



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000295977

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500928-85.2024.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante FABIANO CHUMANN DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, rejeitaram as preliminares arguidas e deram provimento parcial ao recurso Defensivo, nos termos que constarão do acórdão**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 27 de março de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 13.206

APELAÇÃO nº 1500928-85.2024.8.26.0081

COMARCA: Adamantina - 2ª Vara Judicial

APELANTE: Fabiano Chumann dos Santos

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela defesa de Fabiano Chumann dos Santos contra sentença que o condenou por tráfico de drogas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) nulidade das provas por ausência de autorização judicial e (ii) absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação da conduta para uso pessoal.

III. Razões de Decidir

3. A natureza permanente do crime de tráfico de drogas justifica a ação policial sem mandado, configurando flagrante delito.

4. A quantidade e circunstâncias da apreensão das drogas indicam tráfico, não sendo cabível a desclassificação para uso pessoal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Rejeitam-se as preliminares e dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para um ano e oito meses de reclusão, mantendo-se a condenação por tráfico de drogas.

Tese de julgamento:

1. A natureza permanente do tráfico de drogas justifica a ação policial sem mandado.

2. A quantidade de droga e circunstâncias da apreensão indicam tráfico, não uso pessoal.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 5º, XI; Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput; CPP, art. 244.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no HC 685.437/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, j. 28/09/2021; STJ, HC 290.619/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 12/12/2014.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de **FABIANO CHUMANN DOS SANTOS** contra a r. sentença de fls. 219/233, que o declarou incurso no artigo 33, “caput” c.c. § 4º, da Lei nº 11.343/2006, condenando-o à pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade e prestação pecuniária consistente no pagamento de 03 (três) salários-mínimos.

Nas razões de seu recurso, a Defesa do réu arguiu, preliminarmente, a nulidade das provas obtidas em razão da ausência de autorização judicial e fundadas razões que originaram a abordagem policial e a busca domiciliar. No mérito, requereu a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, postulou a desclassificação da conduta para o artigo 28, da Lei de Drogas; a fixação da pena-base no mínimo legal; o reconhecimento da confissão; a redução do valor da prestação pecuniária e a devolução do valor apreendido (fls. 248/289).

O recurso foi recebido tendo sido apresentadas contrarrazões (fls. 292/298).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou às fls. 306/320.

É o relatório.

Ab initio, a alegação de falta de mandado de busca e apreensão, autorização do réu ou justa causa para a entrada dos policiais militares na residência do acusado não tem o condão de desnaturar a validade das diligências efetuadas, diante da natureza permanente do crime de tráfico de drogas e, consequentemente, da notória existência do estado de flagrância, justificador da ação dos agentes estatais.

Não há que se cogitar de nulidade, pois nos casos de crimes permanentes, a hipótese é de legítimo flagrante, sendo incabível reconhecer-se a ilicitude da prova.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. INTELIGÊNCIA POLICIAL. ATITUDE SUSPEITA DO AGENTE. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESPROPORÇÃO ENTRE A CUSTÓDIA E O QUANTUM DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. os termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. A busca pessoal é legítima se amparada em

fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto (...)” (AgRg no HC 685.437/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021).

“HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. TESE DE INOCÊNCIA. REEXAME DE PROVAS INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi preso em flagrante delito na posse de 01 (uma) porção de "maconha" e 04 (quatro) porções de "haxixe", tendo sido encontrados, ainda, em sua residência, "cocaína", uma balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao tráfico. 2. Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente. 3. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal. 4. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do

Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida. 5. A apreciação da tese de inocência do Paciente demanda, inevitavelmente, o reexame da matéria fático-probatória, o qual, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ. 6. Ordem denegada” (STJ – 5ª Turma, Habeas Corpus nº 222.173/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Como é sabido, a prisão em flagrante é uma exceção constitucional à exigência de prévia ordem escrita da autoridade judiciária para ingresso em domicílio alheio, sendo fundada na urgência em fazer cessar a prática de crime.

No caso dos autos, houve informação dando conta de que o réu estaria praticando o crime de tráfico de drogas. Ato contínuo, os policiais efetuavam patrulhamento quando visualizaram o carro do acusado em frente a um bar. Em seguida, viram que o motorista do carro entregou algo para um rapaz que estava em frente ao estabelecimento e, após fazer a entrega, o automóvel saiu do local. Os policiais foram em direção ao carro para efetuar a abordagem, deram ordem de parada e, em revista pessoal localizaram duas porções de “cocaína” bem como quantia em dinheiro. Questionado, o réu afirmou ser usuário e disse que havia mais uma porção de droga em sua residência. Note-se que já configurado assim, situação de flagrante delito, que excepciona a regra da inviolabilidade domiciliar. De se mencionar que segundo as testemunhas policiais, na residência do réu, a entrada foi franqueada por sua irmã e genitor e na revista domiciliar, localizaram uma porção de “cocaína” não fracionada e uma balança de precisão. Contudo, mesmo que a entrada não tivesse sido autorizada pelo

genitor e pela irmã do acusado, é salutar mencionar que ele já havia sido flagrado na posse de entorpecentes em via pública, ou seja, os policiais realizaram a diligência no imóvel quando o acusado já estava preso em situação de flagrante delito.

A narrativa dos fatos deixa evidente, portanto, que os policiais tinham fundadas razões para a realização do ingresso, que acabou sendo bem-sucedida.

Destarte, tratando-se de tráfico de drogas, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, e assim, a busca domiciliar que culminou com a prisão do paciente, mantendo em depósito drogas, não constitui prova ilícita, eis que evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (STJ - HC 290.619/SP, Ministro Felix Fischer, DJe 12/12/2014).

Também não há que se falar na existência de nulidade decorrente de ausência de fundada suspeita para a abordagem e busca pessoal.

Isto porque, dispõe o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal, que se procederá à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos, que consistem em coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação, contrafação, objetos falsificados ou contrafeitos, armas, munições, instrumentos destinados à

prática de crimes ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, cartas dirigidas ao acusado cujo conteúdo possa elucidar o fato criminoso e qualquer outro elemento de convicção.

Por suspeita fundada, entende-se aquela amparada por elementos concretos, e não meramente subjetivos, que possam ser objetivamente expostos de forma a demonstrar, racionalmente, a proporcionalidade da medida, bem como a necessidade premente de se relativizar os direitos fundamentais à intimidade e privacidade em prol da utilidade da persecução criminal.

É conceito básico que as instituições de segurança elencadas de forma taxativa nos incisos I a VI, do caput, do art. 144, da Constituição Federal, poderão, nos termos do art. 244, do Código de Processo Penal, fazer busca pessoal, independente de mandado quando houver fundada suspeita. Logo, as forças policiais não necessitam de mandado para busca pessoal. Ressalte-se que o crime em questão figura entre aqueles classificáveis permanentes, que caracterizam estado de flagrância.

No caso em análise, policiais militares receberam informação de que o réu estaria praticando o tráfico de drogas. Visualizaram o carro do acusado parado em frente a um bar e condutor entregando algo para um rapaz, saindo do local em seguida. Ato contínuo, os policiais foram no encalço do automóvel, deram ordem de parada e efetuaram a abordagem do réu, a qual culminou com o

encontro de porções de drogas e quantia em dinheiro.

Desta forma, diante da atitude do acusado, o qual entregou algo para um rapaz em frente ao bar e, em seguida deixou o local, levando em consideração que havia informação que ele estaria praticando o tráfico de drogas, não há que se falar em ausência de fundada suspeita para realização da abordagem policial, patente a presença da situação autorizadora do ato.

Assim, por todos os ângulos de análise, constata-se que os mencionados pedidos de cunhos preliminares não podem prosperar, não havendo que se falar em nulidade baseada na “teoria dos frutos da árvore envenenada” e em suposta violação aos artigos 157 do Código de Processo Penal, afastando-se assim as preliminares arguidas, passando-se a análise do mérito.

Consta da denúncia que, no dia 13 de julho de 2024, por volta das 14h10, na Rua Benedito Caldas da Rocha, n. 02, Jardim Primavera, na cidade e comarca de Adamantina, FABIANO CHUMANN DOS SANTOS trazia consigo 02 invólucros, contendo 1,24g de “Erythroxylum Coca L”, droga vulgarmente conhecida como “cocaína”; bem como, na Rua Cedro n. 151, bairro Itapus, guardava/mantinha em depósito, 01 invólucro contendo 11,68 de “Erythroxylum Coca L”, droga vulgarmente conhecida como “cocaína”, tudo para entrega a consumo de terceiros e sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), pelo boletim de ocorrência (fls. 10/13), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 15/16), pelo laudo pericial (fls. 20/24), pelas fotografias (fls. 27/31), pelos laudos de exame químico-toxicológicos (fls. 119/121 e 122/125) – os quais apontaram o caráter entorpecente das substâncias apreendidas, bem como pela prova ora oral colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A autoria, por sua vez, é inconteste e recai seguramente sobre o réu.

O réu **Fabiano Chumann dos Santos**, ouvido em juízo, negou a prática do delito. Declarou que, na data dos fatos, passou na conveniência para pegar cerveja e, quando saiu do estabelecimento, foi abordado pelos policiais. Afirmou que trazia consigo dois papелotes de “cocaína”, que se destinavam a seu uso pessoal. Relatou que é usuário de entorpecentes e que não disse aos policiais que havia mais drogas em sua residência. Asseverou que foi levado à sua casa sem sua autorização e não havia ninguém no local. Esclareceu que permaneceu em frente da casa com um policial, enquanto o outro entrou na residência. Salientou que, em seguida, sua irmã e seu genitor chegaram ao local. Disse que a droga encontrada em sua casa não lhe pertence. Contou que o dinheiro encontrado consigo é proveniente de seu trabalho, eis que fabricava bolas de vôlei e futebol de EVA. Asseverou que não permitiu a entrada dos policiais em sua residência e que não viu a droga, tampouco a balança de precisão (mídia SAJ).

Malgrado a aludida versão exculpatória, desprovida de qualquer adminículo probatório, restara frágil e precária, nessa linha de raciocínio, a prova produzida no sentido de sua não incriminação, especialmente porque, frise-se, não trouxera qualquer álibi que lhe aproveite, conforme se lhe competia, nos termos do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal.

De resto, a versão delineada pelo acusado em pretório pretendendo a abstração da comprovada empreitada delituosa, vai de encontro ao restante da prova oral analisada, sendo certo que não resiste a uma análise mais acurada dos fatos em comento, não havendo um único componente idôneo de persuasão racional apto a contestá-la.

Por seu turno, os policiais militares **Fabiano Alves da Silva e Natanael Matheus de Campos Júnior**, ouvidos em juízo, declararam que receberam informações no grupo de “WhatsApp” dos policiais, dando conta que o réu estaria traficando e utilizava um veículo Kadet, de cor prata. Afirmaram que, na data dos fatos, visualizaram o carro do acusado em frente a um bar e, em seguida, viram o motorista do veículo entregando algo para um rapaz que estava em frente ao bar. Relataram que, após fazer a entrega, o automóvel saiu do local imediatamente. Ato contínuo, efetuaram a abordagem e localizaram, na carteira do acusado, dois invólucros de “cocaína” e a quantia de novecentos reais em dinheiro. Questionado, o réu disse que havia mais droga em sua residência. Foram até o imóvel onde o genitor e a irmã do acusado autorizaram sua entrada. Contaram que o réu apontou o local onde estava o entorpecente e lá localizaram também uma balança de precisão. Narraram que, para ingressar na residência, foi gravada a

autorização da irmã do acusado, bem como o genitor do réu assinou uma declaração (mídia SAJ).

Ressalta-se, por oportuno, que policiais civis e militares, bem como guardas municipais e agentes penitenciários não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o réu, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação. A esse respeito, inclusive, é entendimento da jurisprudência que:

“a prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (STF, HC 74.522, in D.J. 13/12/1996);

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecente e receptação – Condenação – Depoimento de delegados de polícia que atestam a apreensão da substância entorpecente com o acusado e as circunstâncias das investigações – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, especialmente quando prestadas em juízo, sob a garantia do contraditório, não se

podendo desqualificá-lo somente em razão de sua condição profissional” (Apelação Criminal nº 990.08.052356-2, 4ª. Câmara Criminal, Rel. Salles Abreu, j. 28/4/2009).

E o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes.3. Habeas corpus não conhecido” (HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014).

A informante **Daiane Oliveira dos Reis**, ex-esposa do réu, ouvida em juízo, disse que ele é um bom pai, paga a pensão mensalmente. Contou que já viu o acusado usando droga, mas não traficando (mídia SAJ).

A testemunha **Erlene de Souza Oliveira**, ouvida em juízo, disse que seu marido é amigo do réu e ficou sabendo que ele foi preso depois de ter ido à sua loja de conveniência. Esclareceu que nunca viu atitude suspeita por parte do acusado e nunca o viu usando drogas ou sob o efeito de drogas (mídia SAJ).

O informante **José Carlos dos Santos**, genitor do réu, ouvido em juízo, declarou que, na data dos fatos, estava em casa e soube que o acusado havia sido abordado por policiais. Ato contínuo,

foi ao local dos fatos, mas o réu já não se encontrava lá. Esclareceu que, quando chegou em sua casa os policiais já estavam lá, sendo que o réu estava no quintal com um policial e as buscas já estavam acontecendo. Asseverou que não viu entorpecentes ou balança de precisão. Informou que reconhece a assinatura de fls. 32 e foi orientado a assinar o documento porque tinha acompanhado as buscas. Salientou que antes dos fatos o réu fazia bolas e agora trabalha em uma usina. Afirmou que sabe que o acusado é usuário de drogas (mídia SAJ).

A informante **Flaviane Chumann dos Santos**, irmã do réu, ouvida em juízo, contou que, quando chegou em casa, os policiais já estavam no interior do imóvel. Disse que o acusado estava na área da casa com um policial, enquanto o outro policial estava no interior da residência. Esclareceu que o réu é usuário de “cocaína”, fazia bolas e agora trabalha em uma usina. Asseverou que os policiais disseram que fariam um vídeo para dizer que a declarante e seu pai acompanharam as buscas (mídia SAJ).

Cumprе ressaltar que não é indispensável que os policiais efetivamente vissem o ato de mercancia de substância ilícita para que se configurasse o tráfico de drogas.

No caso dos autos, os policiais afirmaram que, foram informados, através do grupo de WhatsApp dos policiais, que o réu, proprietário de um veículo Kadet, de cor prata, estava traficando. Ato contínuo, visualizaram o referido automóvel em frente a um bar e, em seguida, viram o condutor do carro entregando algo para um rapaz

que estava em frente ao bar e deixar o local rapidamente. Os policiais efetuaram a abordagem e localizaram com o acusado duas porções de droga, bem como a quantia de R\$920,00 (novecentos e vinte reais) em dinheiro. Questionado o acusado disse havia mais uma porção de droga em sua residência. Esclareceram que foram até a casa do acusado e, em revista ao local, encontraram uma porção de “cocaína”, ainda não fracionada, pesando 11,68 gramas, bem como uma balança de precisão.

Importante ressaltar que, ao contrário do que alegou a Defesa do réu, a entrada dos policiais foi devidamente autorizada, conforme se pode constatar da declaração do genitor do réu, acostada à fl. 32 e a gravação acostada à fl. 46.

Como se vê, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o réu trazia consigo e guardava as drogas apreendidas pelos policiais militares. A quantidade de entorpecente encontrada (três porções de “cocaína”), o fato de que havia informações de que o réu estava traficando, o fato de parte das drogas estarem embaladas prontas para o consumo, além do encontro de quantia em dinheiro cuja origem lícita não foi comprovada e de uma balança de precisão, evidencia com segurança que as substâncias ilícitas se destinavam à traficância.

No mais, ressalte-se que a quantidade da droga é considerável, não se podendo, no caso presente, descartar de forma simplista a ocorrência do tráfico de drogas, pois as provas convergiram para o delito, aliadas às circunstâncias já descritas, descartando de forma sólida, a mera alegação de usuário de entorpecentes, não havendo que se

cogitar de absolvição, tampouco de desclassificação da conduta para o artigo 28, da Lei de Drogas.

Outrossim, mesmo em se admitindo hipoteticamente, *ad argumentandum*, como verdadeiro o fato do réu ser usuário de drogas, conforme alegado por ele, isto não significa, evidentemente, que não traficasse. É notório que, frequentemente, os traficantes também usam drogas. Ademais, não foi encontrado no local qualquer petrecho destinado ao consumo de drogas.

Nada há, enfim, que enfraqueça o valor probatório dos detalhados depoimentos dos policiais militares.

Inviável, por tudo que se expôs, a absolvição do réu, ou a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, já que sua atitude se coaduna, perfeitamente, com a figura delitiva prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

E não é demais lembrar que os atos de trazer consigo e guardar entorpecentes em tais condições já estão mencionados no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 como caracterizadores do crime previsto em tal dispositivo.

É o que basta para a condenação por tráfico, conforme demonstra o seguinte julgado:

"O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância" (TJSP - ac 6.635 - Rei. Onei Raphael - RJTJSP 70/371).

Destarte, ressalte-se que resta claro e notório a conduta do réu amoldada ao tipo penal do artigo 33 “caput” da Lei 11.343/2006, não havendo nos autos, nenhum indicativo que ele seja apenas usuário de drogas. Aliás, não é incomum que pessoas que efetuem o comércio de drogas, também façam uso delas, não excluindo assim, o reconhecimento da conduta típica do tráfico, para a manutenção inclusive do vício.

Assim, pese o empenho da Douta Defesa, não há que se falar em absolvição ou, desclassificação, mormente pelo fato de as provas coligidas nos autos serem robustas o suficiente para dar forma à condenação, bem como, serem fundadas num conjunto probatório forte e sólido, respaldado não tão somente nos depoimentos das testemunhas, mas em todo o ameadado no curso processual.

Diante de elementos de convicção que tais, não resta dúvida de que o proceder do acusado se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito como tráfico de entorpecentes, sendo sua condenação quanto a esse delito medida criteriosa que se impõe, já que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou o isentem de pena.

Portanto, deve ser mantida a condenação do réu pelo crime previsto no aludido artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, passando-se a análise da pena imposta.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o Juiz sentenciante assim fixou a pena-base: *“Atendendo ao que dispõe o artigo 59, do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, verifica-se que a quantidade de droga apreendida em poder do Réu não é elevada (11,68 gramas de cocaína e 1,24 gramas de cocaína), não justificando a elevação da pena base. Não houve diversidade de drogas. Contudo, a elevação da pena se justifica em razão da natureza da droga por se tratar de substância altamente lesiva e viciante, diferenciando-se, assim, de outras substâncias que não têm especial potencial de adição ou especial lesividade. [...] Desta forma, em razão de uma dentre as dez circunstâncias judiciais pesarem contra o réu, fixo a pena base em 06 anos de reclusão e, por simetria, pagamento de 600 dias-multa”* (fls. 231/232).

Assim, no caso vertente, na análise da pena basilar, deve ser observado, além das circunstâncias judiciais previstas

no art. 59 do Código Penal, o exposto no art. 42 da Lei de Drogas, o qual dispõe que: *“O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”*.

Cumpre ressaltar que não há no ordenamento jurídico pátrio lei que estabeleça frações específicas para exasperação da pena, de modo que a dosagem fica a critério subjetivo do juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, de acordo com as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

No entanto, em que pese a natureza altamente viciante da droga apreendida, a quantidade encontrada em poder do réu (11,68 gramas e 1,24 gramas de cocaína), não justifica a sua majoração nesta fase, eis que a conduta do acusado, ao trazer consigo e ter em depósito essa quantidade de entorpecentes, não extrapolou a normalidade da conduta delitiva prevista no tipo penal do *caput*, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não ensejando maior reprovabilidade, a justificar a exasperação aplicada.

Além disso, como bem ressaltou o Juízo “a quo”, o réu não ostenta maus antecedentes (fls. 57/58).

Deste modo, adequada se mostra a fixação da pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes ou circunstâncias atenuantes, visto que, ao contrário do que alegou a Defesa, o réu não confessou a prática do delito, não havendo, portanto, que se falar em reconhecimento da atenuante da confissão. Na terceira fase, ausentes causas de aumento, mas presente a causa de diminuição descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

De fato, era o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, porque, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto do Superior Tribunal: *"Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida"* (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 11/6/2019).

Ademais, a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Referidas condições devem ser cumpridas cumulativamente para fins de concessão do benefício.

Quanto à dedicação do agente às atividades criminosas voltadas ao tráfico de entorpecentes deve fundar-se em elementos concretos, não se admitindo que o afastamento do tráfico privilegiado seja baseado isoladamente na natureza, quantidade ou nocividade das drogas apreendidas.

Assim, considerando que o réu é primário, tem bons antecedentes e não ficou comprovada sua dedicação a atividades ou sua participação em organização criminosa, deve ser mantida a benesse do tráfico privilegiado.

Frise-se que artigo em comento trata da figura do traficante “privilegiado”, também chamada de “tráficação menor” ou “tráficação eventual”, na qual se estabelece a redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, requisitos estes cumulativos, o que se evidenciou no caso concreto.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIAS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. (...)” (EResp 1431091 / SP EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2014/0015576-0, Relator Ministro, FELIX FISCHER, j. 14/12/2016) (Informativo 596, STJ, 1º de março de 2017) – grifei.

Com efeito, deve ser mantida a redução da reprimenda em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), perfazendo o montante definitivo de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, observa-se que o réu é primário, não havendo nos autos notícia de que integre organização criminosa, tanto que se entendeu ser viável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. É sabido que para a fixação do regime prisional, deve ser levado em consideração o disposto nos arts. 33 e 68, ambos do Código Penal, além do decidido pela 6ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 596.603/SP, de Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, decisão que somente afastou o regime fechado para o denominado tráfico privilegiado.

Na presente hipótese, as circunstâncias do caso concreto e a quantidade de pena imposta, justificam a aplicação do regime aberto para cumprimento da reprimenda imposta, nos exatos termos do disposto no artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de três salários mínimos.

Deveras, não merece acolhimento ainda, a argumentação da defesa, no tocante ao afastamento da condição para o cumprimento da pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade, pois decorre de ato discricionário do magistrado. Ademais, quaisquer divergências quanto à forma ou tipo de cumprimento da pena,

deverá ser postulada junto ao juízo competente de Execuções Criminais, que analisará as condições necessárias para o devido cumprimento da reprimenda.

No mais, a reprimenda aplicada, se mostrou bem fundamentada na sentença e encontra-se proporcional ao caso concreto.

Em relação ao montante da prestação pecuniária, observo que o valor estabelecido, foi fixado corretamente, conforme determina o artigo 45, § 1º do Código Penal.

Com efeito, descabe a redução da prestação pecuniária imposta, que, deveras, não pode ser menor, sob pena de se tornar manifestamente desproporcional aos contornos da conduta praticada e suas consequências.

O artigo 45, §1º, do Código Penal dispõe que:
“a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

De fato, lembrando-se que a prestação pecuniária tem natureza punitiva e, por vezes, reparatória, há de se observar que não constou nos autos, documento algum a comprovar a condição ou incapacidade econômica do apelante, havendo informação fornecida por ele mesmo em seu interrogatório de que ele trabalha como autônomo, recebendo cerca de quatro mil a cinco mil reais por mês (fl. 17). Por outro lado, nada impede a Defesa de pleitear oportunamente, o parcelamento do pagamento da pena pecuniária perante o Juízo de Execuções Criminais.

Ademais, o montante fixado na decisão monocrática, observou os limites legais, permanecendo os valores fixados acima do mínimo legal, diante das circunstâncias do caso. Logo, não é inviável que efetue o pagamento, sendo certo que, isto terá o condão de não permitir que se instale sensação de impunidade e fará com que o acusado sinta reprovação por sua conduta.

Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária afigurou-se adequada e, eventual impossibilidade financeira para seu cumprimento, deverá ser pleiteado e comprovado perante o Juízo das Execuções Criminais.

Finalmente, não houve comprovação de origem lícita do numerário encontrado em poder do apelante. De rigor, portanto, a decretação seu perdimento, conforme dita o artigo 63, inciso I, da Lei nº 11.343/06, afastando-se a tese defensiva.

E este é o entendimento desta Corte:

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Condenação – Recurso defensivo – Pretendida absolvição – Descabimento – Materialidade e autoria demonstradas – Prisão em flagrante e confissão do réu em juízo – Firme e coerente depoimento do policial civil – Validade – Apreensão de 712 comprimidos de ecstasy – Delito de tráfico caracterizado pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal – Deveras que, aquele que traz consigo a droga, a mantém em depósito ou a transporta, consuma o crime – Condenação mantida – Inafastável a decretação de perdimento do veículo utilizado para o tráfico, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 63 da Lei 11.343/06 – Pena-base fixada no mínimo legal – Inviabilidade de diminuição da pena em razão da confissão – Inteligência da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça – Aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 na fração máxima – Manutenção, ante a ausência de recurso do Ministério Público – Multa fixada em consonância com a pena restritiva de liberdade – Regime inicial fechado fixado – Adequação ao semiaberto em razão do tempo de prisão processual – Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas – Recurso desprovido” (Apelação nº 1502329-59.2017.8.26.0536, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Porto, j. 08/11/2018) – grifei.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITAM-SE AS PRELIMINARES e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso defensivo para declarar o réu **Fabiano Chumann dos Santos**, incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, condenando-o à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

restando mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA GOMES

Relatora