducativas por ato infracional, são reveladores da existência de envolvimento com práticas criminosas. Neste sentido:

“Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Súmula 691/STF. Dosimetria da pena. Tráfico privilegiado. Fatos e provas. Inquéritos e ações penais em andamento. Atividades criminosas. Afastamento. Possibilidade. (...) Segundo precedentes desta Corte, a existência de 'inquéritos policiais pode configurar o envolvimento em atividades criminosas, para os fins do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (HC 132.423, Rel. Min. Alexandre de Moraes). Ainda nessa linha: HC 202.250, Rel. Min. Dias Toffoli; e HC 108.135, Rel. Min. Luiz Fux. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 204946 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª T., j. 23/11/2021, DJe 07/12/2021)

"*In casu*, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte." (HC 108135, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 05/06/2012, DJe 26/06/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. FIXAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) A existência de outros processos criminais contra o Acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06. 3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 232.513/AL, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/8/2013, DJe de 23/8/2013.)

O réu respondia a outro processo por roubo qualificado tentado, pelo qual se encontrava preso preventivamente, feito em que acabou condenado (fls. 163/164), ou seja, é fora de dúvida razoável de que não se trata de um criminoso neófito. Deve ser mantida, portanto, a vedação à aplicação do redutor e a pena se estabiliza em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no piso.

Por outro lado, respeitados entendimentos contrários, entendo que a corrê Roseli faz jus à causa de diminuição referida, visto que é primária e de bons antecedentes, a quantidade de drogas apreendidas não é expressiva, bem como não há indicação concreta de que dedicasse ao comércio espúrio, razão pela qual, reduz a pena em 2/3 (dois terços). As penas passam a perfazer, portanto, um ano e onze meses de reclusão e 194 dias-multa, no piso.

Preenchidos os requisitos legais para a corrê Roseli, de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da corporal, e mais 10 dias-multa, no mínimo.

O benefício é compatível com as circunstâncias do caso em questão,

que não apresenta contornos de gravidade diferenciada, e com as condições pessoais favoráveis da acusada, que é primária e de bons antecedentes.

Ainda com relação à corré Roseli, quanto ao regime a ser fixado para eventual cumprimento da sanção corporal, deve ser o aberto. O Pleno do STF decidiu que *"O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.313/06) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos."* (HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016). Assim, afastada a hediondez, o tráfico dito privilegiado comporta livre fixação de regime, inclusive o mais brando.

Quanto ao acusado Flávio, o regime prisional fixado, o inicial fechado, é o único adequado, mostrando até mesmo ele incapaz de frear o afã criminoso do réu, que em pleno cumprimento de pena, aventurou-se, novamente, na prática delituosa. As circunstâncias concretas do caso demandam maior rigor para absorção da terapêutica penal.

Pelos mesmos motivos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, não só pela pena fixada, como por se mostrarem insuficientes e inadequadas para prevenção e reprovação do delito.

As súmulas 718 e 719 do E. STF e súmula 440 do E. STJ, frequentemente invocadas, são expressas em vedar a fixação de regimes mais gravosos do que os juridicamente possíveis mais brandos de maneira genérica ou com base na convicção íntima do julgador. Aqui, não é o caso, pois a gravidade se lastreia nos fatos em si, como ficou bem demonstrado.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJ 08.05.2006, Página 24).

Pelo exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso de Flavio

Rodrigues da Silva e **dá parcial provimento** ao recurso de Roseli Silva Santos, reduzida a pena para um ano e onze meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 194 dias-multa, no piso, convertida a pena corporal em restritiva de direitos na forma acima, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

FRANCISCO BRUNO
Relator