



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000307483

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505684-37.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes/apelados FELIPE VIDOI PEREIRA, CAIO DESTRO BARBOSA e FERNANDO BERTOL PASQUAL, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **afastadas as preliminares, negaram provimento aos apelos, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 29 de março de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9456

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1505684-37.2018.8.26.0344

Apelantes: Ministério Público, Fernando Bertol Pasqual, Caio Destro Barbosa e Felipe Vidol Pereira

Apelados: Ministério Público, Fernando Bertol Pasqual, Caio Destro Barbosa e Felipe Vidol Pereira

Comarca: Marília

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (art. 33, caput e §4º, da Lei 11.343/06). Sentença condenatória. Preliminares afastadas. Nulidades não verificadas. Pretensão à absolvição ou desclassificação do delito de tráfico para uso pessoal. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Sentença condenatória mantida. Recurso Ministerial. Pretensão à condenação dos réus como incurso no artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Materialidade não demonstrada. Absolvição que se impõe. Dosimetria escorreita. Pena-base mantida no mínimo legal. Mantido o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Réus primários e sem antecedentes criminais. Regime aberto bem fixado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal. Recursos não providos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público, Fernando Bertol Pasqual, Caio Destro Barbosa e Felipe Vidol Pereira contra a r. sentença (fls. 656/675) que julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar os réus, como incurso no artigo 33, *caput* e §4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto; substituídas as penas privativas de liberdade por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo;

bem como para absolvê-los do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Órgão Ministerial, em suas razões recursais (fls. 711/731), requereu a condenação dos réus como incurso no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06. No tocante à dosimetria, requereu o aumento da pena base em virtude da quantidade e natureza das drogas apreendidas. Ainda, para todos os réus, pugnou pelo afastamento da causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33 §4º da Lei nº 11.343/06, bem como pela fixação do regime inicial fechado para o início do cumprimento das reprimendas. Por fim, pleiteou pelo afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por sua vez, o réu Felipe Vidol Pereira, em suas razões recursais (fls. 805/818), pugnou, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade por ilicitude das provas devido à abordagem policial, invasão domiciliar e inobservância do direito ao silêncio. No mérito, requereu a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

O apelante Caio Destro Barbosa, em suas razões recursais (fls. 799/803), requereu, em síntese, sua absolvição por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

O réu Fernando Bertol Pasqual, em suas razões recursais (fls. 694/703), pugnou, em síntese, por sua absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação da imputação para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Regularmente processados os recursos interpostos e ofertadas contrarrazões (fls. 825/835, 844/850, 859/863 e 788), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo Ministerial e pelo desprovimento dos recursos dos réus (fls. 873/894).

É o relatório.

Consta dos autos que **FELIPE VIDOI PEREIRA, CAIO DESTRO BARBOSA** e **FERNANDO BERTOL PASQUAL** foram processados como incurso no artigo 35, *caput* e artigo 33, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal, porque, segundo consta na denúncia, em

período incerto, porém até o dia 03 de setembro de 2018, na cidade e Comarca de Marília, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente o crime de tráfico de drogas.

Consta, ainda, que no dia 03 de setembro de 2018, por volta das 17h, na Rua Darci Pinheiro, altura do numeral 86, na cidade e comarca de Marília, FELIPE VIDOI PEREIRA, previamente ajustado e com identidade de propósitos com CAIO DESTRO BARBOSA e FERNANDO BERTOL PASQUA, trazia consigo, para fins de tráfico, 02 (duas) porções da droga haxixe, com peso total igual a 53,51 gramas, substância entorpecente que determina dependência psíquica e que se encontra na Portaria ANVISA 344/98, sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Consta, por fim, que nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço acima descritas, CAIO DESTRO BARBOSA, FERNANDO BERTOL PASQUAL, e FELIPE VIDOI PEREIRA, previamente ajustados e com identidade de desígnios, guardavam, para fins de tráfico, 08 (oito) porções da droga haxixe, com peso total igual a 92,86 gramas, e mais 03 (três) porções de Cannabis Sativa, com peso total igual a 13,55 gramas, substância entorpecente que determina dependência psíquica e que se encontra na Portaria ANVISA 344/98, sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Segundo o apurado (fls. 01/05), “(...) os investigados resolveram se unir para, de forma estável e permanente, praticarem o crime de tráfico de drogas, tendo como consumidor alvo os frequentadores de festas universitárias. Desta forma, eles organizaram a empreitada criminosa da seguinte forma: FELIPE recebia a droga haxixe, via correio, da cidade do Rio de Janeiro e, juntamente com CAIO e FERNANDO, fracionavam e embalavam o entorpecente para que ele fosse vendido posteriormente em festas universitárias na Comarca. Ocorre que, na data dos fatos, policiais militares estavam em patrulhamento rotineiro, quando avistaram FELIPE saindo do local dos fatos conduzindo a motocicleta Honda CG/150, cor vermelha, placa FBJ 2999, de modo que, ao avistar a viatura policial, demonstrou nervosismo, o que despertou a atenção dos agentes. Realizada a abordagem, foram encontradas em poder de FELIPE 02 (duas) porções de haxixe, 01 (uma) balança de precisão e 01 (um) aparelho celular marca Motorola, modelo moto G. Em seguida,

FELIPE admitiu que havia mais entorpecentes dentro do imóvel de onde havia saído e acompanhou os policiais para a verificação. Chegando ao interior da residência, os militares surpreenderam CAIO e FERNANDO fracionando e embalando porções de haxixe, utilizando outra balança de precisão, fitas adesivas e plástico para embalar os entorpecentes. Dentro do imóvel, foram apreendidas 08 (oito) porções de haxixe e 03 (três) de maconha, bem como 01 (uma) balança de precisão, 02 (dois) rolos de plástico utilizados para embalar a droga e 02 (dois) rolos de fita. Além dos entorpecentes e objetos acima descritos, em poder de CAIO foi encontrado o valor de R\$ 780,00 (setecentos e oitenta reais) e um aparelho celular, marca Apple, modelo iPhone e, na posse de FERNANDO foram apreendidos R\$ 219,00 (duzentos e dezenove) reais em dinheiro e um aparelho celular marca Apple, modelo iPhone 7. Ainda, no interior da residência, os policiais localizaram um pacote postado via correio, da cidade do Rio de Janeiro, endereçada ao indiciado FELIPE, onde foi encontrada a maior parte da droga. Portanto, ficou apurado que FELIPE era o responsável por adquirir os entorpecentes de um fornecedor da cidade do Rio de Janeiro/RJ, sendo que, juntamente com CAIO e FERNANDO, fracionavam as drogas para depois vendê-las em festas universitárias na cidade. Ressalta-se que a grande quantidade de entorpecentes, a sua forma de acondicionamento, os objetos encontrados e os numerários apreendidos, bem como as circunstâncias do flagrante e dos demais elementos de investigação, bem evidenciam que os indiciados estavam associados para a prática do crime de tráfico de drogas. (...)”

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurgem os apelantes, por meio dos recursos que passam ser analisados.

Inicialmente, cumpre afastar as preliminares arguidas pela D. Defesa.

No presente caso, não se evidencia ilicitude das provas obtidas em decorrência da violação dos artigos 240, §2º, e 244 do Código de Processo Penal.

Com efeito, asseveraram os agentes da lei que a abordagem do réu FELIPE e a busca pessoal foram motivadas por fundada suspeita, porquanto o réu, ao notar a presença dos policiais, apresentou nervosismo e tentou escapar. Realizada a abordagem, foram encontradas, no interior de sua mochila, uma balança de precisão e

duas porções de haxixes. Ato contínuo, os policiais informaram que o réu confessou que possuía mais drogas no interior da residência, as quais recebia por correspondência do Rio de Janeiro através de um contato. Ao adentrarem no imóvel, presenciaram a cena de FERNANDO e CAIO fracionando e embalando porções de haxixe, utilizando outra balança de precisão, fitas adesivas e plástico para embalar os entorpecentes.

A esse respeito, destaca-se que *“Havendo fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada. Precedente”* (HC 552.395/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 05/03/2020).

Desse modo, não se extrai ilegalidade na revista pessoal e nas provas obtidas pelos policiais militares. Nesse sentido é o posicionamento deste E. Tribunal:

APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART.33, CAPUT, LEI nº 11.343/06. INTERNAÇÃO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E BUSCA PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ADEQUADA. Apelação interposta pelo adolescente. 1. Pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso. Inadmissibilidade. Execução imediata da medida que se impõe, à luz de sua finalidade pedagógica. Provimento CSM nº 2557/20 deste Egrégio Tribunal de Justiça. 2. Preliminar de nulidade por ausência de declaração a respeito dos direitos do adolescente de permanecer silente. Inexistência de mácula processual, uma vez não demonstrado o prejuízo decorrente dessa omissão. **3. Revista pessoal absolutamente lícita. A segurança pública é dever do Estado e exercida para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de diversos órgãos dentre os quais a Polícia Militar. Inteligência**

do art.144 da CF. Revista pessoal expressamente autorizada pelos artigos 240, § 2º e 244 do Código de Processo Penal, quando há fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, independentemente, de ordem judicial. Adolescente que se evadiu ao avistar a viatura policial, dando azo à fundada suspeita de que estava na posse de objeto ilícito. 4. Configuração do ato infracional análogo à traficância que não exige que o infrator seja surpreendido no próprio ato da venda espúria. Infração de caráter permanente que se consuma com a apreensão da substância entorpecente destinada ao comércio na posse do adolescente. 5. Materialidade e autoria do ato infracional demonstradas. Depoimento policial aliado às circunstâncias fáticas que são suficientes para a formação do convencimento judicial. Comércio ilícito de entorpecentes, que por sua natureza, é praticado na clandestinidade. Delito de caráter permanente que se consuma com a apreensão da droga destinada ao comércio. 6. Quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes que é incompatível com a desclassificação da conduta para aquela análoga à descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. 7. Em se tratando de procedimento de verificação de ato infracional, nenhuma relevância tem a circunstância do infrator ter agido como autor ou mero partícipe do ato ilícito. Escopo da medida socioeducativa que é unicamente a ressocialização. Aplicação da regra insculpida no artigo 29 do Código Penal que somente é cabível no bojo de ação penal, em que há imposição de pena com base no sistema trifásico do Direito Penal. 8. Medida socioeducativa corretamente aplicada. Gravidade da infração e peculiaridades do caso concreto que evidenciam a necessidade da imposição de medida mais severa. Adolescente que é reincidente. Cumprimento de pretéritas medidas em meio aberto que não o afastaram da traficância. Condições subjetivas manifestamente

desfavoráveis. Medida de internação que é imprescindível para sua ressocialização. 9. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1501836-59.2020.8.26.0542; Relator: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Osasco - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 23/02/2021; Data de Registro: 23/02/2021 – G.N.)

No mesmo sentido é o entendimento desta C. Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES REJEITADAS. LEGALIDADE DA ATUAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES QUE JUSTIFICARAM A BUSCA PESSOAL. INOBRIGATORIEDADE DE ALERTA DO DIREITO AO SILÊNCIO NO MOMENTO DA ABORDAGEM. ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APELANTE REINCIDENTE E CONDENADO A PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RECURSO DESPROVIDO. 1. **O procedimento de busca pessoal foi justificado na existência de fundadas suspeitas ocasionadas pelo fato de ter havido fuga diante da presença das viaturas policiais.** 2. Não há obrigatoriedade de ser o indivíduo alertado de seu direito ao silêncio no momento de sua abordagem em via pública, até mesmo porque eventual confissão em tais circunstâncias, que detém caráter informal, deverá ser confirmada pelas demais provas colhidas nos autos para que possa surtir efeito

(STJ. AgRg no HC n. 674.893/SP). 3. Preliminares rejeitadas. 4. A materialidade e a autoria foram suficientemente comprovadas pelo conjunto fático-probatório. 5. A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). 6. A quantidade das drogas apreendidas é circunstância que justifica a exasperação da pena-base, devido à maior exposição a risco do bem jurídico protegido, nos termos do art. 42, Lei nº 11.343/06 e da jurisprudência pátria (STJ. REsp n. 1.887.511/SP; AgRg no HC n. 694.438/PR1). 7. O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao caso em apreço, sendo inaplicável a exceção jurisprudencial contida na S269/STJ, pois, além de ser reincidente, o apelante foi condenado a pena superior a quatro anos de reclusão (STJ. AgRg no HC n. 677.691/SP) e as circunstâncias judiciais foram avaliadas em seu desfavor (STJ. HC n. 748.253/SC). 8. Recurso desprovido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1542031-05.2023.8.26.0050; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/04/2024; Data de Registro: 30/04/2024, grifei).

Assim, diante da fundada suspeita que recaiu sobre o réu, bem como por ser prescindível o mandado judicial para a realização de revista pessoal, especialmente por tratar-se o tráfico de drogas de delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo, não se verifica erro procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação dos artigos 240, §2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal.

Outrossim, não se avista a ilicitude das provas obtidas por afronta ao direito a inviolabilidade do domicílio ou por abuso de autoridade, mormente quando decorrente de situação de flagrante delito.

Com efeito, como bem apontou o culto Magistrado sentenciante: *“(...) respeitada a tese da ilustrada defesa do réu Felipe, considerando a situação de flagrante delito, não há que se falar em violação de domicílio quando da apreensão da droga. Cumpre registrar, por fim, que para a caracterização do delito em tela não se exige que o agente tenha atingido a finalidade lucrativa, tampouco que o agente tenha praticado a conduta de venda e/ou entrega do entorpecente a usuários. Isso porque o crime em tela é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tais como trazer consigo ou guardar, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. Desse modo, os depoimentos dos policiais, o comportamento do réu Felipe diante da aproximação policial, a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, os apetrechos (balança de precisão, papel filme, tesoura) utilizado para fracionamento e pesagem, sugerem a prática do nefasto comércio. (...)”* (fls. 669).

Ademais, ressalta-se que a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência policial deram conta de situação de fato verdadeira, em razão da apreensão feita, inexistindo nos autos qualquer prova de desmotivação, excesso ou ilegalidade.

Destaca-se, ainda, que o crime de tráfico de entorpecentes, quando praticado nas modalidades “transportar”, “trazer consigo” e “guardar”, é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, tornando legítima a abordagem e a revista pessoal pelos agentes da autoridade.

Cabe realçar que: *“é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência”* (AgRg no REsp n. 1.637.287/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/05/2017).

Desse modo, não se extrai ilegalidade nas provas obtidas pelos policiais militares. A esse respeito, colaciona-se precedente do C. Supremo Tribunal Federal: *“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: INC. XI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO*

*DA REPÚBLICA. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AFRONTA À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.” (RE 1447939 Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 16/08/2023 Publicação: 22/08/2023). **Da mesma forma:** “(...) Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça o qual, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão monocrática da lavra do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR que deu provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da violação de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato (Ação Penal n. 0003673- 84.2021.8.12.0800), revogando-se a custódia preventiva do ora recorrente” “O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito.” “No caso concreto, conforme narrado, a existência de justa causa para o ingresso no domicílio ocorreu após os policiais recebem denúncia anônima de que um indivíduo estaria traficando drogas e, ao dirigem-se ao local apontado, abordaram um suspeito que, após avistar a viatura policial, evadiu-se do local empreendendo fuga para o interior do imóvel. Na ocasião, após o ingresso no imóvel, foi encontrada grande quantidade de drogas (mais de 89 Kg de maconha).” Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO para (I) restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que denegou a ordem de Habeas Corpus, e (II) restaurar a prisão preventiva a que estava submetido o ora recorrido. (Recurso Extraordinário nº [1.447.374](#), Mato Grosso do Sul, Min. Alexandre de Moraes, Monocrática, j. 30/08/2023).*

No mesmo sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça: “(...). Estando o agente em situação de flagrante delito, tornam-se desnecessários

para acesso ao seu domicílio, o mandado de busca e apreensão judicialmente autorizado, bem como o consentimento do morador. (...). Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no Ag 1357515/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26/8/2011).

Outro não é o entendimento desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Preliminares rejeitadas. **Violação de domicílio não configurada. O crime de tráfico de drogas é delito permanente e a consumação se protraí no tempo. Situação de flagrância evidenciada.** Quebra de cadeia de custódia não comprovada. Não se verificou qualquer irregularidade na coleta da prova material. Insurgência quanto às ordens de serviços das investigações policiais descabida. Eventual irregularidade administrativa não se projeta na ação principal. Mérito. (...) RECURSOS DESPROVIDOS.

(TJSP; Apelação Criminal 1500410-91.2024.8.26.0535; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 6ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/02/2025; Data de Registro: 25/02/2025 – g.n.)

Logo, por ser prescindível o mandado judicial para o ingresso no domicílio quando decorrente de situação de flagrante delito, não se verifica erro procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Da mesma forma, descabido falar-se, em ilicitude das provas obtidas, por ausência de advertência do direito ao silêncio e de não produzir prova contra si – “aviso de Miranda” –, quando da prisão em flagrante do réu FELIPE.

Com efeito, não provou a d. Defesa a inexistência da aludida advertência, não comprovou a ocorrência de prejuízo, tampouco demonstrou que a confissão informal foi utilizada isoladamente para lastrear o r. *decisum* recorrido.

Infere-se que foram utilizados outros elementos de prova na fundamentação da r. sentença, especialmente os depoimentos das testemunhas, os laudos periciais, o boletim de ocorrência e o auto de prisão em flagrante.

Além disso, depreende-se do termo de interrogatório coligido aos autos (fls. 11/12) que o réu, “(...) *cientificado(a) pela Autoridade Policial quanto aos seus direitos individuais constitucionalmente previstos, em especial os de receber assistência de familiares ou de advogado que indicar, de não ser identificado criminalmente senão nas hipóteses legais, de ter respeitadas suas integridades física e moral, de manter-se em silêncio e/ou declinar informações que reputar úteis à sua autodefesa, de conhecer a identidade do autor de sua prisão e, se admitida, prestar fiança, se o caso for. Cientificado(a) da imputação que lhe é feita e das provas contra si existentes, ao ser interrogado(a) pela Autoridade Policial, na presença do seu advogado Dr. Marcus Vinicius Bellintani de Oliveira, OAB/SP 373331, às perguntas respondeu: (...).*”

Assim, a preliminar de ilicitude de provas suscitada pelo apelante não merece acolhida, não havendo que se falar, ainda, em desentranhamento ou mesmo descon sideração dos elementos probatórios juntados aos autos.

Nesse sentido é o posicionamento deste E. Tribunal:

Tráfico de entorpecentes. Insurgência defensiva. **Quanto à alegada ausência do "aviso de Miranda", além de inexistirem provas de que o réu não fora alertado sobre o direito constitucional ao silêncio e da defesa não ter demonstrado eventual prejuízo, a condenação do réu não foi pautada na suposta "confissão informal", sobre a qual, como o próprio nome diz, não foi formal e, assim, desprezada como elemento informativo.** No mérito, a autoria e a materialidade restaram sobejamente demonstradas. Em decorrência de precisa notícia anônima, acostada aos autos, ofertando modelo e emplacamento do veículo, utilizado para o transporte de drogas e distribuição nos pontos de venda da região, a alcunha do réu e o endereço que possivelmente ele seria encontrado, policiais militares localizaram o automóvel e o réu ao lado de fora, em poder das chaves, sendo abordado. No interior do

veículo, mais precisamente no porta-malas, os agentes públicos apreenderam em uma mochila 6 tijolos de maconha, com peso líquido de 3,9 quilos. Depoimentos firmes e coerentes prestados pelos policiais militares. Negativa do réu isolada. Condenação mantida. Penas e regime irreprocháveis. Bases fixadas à fração de um quarto acima dos mínimos legais, em virtude dos maus antecedentes e do volume de maconha apreendido. Agravante da reincidência específica. Regime inicial fechado. Negado provimento ao apelo. (TJSP; Apelação Criminal 1521677-12.2020.8.26.0228; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 16ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021 – G.N.)

Posto isso, rechaçadas as teses preliminares, passa-se à análise do mérito do recurso interposto.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputados aos réus.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fl. 06), boletim de ocorrência (fls. 20/24), termos de depoimentos (fls. 07/10), auto de exibição e apreensão (fls. 25/27), laudo de constatação provisória (fls. 30/32), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 174/177), que atestou que as substâncias apreendidas eram proibidas, relatório final (fls. 198/181) e demais provas coligidas aos autos.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelos policiais militares Marcos Aurélio da Silva e Carlos Rodrigues Alves, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrantes dos réus (fls. 390/391 - mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feitos pelo culto Magistrado sentenciante, vez que bem compilada a prova oral

registrada nos autos:

*“(...) A testemunha **MARCOS AURÉLIO DA SILVA**, ouvido em Juízo, disse que realizavam o patrulhamento pelo Jardim Cavallari, quando visualizaram Felipe saindo do interior da residência e indo em direção a moto. Após este ter dirigido alguns metros, percebendo a presença dos policiais, Felipe tentou escapar, mas conseguiram abordá-lo. Tinha em posse uma mochila com um recipiente para portar os dois haxixes junto com uma balança de precisão. Foi indagado sobre a presença de tais drogas, quando Felipe confessou possuir mais drogas no interior da residência. Questionaram a origem da droga, onde foi informado que este recebia por correspondência do Rio de Janeiro através de um contato dele. Após adentrar a residência, os policiais presenciaram a cena de Fernando e Caio nos atos preparatórios para embalar a droga com uma balança de precisão. Afirmam ter encontrado uma quantia em dinheiro, quatro porções grandes de haxixe e marroquina, duas porções eles estavam fracionando e duas estavam em embalagem e despachados no nome de Felipe com origem do Rio de Janeiro no interior de uma caixa. O indagado afirma que Fernando confessou que esta droga era vendida nas festas universitárias no valor de R\$ 100,00 cada porção junto com Caio e Felipe. Indagado, Felipe admitiu que na época estava desempregado e precisando de emprego então precisava “fazer um dinheiro”. Nega a agressão sofrida por Caio.*

*De igual modo, a testemunha **CARLOS RODRIGUES ALVES**, quando ouvido judicialmente, disse que visualizaram Felipe saindo do interior da residência e indo em direção a moto. Após este ter percebido a presença dos policiais quando estava quase saindo de frente a residência, Felipe tentou escapar, motivo pelo qual os policiais decidiram realizar a abordagem. Foi localizado na mochila a balança de precisão e as porções de haxixe, após questionarem, Felipe informou por livre e espontânea*

vontade que possuía mais drogas no interior da residência. Após baterem a porta, foram atendidos por Caio que bloqueou nossa entrada, mas nisso já conseguimos sentir o cheiro forte da droga. Após adentrar o imóvel, localizaram uma balança de precisão, o envelope do Rio de Janeiro com o nome do Felipe e mais algumas porções de droga dentro desse envelope. Disse que Fernando admitiu que distribuíam a droga em festas universitárias e que iria vender cada porção por R\$ 100,00. Caio que era o dono da residência, ajudava-os nesse comércio.

*A testemunha de defesa, **LUCAS DA SILVA GONÇALVES**, disse que estava junto com Felipe, o qual passou em sua casa por volta das 16hrs, pois iriam passar na casa do Caio para ajudar na mudança, e depois de terem ajudado a carregar algumas coisas, “bolaram” um cigarro e fumaram. Saindo do local, ambos iam trabalhar juntos na hamburgueria, próximo ao local. Estava no momento que Felipe foi abordado. Não tinha droga com ele, somente com Felipe e a balança. Foram abordados um pouco distante da casa. Não viu drogas na casa do Caio. Os policiais separaram eles em torno de 30-40 minutos. Felipe ficou e Lucas fui embora. Não foi na casa do Caio depois da abordagem feita nele e no Felipe.*

*A testemunha **ELAINE CRISTINA SANTOS DE LIMA**, ouvida em Juízo, disse que trabalha na Desomax e estava voltando do almoço por volta das 16:10, quando viu os policiais abordando os rapazes. Ela entrou para trabalhar e por volta das 17 horas saiu para dar uma ordem a um motorista da empresa, quando viu o Felipe sentado ainda na frente da Desomax. Nisso veio uma outra viatura da polícia e levaram o rapaz. As câmeras de segurança do local não poderão serem utilizadas pois após 2 dias a imagens são apagadas. Informou que foi uma abordagem normal, onde não teve resistência dos rapazes que estavam na motocicleta. Fernando é amigo do filho dela.*

*A testemunha **MARIA GABRIELA ASTRAUSKAS**, ouvida em Juízo, disse que conhece Fernando e Caio. No dia dos fatos, estava com o Fernando. Foi buscá-lo na faculdade por volta das 16hs, pois ele estava sem carro e sua namorada pediu uma carona. Eles iam fazer a mudança na casa do Caio, entrou um pouco na casa dele e foi embora. No caminho viram na frente da Desomax, policiais abordando alguns rapazes de moto. Sabe que o Fernando é usuário de maconha.*

*A testemunha **OSVALDO PASQUAL**, em suas declarações prestadas em Juízo, disse que é pai do Fernando e sabe que seu filho é usuário. Disse que sempre deixa ele na faculdade e vai para o sítio em Júlio Mesquita. Dava uma mesada para Fernando arcar com algumas despesas e neste dia deixou a quantia de R\$ 250,00.*

*A testemunha **HENRIQUE MITSUO HOKUMURA**, em resumo, disse que conhece o Fernando, fizeram estágio juntos. Não sabe se o mesmo é usuário de drogas. Nada soube dizer sobre os fatos.*

*De igual modo, a testemunha **ALEXANDRE HENRIQUE MAGALHÃES** disse que conhece o Caio e que ficou sabendo dos fatos somente após seus acontecimentos. Sabe que Caio é usuário de drogas, precisamente a maconha. Caio está fazendo tratamento psicológico devido ao uso de drogas.*

*As testemunhas **ALVANI DE LOURDES LUIZ PEREIRA** e **MARLENE VIDÓI**, ouvidas em carta precatória, nada de relevante trouxeram aos autos. Também não presenciaram os fatos. (...)”*

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do C. Superior

Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*.
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR
INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA
USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.
DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE.
SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA
RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se
incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o
de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a
reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de
que **os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo
do contraditório, merecem credibilidade como elementos de
convicção, máxime quando em harmonia com os elementos
constantes dos autos**. 5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado
em 10.3.2016, DJe 17.3.2016, g.n.).

Os policiais descreveram satisfatoriamente as diligências
empreendidas, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com
precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante dos
recorrentes. Não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus
depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes
em incriminar injustamente os acusados. As apreensões somente foram possíveis
pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o
esforço empreendido não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa
incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer
depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção
do magistrado.

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara de Direito

Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RESISTÊNCIA. LESÃO CORPORAL CONTRA AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado às penas de (i) 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no art. 33, "caput", da L11.343/06, (ii) 2 meses e 10 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 329, "caput", do CP, e (iii) 4 meses e 20 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 129, § 12, do CP. 2. Recurso defensivo: (i) absolvição dos três delitos, por negativa de autoria e insuficiência de provas e (ii) reconhecimento do tráfico privilegiado, alegando "bis in idem" em razão da reincidência ter sido utilizada em dois momentos quando da dosimetria. 3. A materialidade e a autoria dos crimes foram suficientemente comprovadas pelo conjunto fático-probatório. 4. **A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos** (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). (...) Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1520106-64.2024.8.26.0228; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/01/2025; Data de Registro: 07/01/2025, g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência do acusado. Pleitos de absolvição e de abrandamento da pena. Descabimento. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. **Validade dos depoimentos prestados pelos agentes de segurança pública, que descreveram**

pormenorizadamente as circunstâncias da diligência.

Circunstâncias do flagrante que evidenciam a traficância e impossibilitam a desclassificação da conduta para a tipificada no art. 28 da Lei de Drogas. Pena privativa de liberdade bem fixada. Pena-base estabelecida no patamar mínimo legal. Acréscimo de 1/6 (um sexto) em razão da agravante de reincidência, efetivamente verificada. Causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, descaracterizada, ante a reincidência constatada. Manutenção do regime inicial fechado. Inaplicabilidade dos arts. 44 e 77 do CP. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500361-10.2020.8.26.0626; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ubatuba - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/12/2024; Data de Registro: 22/12/2024, g.n.)

Destaca-se, ainda, que as testemunhas de defesa nada trouxeram de relevante ao deslinde da causa. Com efeito, como bem apontou o MM. Juiz sentenciante: *“(...) Elaine Cristina e Gabriela apenas viram à distância alguns momentos da abordagem policial. As outras testemunhas de defesa não presenciaram os fatos e limitaram-se a dizer que Caio e Fernando são usuários de droga, o que por si só, não tem o condão de excluir a traficância.”* (fls. 667).

Por sua vez, o réu FELIPE VIDOI PEREIRA, em Juízo (fls. 390/391 - mídia audiovisual), negou a traficância. Relatou que *“(...) no dia dos fatos estava na companhia de Lucas. Foram para a casa do Caio, pois o mesmo estava de mudança e precisava de ajuda por estar com as costas machucada. Disse que estava acompanhado de Lucas pois trabalham juntos. Saindo da casa do Caio para irem trabalhar, estava com Lucas na garupa quando foram abordados pelos policiais fazendo perguntas para ambos. Os policiais saíram com o Lucas e ele ficou sentado na calçada esperando. Quando os policiais retornaram, deram voz de prisão. Nega o fato de ter dito aos policiais que haveria mais drogas na residência de Caio. Lucas também ajudou carregar caixas na casa de Caio. Confirma que no momento da abordagem estava com 02 (duas) porções de haxixe, 01 (uma) balança de precisão e*

01 (um) aparelho celular marca Motorola, modelo moto G. Não chegou a ver apreensão das outras drogas e tomou conhecimento na delegacia. A droga era semelhante aquela que portava.” (fls. 664).

O réu FERNANDO BERTOL PASQUAL, ouvido em Juízo (fls. 390/391 - mídia audiovisual), negou a prática delitiva. Admitiu, apenas, a propriedade de três porções de maconha, sustentando seu destino restrito, consumo pessoal. Disse que: *“(...) seu pai tem um sítio em Júlio Mesquita e no dia dos fatos, por volta das 08hrs da manhã, foi deixado por ele na porta da faculdade e ele lhe entregou o valor de R\$ 250,00. Ficou até as 16 hrs na faculdade pois o ensino é em tempo integral. Saindo de lá, a Gabriela e a “Jaque” que é sua namorada, deixaram-o na casa de Caio. No caminho viu o Felipe sentado na guia de uma sarjeta algemado, mas não deu tanta importância para tal fato pois conhece apenas de vista. Chegando na casa de Caio, foi ajudar a fazer a mudança e antes disso o Felipe estava lá. Foi ao banheiro e depois fumar um baseado na companhia de Caio, foi quando ouviram alguém chamar Caio pelo nome. Era a policia. Alega que não estavam embalando droga alguma, estavam apenas ajeitando as coisas da mudança. Disse que não viu nenhuma droga no local, além daquelas que estava portando para consumo. Quando os policiais entraram, eles levaram-o para o fundo da residência e começaram a fazer alguns questionamentos e enquanto isso, ouviu Caio sendo agredido por outros policiais no interior da residência. Alegou que os policiais que estavam lhe interrogando, disseram “Você percebe que o tratamento com você é diferente”. Depois levaram-o para o interior da residência e mostraram a droga em cima de uma caixa no qual Caio afirmou ser o responsável pela mesma. Disse que da droga apreendida, as três porções de maconha lhe pertenciam. Nega o fato de que possuía mecanismos para que Felipe recebesse a droga no Rio de Janeiro e repassava para o interrogado e Caio fracioná-la. Alega que não precisa traficar pois possui emprego, família e etc... Não sabia se o Caio vendia drogas, apenas tinha conhecimento de que o mesmo consumia.” (fls. 665).*

Por sua vez, o réu CAIO DESTRO BARBOSA, interrogado (fls. 390/391 - mídia audiovisual), alegou que possuía drogas em sua casa somente para uso próprio, sendo que a balança era para conferir a droga comprada mensalmente. Relatou que: *“(...) No dia dos fatos estava de mudança e pediu ajuda de Felipe que*

foi com o Lucas, pois estava com as costas machucada. Após ajudarem a descer alguns móveis da mudança, estavam fumando até o horário de Felipe e Lucas irem trabalhar, logo chegou Fernando. Passados cerca de 10 minutos, chegaram os policiais. Alega que uma parte do dinheiro encontrado na residência era devido a devolução do dinheiro pago adiantado ao dono do imóvel alugado, pois este não estava se adaptando ao ambiente e o valor restante é proveniente de seu trabalho. Afirma que foi agredido pelos policiais (deram socos na cabeça e o empurraram da escada). O papel filme estava junto com as coisas de cozinha e a fita crepe estava usando para lacrar as caixas da mudança.” (fls. 665/666).

Sem credibilidade alguma as palavras dos acusados, que não encontram eco na prova. Merece lembrança a lição de **Julio Fabbrine Mirabete**, in Processo Penal, ed. Atlas, p. 270: “*Sendo o interrogatório, ao menos em parte, meio de defesa, o acusado pode mentir e negar a verdade. Não há um verdadeiro direito de mentir, tanto que as eventuais contradições em seu depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas*”. Tem-se no caso em apreço o que Gorphe denomina de *indícios de má justificação*, equivale dizer, que a explicação mal feita reforça a autoria, valorizando os depoimentos incriminadores.

Sobre o valor das alegações de criminosos, *mutatis mutandis*, ensina o Exmo. Des. **RICARDO TUCUNDUVA**: “*(...) Francamente comprometedoras, também, foram as declarações do miliciano (...), protagonista das diligências pertinentes ao presente caso (cd ROM...). Aliás, é importante salientar que as declarações daqueles a quem incumbe a árdua tarefa de lidar com criminosos - indivíduos que são refratários às mais elementares normas de convívio humano -, devem ser tidas em alta conta, e não postas em xeque, principalmente quando não há nenhum motivo concreto para que se duvide do que afirmaram os agentes estatais. E, para que não se prestigie a mais completa inversão de valores, é a palavra dos delinquentes que precisa ser vista com reservas, não a do policial, nem a do miliciano (...)*” (Apelação nº 0012552-71.2011.8.26.0176 - Embu das Artes - Colenda 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Exmo. Des. **RICARDO TUCUNDUVA**) - g.n.

No mesmo sentido, preciosa a lição que se extrai da veneranda

decisão da Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “(...) *se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. É o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária ao convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inexatidão podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade (...)*” (TJSP, Apelação nº 990.10.390742-6, Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Exmo. Des. JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA).

Além disso, como bem apontou o culto Juiz *a quo*, “(...) *os réus, quando indagados judicialmente não souberam esclarecer a origem da droga apreendida, notadamente aquela encontrada dentro do envelope remetido do Rio de Janeiro. Afirmaram apenas que era para uso pessoal. Com relação ao papel filme e à fita crepe, o réu Caio afirmou em seu interrogatório que estavam usando para lacrar as caixas da mudança. Contudo, a afirmação de que organizavam uma mudança não encontra amparo em qualquer outra prova produzida nos autos. (...)*” (fls. 668).

Não se desincumbiram os réus do ônus que lhes é imposto no art. 156, do Código de Processo Penal, não sendo de se acolher as versões de autodefesa. Nesse sentido: “*PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.*” (JUTACRIM 54/243, Rel. VALENTIM SILVA). Preleciona **Júlio Fabbrini Mirabete**: “... *ônus da prova (onus probandi) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes*” (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed. São Paulo: Atlas. p. 474/475).

É ônus da defesa provar o que alega, pois *allegare sine probare et non allegare paria sunt* — alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo:

Saraiva, 1960, p. 179). Com todo o vigor tem cabida, como referido, o brocardo *allegare sine probare et non allegare paria sunt* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar). Nesse sentido leciona também **HÉLIO TORNAGHI**: “*O sentido do artigo 156 (do CPP) deve ser esse: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos deve ser provados pelo réu*” (HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1959, IV/232).

Ademais, inaproveitável a tese de serem os apelantes somente usuários de droga. Evidenciado o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, mas “*A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (RJTJ 101/498). Ademais, o local é conhecido como ponto de venda de drogas, indicativo da efetiva difusão do vício com *animus lucrandi*, “*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 – Rel.: ONEI RAPHAEL - RJTJSP 70/371).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que os apelantes praticavam a mercancia ilícita de drogas, inviável a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar sua renda, realizem atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: pleito de desclassificação para o delito de porte para uso próprio – inadmissibilidade – circunstâncias do crime que não deixam

dúvidas a respeito do narcotráfico – condenação mantida – DESPROVIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: correta observância do critério trifásico – ausência de circunstâncias judiciais – circunstância legal presente (menoridade relativa) – causa de diminuição caracterizada – regime prisional adequado – RECURSO IMPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1501244-33.2023.8.26.0599; Relator (a): Jayme Walmer de Freitas; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/01/2025; Data de Registro: 10/01/2025, g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Pretensão de absolvição por insuficiência probatória (art. 386, inciso VII, do CPP). Não acolhimento. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Validade dos depoimentos prestados pelos guardas municipais. **Impossibilidade de desclassificação da conduta imputada para a prevista no art. 28, da Lei nº. 11.343/06. O fato de a apelante eventualmente ser usuária de drogas não afasta a condição de traficante. Condenação mantida.** Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Reincidência da acusada que não foi considerada. Observância ao Princípio do non reformatio in pejus. Reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3. Regime aberto. Possível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a quantidade de pena aplicada. Pena bem dosada. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1520345-68.2024.8.26.0228; Relator (a): **Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/12/2024; Data de Registro: 03/12/2024 –

g.n.)

Logo, possível condição de usuários em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Posto isso, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputados aos réus, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas – 02 (duas) porções da droga haxixe, com peso bruto igual a 53,51 gramas; 08 (oito) porções da droga haxixe, com peso bruto total igual a 92,86 gramas e 03 (três) porções de maconha, com peso bruto igual a 13,55 gramas (fls. 174/177) – além da apreensão de dinheiro e apetrechos usualmente utilizados no tráfico de drogas (fls. 25/27).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu FELIPE, previamente ajustados e com identidade de desígnios com os demais, trazia consigo 02 (duas) porções da droga haxixe; bem como que todos os réus guardavam substâncias ilícitas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, *"para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente"* (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Oportuno, ainda, registrar que *"sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado"* (TJMG, Ap

0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). “O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes” (TJRS, Ap. 697.020.717, Câm., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: “Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime” (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Posto isso, examinando-se natureza das drogas apreendidas, mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública e de conhecida potencialidade letal; a apreensão, no mesmo contexto das drogas, de dinheiro e petrechos utilizados no fracionamento e embalo da droga (balanças de precisão, rolos de plástico e rolos de fita); a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal e as inadmissíveis alegações dos réus, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, as condutas não se podem afastar do tipo do art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06.

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações das ilustres Defesas, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção das condutas dos acusados às formas puníveis do art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Noutro giro, apesar de inegável que os apelantes, em concurso, traficavam drogas, não é de se reconhecer a figura autônoma do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006.

Malgrado o empenho do Ministério Público, da prova produzida não foi possível reprodução dos fatos configuradores do crime autônomo de

associação para o tráfico, uma vez que não bem delineado o *animus* associativo estável, a formação da *societas criminis*, com alguma estabilidade, restando comprovado apenas o concurso eventual, porquanto como ensina o prof. Vicente Greco Filho, o crime de associação ao tráfico “*Necessita de um “animus associativo”, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira “societas sceleris”, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de um determinado delito, que estabeleceria a co-autoria*”, in Tóxicos Comentários à Lei 11.343/06, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 184/185.

Ao que tudo indica, os apelantes vendiam drogas em conjunto, contudo, pelos demais elementos de prova, não foi possível apontar, com segurança, o liame subjetivo de caráter estável e permanente entre eles, sendo de rigor a absolvição.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, decisões desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. Ação penal julgada parcialmente procedente, com condenação dos réus pelo cometimento do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e absolvição da acusação de cometimento do delito previsto no art. 35, caput, do mesmo diploma legal. Recurso do Ministério Público e das defesas. Mérito. Comprovadas a materialidade do crime de tráfico de drogas e a autoria, deve ser mantida a condenação quanto a este delito. Depoimentos dos policiais militares que devem ser recebidos sem reservas. O taxista responsável pelo transporte dos réus e do adolescente de Barra Mansa/RJ para Bananal/SP confirmou o encontro, pelos policiais, de 702 (setecentas e duas) porções de cocaína, no total. **Não evidenciada, porém, a materialidade do crime de associação para o tráfico. Estabilidade e permanência não demonstradas, existindo, comprovadamente, apenas o concurso de pessoas para a prática do crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.** Dosimetria das penas e cumprimento. (...)

Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS.

(TJSP; Apelação Criminal 1500052-36.2023.8.26.0059; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bananal - Vara Única; Data do Julgamento: 21/05/2024; Data de Registro: 21/05/2024 – g.n.)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) DESCABIMENTO DO RECURSO ADESIVO EM MATÉRIA CRIMINAL. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (3) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (4) INDÍCIOS. (5) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (6) CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. (7) CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO NÃO CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. (8) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (9) DOSIMETRIA DA PENA. A NATUREZA DA DROGA PERMITE A FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. (10) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. (11) REGIME PRISIONAL FECHADO. (12) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (13) RECURSO ADESIVO DA DEFESA NÃO CONHECIDO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. (...) **7. Crime de associação para o narcotráfico. Elementos configuradores do crime de associação para o narcotráfico não observados. Ausência de estabilidade e permanência. Manutenção da absolvição por insuficiência probatória.** (...) 13. Recurso adesivo da defesa não conhecido e parcial provimento do recurso Ministerial, para os fins de exasperar a pena-base do réu e fixar o regime prisional fechado.

(TJSP; Apelação Criminal 1500403-86.2023.8.26.0583; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/11/2024; Data de Registro: 29/11/2024 -g.n)

Assim, confirmadas a condenação dos réus pelo cometimento do crime de tráfico de drogas e a absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, para todos os réus, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, o MM. Juiz *a quo* fixou as penas-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Neste ponto, em que pesem os argumentos expostos pelo ilustre representante do Órgão Ministerial, irretocável a aplicação da pena nesta primeira fase dosimétrica, porquanto a quantidade e natureza das substâncias ilícitas apreendidas – 02 (duas) porções da droga haxixe, com peso bruto de 53,51 gramas; 08 (oito) porções da droga haxixe, com peso bruto igual a 92,86 gramas e; 03 (três) porções de maconha, com peso bruto igual a 13,55 gramas, conforme laudo de fls. 174/177 –, apesar de censuráveis, não justificam o incremento das basilares acima do mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, as penas permaneceram inalteradas.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e reconhecida a minorante do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, as reprimendas foram reduzidas em dois terços (2/3), totalizando 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, para cada um dos réus.

Neste ponto, malgrado os esforços do ilustre membro do Órgão Ministerial, irrepreensível o reconhecimento do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, porquanto os elementos acostados aos autos não trazem apontamentos na vida *anteacta* dos acusados que indiquem difusão do vício, com

modus vivendi.

Com efeito, os acusados, primários e sem antecedentes criminais, foram surpreendidos na posse de substâncias entorpecentes cuja quantidade não se revelou expressiva, bem como comprovaram desempenhar atividades lícitas, a saber: o acusado FELIPE apresentou declaração de emprego firmada pelo representante da empresa “Hamburgueria da Vila” (fls. 569); o réu FERNANDO, estudante de medicina veterinária da Universidade de Marília - Unimar (fls. 153/154), apresentou declaração de estagiário voluntário, realizado na Fazenda Santo Antônio (fls. 157 e 385/389); e o réu CAIO apresentou declarações de serviços de FreeLancer, em áreas relacionadas à informática e propaganda (fls. 99/101).

Assim, considerando-se a primariedade dos réus, a ausência de antecedentes criminais e a não vinculação à organização criminosa, incensurável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na r. sentença.

Devidamente eleito o regime inicial aberto, considerando-se o *quantum* de reprimenda aplicada e a primariedade dos apelantes, destacando-se, ainda, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Por fim, presentes os requisitos legais, corretamente substituída as penas privativas de liberdade por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída, em local e condições indicados pelo juízo da execução; e limitação de fim de semana (art. 43, VI do Código Penal).

Depreende-se, portanto, que as penas foram corretamente fixadas, observou-se o critério trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal, e todas as fases de dosimetria restaram fundamentadas dentro dos parâmetros legais, não merecendo qualquer reparo as reprimendas impostas na decisão combatida.

Diante de tais considerações, afastadas as preliminares, **nega-se provimento** aos apelos, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator