



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000292273

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501395-39.2023.8.26.0618, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante ALLYSON RODRIGO DA SILVA ALMEIDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, nega-se provimento ao apelo defensivo, mantida a r. sentença de 1º Grau por seus próprios e jurídicos fundamentos; vencido em parte o eminente Relator Sorteado, que dava parcial provimento ao recurso para condenar o réu como incurso no art. 37, da Lei nº 11.343/06, e declarará., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELY AMIOKA, vencedor, CHRISTIANO JORGE (Presidente), vencido, CHRISTIANO JORGE (Presidente) E ERIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS.

São Paulo, 26 de março de 2025.

Ely Amioka
RELATORA DESIGNADA
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 22.747

Apelação nº 1501395-39.2023.8.26.0618

Comarca: Campos do Jordão – 2ª Vara

Apelante: Alysson Rodrigo da Silva Almeida (preso)

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Recurso defensivo buscando a absolvição por insuficiência probatória.

Materialidade e autoria comprovadas – Policiais Militares relataram que o local é conhecido ponto de tráfico de drogas. Avistaram três sujeitos, sendo que o réu gritou para os demais, “tá molhado”, e eles correram, foram perseguidos e abordados. Na posse deles, foram apreendidos drogas e dinheiro. Indagado, o réu disse que era 'usuário', que já fez tratamento (que pressupõe uso frequente/vício), e que atuava como 'olheiro' em troca de receber as drogas. Avistou a Polícia, gritou, eficazmente, para os comparsas fugirem – ação bem coordenada entre todos – demais envolvidos que dependiam do réu para que desse os 'avisos' e o autorizassem a ficar ali, cumprindo essa tarefa (que é diuturna), mediante pagamento (em drogas) – Tal situação que não indica eventualidade na atuação do réu (ação isolada naquele único dia), e sim um acordo, uma certa estabilidade, e conhecimento do *modus operandi* do local, quem era quem, e a função de cada um – coautoria no tráfico, com distribuição de funções, garantindo o sucesso da traficância evidenciada – De rigor a manutenção da condenação.

Dosimetria da pena - Pena-base fixada acima do mínimo legal, diante dos registros de maus antecedentes e nos termos do art. 42, da Lei de Drogas. Na segunda fase, pena exasperada diante da circunstância agravante da reincidência. Na derradeira etapa, pena majorada, nos termos do art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas (participação de menor de idade). Não cabimento de aplicação do redutor de pena (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06), diante das circunstâncias do caso concreto, evidenciando dedicação à atividade criminosa – Réu que ostenta maus antecedentes e reincidência.

Regime inicial fechado mantido, eis que bem justificado e em virtude das circunstâncias fáticas – Crime equiparado a hediondo – Regime menos gravoso não teria o condão de desestimular a conduta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos – Circunstâncias do caso concreto que não recomendam a substituição – Tratamento incompatível com os objetivos da Lei antitóxicos.
Recurso desprovido, por maioria de votos.

Com a devida vênia, a douta maioria diverge do voto do Eminente relator sorteado, Desembargador Christiano Jorge, para negar provimento ao apelo defensivo, mantida a r. sentença de Primeiro Grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consigna-se que, no tocante à manutenção da condenação do apelante quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, impecáveis os entendimentos expostos na r. sentença, os quais devem ser mantidos e, para melhor compreensão, são transcritos em parte e passam a integrar este voto:

“A ação penal é procedente.

A materialidade delitiva está demonstrada auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 182/184), bem como pela prova oral colhida na instrução.

A autoria, da mesma forma, é certa, recaindo sobre o acusado.

Interrogado em juízo, o réu negou a prática criminosa. Disse que mora em Santo Antônio do Pinhal, trabalha a semana inteira, compra sua droga e usa. Nesse dia, subiu no ônibus do meio-dia, comprou duas pedras de

crack, fumou. Quando voltou para subir e pegar outra, o Soldado Kovalski abordou, não tinha ninguém do seu lado, estava na ponta do escadão, ele levou ao lado de dois menores e levou a sacola de droga. Disse que era usuário, tinha vindo para comprar. Realmente falou para soltar, está há um ano pagando um crime que não é seu. Nega os fatos, como falou que estava olhando de um lado para o outro, usando drogas há umas horas, colocou revólver na testa, como não vai ficar nervoso, coração vai a mil. Chegou na Delegacia, o próprio Kovalski falou que não tinha nada a ver com a situação, está há um ano preso e foi só comprar droga. É usuário de drogas, quem é viciado nunca vai assumir, trabalha a semana inteira, tira dinheiro para a casa, filho, compra maconha e cocaína. Trabalha em uma obra em condomínio em Santo Antônio do Pinhal. Nesse dia subiu de ônibus, subiu com cinquenta reais, pagou 25 da passagem, cinco reais no Bic, como não tinha ninguém onde compra, tinha intenção de pegar o ônibus e voltar para Santo Antônio. Quando conheceu um “cara” que era usuário, foi lá para pegar, viu que tinha um mato em cima, um monte de gente usando. Chegou a conversar com os policiais quando foi preso, falou que não era justo ficar e os menores saírem soltos. Essa parte de estar de “olheiro” não é verdadeira. Não reagiu, estava alucinado, tinha acabado de usar pedra, não tinha como ter reação diferente. Já fez tratamento para droga, não faz muito tempo, agora se pudesse constar na unidade de Santo Antônio tem que faz tratamento psicológico e psiquiátrico, teve recaída por ter terminado com a mulher e se encontra aqui nesse momento, nunca trabalhou ou roubou. Trabalha de

pedreiro e ajudante no Condomínio Vila Charme, diária de 100 reais, trabalhava com Maicon Silva. Estava há mais de um ano. O dia dos fatos era sexta feira, deu “balão” no serviço, foi comprar maconha e depois foi para o parquinho. Tem 31 anos. Já respondeu a dois processos por posse de droga. Teve outro processo de furto e foi absolvido. Tem um processo de condenação por furto. Solteiro. Tem um filho de cinco anos. Ensino médio completo.

A negativa do réu, no entanto, não convence. Restou isolada no lastro probatório colhido nos autos. Senão, vejamos:

*O policial militar Kovalski relatou que fizeram incursão na parte de cima do ponto de tráfico “parquinho” e a viatura pela parte de baixo. Na ponta do escadão viram os três indivíduos, ALYSSON, ao perceber, gritou para os menores avisando que “tá molhado”. No momento em que ele avisou, os dois menores empreenderam fuga. Os dois Dúlio e Bueno, que estavam embaixo, abordaram os menores, que foram apreendidos com droga e dinheiro. O maior não chegou a correr. Indagado, ele disse que estava na função de “olheiro” e que os menores o pagavam com droga. Quando informado que ia conduzir à Delegacia, disse para não levar, que era maior e que era o único que ia ficar, aí foi conduzido junto com os dois menores à Delegacia. Foram localizados **cocaína, maconha** e cerca de 330 reais em dinheiro. Visualizaram os menores praticando tráfico e o*

réu na função de “olheiro”, até questionou por que ele não correu, disse que estava só como “olheiro”, pensamento deles é que o “olheiro” não incorre em crime nenhum, por isso não correu. Os dois menores foi a outra equipe que deteve com droga e dinheiro. Com esse grito dele, os menores foram avisados da aproximação policial, quando grita “tá molhado” quem está na venda sabe que as viaturas ou policiais a pé estavam se aproximando. Foi o depoente e o Soldado Firmani quem abordaram o réu. O local é bem conhecido da Polícia, é contumaz o tráfico de drogas no local. Os menores não conhecia devido a não serem de Campos do Jordão, vem de fora para comercializar. ALYSSON já tinha sido abordado no bairro Britador, não chegaram a pegar com nada ilícito. O réu estava bem próximo dos dois, geralmente eles esperam vir de baixo para cima a viatura, então veio uma equipe de baixo e outra. Os indivíduos que vêm de fora não têm conhecimento dos pontos de fuga que tem no “parquinho”, viela, área de mata, por cima das casas, o pessoal de Campos sabe de onde as viaturas vem, por onde fazem incursão a pé, é o que facilita para colocarem alguém de Campos nessa situação. Se eles ficam sem “olheiros”, a chance de serem surpreendidos é muito grande, têm distração na hora da venda, da contabilidade, não podem perder droga ou entorpecentes, geralmente o que fica na sacola e o que fica na “contenção”, na contabilidade, tem que ter o “olheiro” para ajudar nessa visualização das viaturas. Esses “olheiros” a maioria são usuários, geralmente pagam com entorpecente, nem precisam pagar como “olheiro”. O que tem percebido bastante são as pessoas de fora, que continuam vindo,

hoje mesmo houve abordagem da pessoa de fora, quando pegam na prática eles falam que estão de “olheiro” e têm ideia de que não estão praticando crime nenhum. ALYSSON, de outras abordagens, diz que estava morando em Santo Antônio do Pinhal, mas é da região mesmo.

O policial militar Dúlio disse que foram patrulhar esse local, ponto de venda de drogas, viu os três elementos, cada um em uma função, ao chegar ALYSSON gritou “tá molhado”, dois correram, foram abordados abaixo e ALYSSON acima. Foi localizado com os adolescentes droga e dinheiro. Conversado, ele admitiu que era viciado e estava trabalhando como olheiro em troca de droga. Indagados os menores, um ficava com a droga e outro com o dinheiro. O réu estava próximo dos menores. Esses menores eram de Pinda. Não se recorda dos nomes dos adolescentes. Não se recorda dos entorpecentes que tinham na sacola. Os adolescentes admitiram a prática do tráfico, teve um que foi preso depois, até. O réu foi abordado pela equipe do PM Kovalski. Conseguiu pegar os dois, que correram na direção do depoente, seguraram os dois, aí ele trouxe o ALYSSON. Ali é a “biqueira do parquinho”, pessoal de Campos não está querendo trabalhar, é muito fácil de ser preso, aí trazem pessoas de outros locais. ALYSSON disse para levarem os menores, que seriam liberados, ele não iria ser. Não conhecia nenhum dos três. Os moleques eram de fora, de Pinda, ALYSSON não se recorda. Com ALYSSON não foi apreendido nenhum entorpecente. Reconhece o réu como sendo o abordado.

O policial militar Firmani disse que acompanhou uma equipe com Kovalski na Operação Inverno no bairro Britador, nesse lugar tem um parquinho. Chegando próximo do escadão, viram três indivíduos, um deles gritou “tá molhado”, dois saíram correndo em direção à equipe na parte de baixo. O que gritou não correu, não tinha nada com ele. Indagado, admitiu que estava como “olheiro” e foi conduzido abaixo à outra equipe. Não se recorda se ele disse há quanto tempo estava. Ele falou que é usuário, viciado em drogas, não lembra se ele falou quanto recebia. Quando desceu, os outros dois já estavam detidos com uma sacola com entorpecentes. Até abordar, conversar e descer, os outros estavam detidos na parte de baixo. Os outros dois eram menores de idade, não sabe dizer se eles eram de Campos ou de fora. Não lembra se os menores falaram algo de ALYSSON, se confirmaram ou não. Essa conversa faz quase um ano. Não reconhece o acusado, não lembra do rosto dele ou alguns detalhes. É lotado em São Paulo, Zona Sul.

O policial militar Gustavo relatou que estava sendo feito patrulhamento, área conhecida de trafico, viram movimentação estranha e começaram a averiguar, estava com o PM Dulio. Posteriormente, foi constatado que eram menores. Foi avisado pelo olheiro, que foi constatado com o nome de ALYSSON posteriormente, que assumiu que estava na posição de olheiro na data da abordagem. Revistou os menores na abordagem, foi localizada uma sacola com dinheiro e outra com entorpecentes. Um pegava dinheiro e outro guardava o

entorpecente. O “olheiro” era o réu presente, está um pouco diferente, mas é ele mesmo, ALYSSON. Os menores eram de outra cidade que não Campos, não se recorda qual. Perguntaram a ALYSSON, ele disse que era usuário e estava como “olheiro” para avisar da presença da Polícia, que foi o que ele fez, gritou que “tava molhado” e os menores correram. Não se recorda do que ele disse sobre o pagamento. Viu ALYSSON atuando, parado perto do ponto de drogas olhando assustado para os lados, foi constatado quando ele gritou “tá molhado”. Não conhecia ele de outras abordagens, estava em Operação Inverno. Os menores confirmaram que não conheciam ninguém da cidade.

A prova dos autos, portanto, longe de ser precária, é mais que suficiente a ensejar a condenação do representado, encontrando amplo amparo nos depoimentos seguros, coerentes e insuspeitos dos policiais ouvidos, que devem prevalecer sobre sua negativa, isolada nos autos, restando comprovado o crime a ele imputado.

Nada disse ter o representado contra tais testemunhas quando indagado a respeito, não se comprovando, portanto, sua alegação de falsa incriminação, que, como tal, demandaria a respectiva prova, a cargo da Defesa, nos termos do que dispõe o artigo 156, do Código de Processo Penal.

(...)

A quantidade, diversidade e natureza lesiva dos entorpecentes encontrados [130 pinos de cocaína; 05 porções de maconha], somadas às circunstâncias da prisão, em local conhecido pela prática da mercancia ilícita e com apreensão da quantia de R\$ 330,25 em notas trocadas, cuja origem lícita não foi comprovada, revelam que as drogas se destinavam ao consumo de terceiros, para a qual a atividade de “olheiro” do acusado se reveste de essencialidade, uma vez que visa, além de conferir maior especialização e “profissionalismo” à empreitada criminosa, a minimizar os riscos de eventual apreensão de drogas e prisão dos comparsas vinculados diretamente à droga comercializada e ao lucro decorrente de tal comércio. Evidente, assim, a participação do acusado no tráfico (CP, art. 29), tal como ocorre, em relação ao crime de roubo majorado pelo concurso de agentes, com o comparsa que permaneça do lado de fora observando eventual aproximação policial de modo a garantir a eficácia e impunidade da empreitada criminosa. Descabida, portanto, eventual tese de desclassificação para o crime previsto no artigo 37, da Lei Antitóxicos.

Demonstrada a ocorrência do crime e a responsabilidade criminal do acusado, a procedência da ação penal é medida que se impõe. (...)” (fls. 239/248).

Nos termos do voto do Eminentíssimo Relator Sorteado, deu-se parcial provimento ao apelo defensivo para condenar o réu como incurso no art. 37, da Lei nº 11.343/06, à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão, e 490 dias-multa, no

mínimo legal, fixado o regime inicial fechado para cumprimento da pena.

No entanto, com a devida vênia ao entendimento firmado pelo E. Des. Relator sorteado, entende a douta maioria que não assiste razão à Defesa ao pleitear a desclassificação para o art. 37, da Lei nº 11.343/06, devendo ser mantida a condenação do réu pelo delito de tráfico de drogas.

Isso porque **o conjunto probatório demonstrou que o sentenciado se dedicava à prática do tráfico de drogas.**

No caso dos autos, a r. sentença bem afastou a aplicação do art. 37, da Lei de Drogas, apontando a essencialidade da função de 'olheiro', a maior especialização e até mesmo profissionalismo para o sucesso da traficância no local.

Os Policiais Militares relataram que o local é conhecido ponto de tráfico de drogas; ali avistaram três sujeitos, sendo que o réu gritou para os demais, “*tá molhado*”, e eles correram, foram perseguidos e abordados. Na posse deles, foram apreendidos drogas e dinheiro.

Indagado, o réu disse que era 'usuário', que já fez tratamento (que pressupõe uso frequente/vício), e que atuava como 'olheiro' em troca de receber as drogas. Avistou a Polícia, e gritou, eficazmente, para os comparsas fugirem.

Verifica-se, portanto, ação bem coordenada entre todos. Os demais do réu dependiam para que desse os 'avisos' e o autorizaram a ficar ali, cumprindo essa tarefa (que é diuturna), mediante pagamento (ainda que 'em drogas').

Tal situação, a meu ver, não indica eventualidade na atuação do réu (ação isolada naquele único dia), e sim um acordo, uma certa

estabilidade, e conhecimento do *modus operandi* do local, quem era quem, e a função de cada um. Isto sinaliza, a meu ver, coautoria no tráfico de entorpecentes, com distribuição de funções, garantindo o sucesso da traficância.

Dessa forma, diante da prova colhida, não resta dúvida de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas. Tal delito se consuma pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem assegura o sucesso de tais ações consuma a infração.

Anota-se, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalto o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

A prisão em flagrante, a forma de acondicionamento das drogas, os relatos dos policiais, enfim, as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam evidente a prática do tráfico de drogas.

Assim, de rigor a manutenção da condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

No que tange à dosimetria da pena, atentando-se aos

critérios do art. 59, do Código Penal, e art. 42, da Lei nº 11.343/06, a pena-base foi fixada 1/5 acima do mínimo legal, diante dos registros de maus antecedentes¹ e da natureza altamente lesiva da cocaína, perfazendo *06 anos de reclusão, e 600 dias-multa*, no mínimo legal, o que não merece reparos.

Já se decidiu: *“No crime de tráfico de drogas, a quantidade e a variedade do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da lei 6.368/76 (atual Lei n. 11.343/06), que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes (STJ, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). No mesmo sentido: STJ, HC 84.269-MS, 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u.”*

Na segunda fase de dosimetria, presente a circunstância agravante da **reincidência**², a pena foi exasperada à razão de 1/6, perfazendo *07 anos de reclusão, e 700 dias-multa*, o que fica mantido.

Na derradeira etapa, a r. sentença bem afastou o redutor de pena em razão dos registros de maus antecedentes e da reincidência.

Ainda, corretamente, a r. sentença majorou a pena à razão de 1/6, nos termos do art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, em razão do envolvimento de menores de idade no delito, perfazendo o montante final de *08 anos e 02 meses de reclusão, e 816 dias-multa, no mínimo legal*, o que não comporta reparos.

Acerca de tal causa de aumento, leciona Renato Marcão:

¹ Fls. 45: Processo nº 0000565-70.2013.8.26.0563; art. 155, §4º, incisos I e IV, do CP; sentença condenatória; trânsito em julgado para o réu aos 30/01/2017;

² Fls. 45/48: Processo nº 0001146-85.2013.8.26.0563; art. 155, *caput*, do CP; sentença condenatória; pena de 01 ano de reclusão; trânsito em julgado para o réu aos 01/06/2015; processo de execução iniciado aos 20/07/2018;

“Envolver criança ou adolescente tem o sentido de atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. É hipótese em que o agente atua em concurso eventual com criança ou adolescente, aliás, prática recorrente no ambiente do tráfico, notadamente em razão da menor capacidade de discernimento e resistência moral daqueles, a proporcionar maiores facilidades na cooptação, e da condição de inimizabilidade a que os mesmos personagens-alvo estão submetidos.

O agente pode visar atingir criança ou adolescente, destinando a droga para consumo ou para que eles pratiquem o comércio espúrio em próprio nome, por conta e risco (fora dos limites do concurso de agentes) (...).” (Renato Marcão, Tóxico, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 anotada e interpretada, editora Saraiva, 7ª edição, p.278/279)

Observa-se que o tipo penal determina o aumento da pena pela simples conduta de praticar o delito com uma criança ou adolescente, qualquer que seja.

No mais, o redutor de pena previsto no art. 33, §4º, da referida Lei não era cabível neste caso. O registro de reincidência, por si só, veda a concessão da benesse. Ademais, o réu foi preso em flagrante delito, em local conhecido pela ocorrência de tráfico de drogas, foi apreendida quantidade e variedade de drogas embaladas que não podem ser consideradas desprezíveis, destacando-se o alto poder lesivo da cocaína, tudo na companhia de adolescente, além de não comprovar exercício de atividade lícita.

Assim sendo, de rigor a manutenção da pena em ***08 anos e 02 meses de reclusão, e 816 dias-multa, no mínimo legal.***

A r. sentença fixou regime inicial **fechado, o que também deve ser mantido.** A quantidade de pena fixada, por si só, veda a concessão de regime prisional mais favorável.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, o crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Reitera-se que, diante da pena aplicada e das circunstâncias do caso concreto, bem como em razão de tratar-se o tráfico de drogas de crime equiparado a hediondo, restou plenamente justificado o regime imposto. Regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade da conduta, não teria o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autorizaria o regime fechado.

No caso dos autos, repita-se, o acusado tinha substâncias **entorpecentes de natureza altamente nociva**, de forma que a maior reprovabilidade de suas condutas deve ser considerada para fixação de seu regime prisional.

Ressalta-se, também, ser o réu portador de maus antecedentes e reincidente.

Outrossim, ressalta-se que o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo, sendo plenamente justificado o regime imposto.

No mais, trago à colação jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

“STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 2. Não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado à paciente, dada a quantidade e variedade de drogas apreendidas com ela e os corréus - 9 porções de cocaína, com peso líquido de 14,2g (Marcelo), 6 porções de maconha, com peso líquido de 25,2g (Marcelo), 40 porções de cocaína, com peso líquido de 212,2g (Adriano e Josiane Mayara), 29 porções de maconha, com peso líquido de 141,7g (Adriano e Josiane Mayara) e 1 porção de cocaína, pertencente a José Roberto Georgetto, com peso líquido de 4,5g (e-STJ, fl. 30), além da apreensão de R\$ 1.379,00 em espécie, cuja origem lícita não foi satisfatoriamente demonstrada, e de petrechos para divisão e embalo de entorpecentes,

consistentes em facas, balanças de precisão, eppendorfs e ainda, uma arma de fogo municada (e-STJ, fl. 31); tudo isso a denotar que ela não se tratava de traficante ocasional. 3. Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. **4. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime inicial intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, autoriza a fixação do regime mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial fechado. Precedentes.** 5. A substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos é inviável por expressa previsão legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no HC n. 905.390/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.

MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. **DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, a Corte estadual - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. O Tribunal de origem entendeu devida a manutenção do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, notadamente "diante da quantidade e variedade de drogas e dos indicativos da dedicação do apelante à narcotraficância", circunstâncias que, de fato, justificam a fixação de regime mais gravoso do que o cabível em decorrência da reprimenda aplicada.

4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade por

restritivas de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP (sanção superior a 4 anos).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.849.818/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 30/4/2021.) (g.n.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A EXASPERAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. **REGIME INICIAL FECHADO**. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias do crime - por ter o paciente se valido de transporte coletivo para tentar chegar ao destino, diante da fronteira, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 3 Kg de cocaína, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Mostra-se irretocável o acórdão atacado, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, entendeu por bem reduzir a pena em 1/4, não havendo, ainda, que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de

droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

3. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime fechado se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos (diga-se, 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão), levando em conta a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. Mantida a pena definitiva do paciente em 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

5. Ordem denegada. (HC n. 204.642/MS, relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 2/8/2011, DJe de 24/8/2011.) (g.n.)

E também desta E. Corte:

“Conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados: HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 16.08.2012, HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e, por último, HC 283296/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28.05.2014” (TJSP - Apelação Criminal nº 1501038-82.2023.8.26.0481, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Euvaldo Chaib, j. 30.09.2024). (g.n.)

APELAÇÃO – Artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 –
Condenação do réu à pena corporal de 05 anos e 10
meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao
pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário
mínimo – Autoria e materialidade do tráfico ilícito de
drogas bem demonstradas pelas provas produzidas em fase
judicial – Validade dos depoimentos policiais como

elementos de prova – Manutenção da condenação que se impõe – Dosimetria – Reforma parcial - Primeira fase – Fixação da pena-base em seu mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - Segunda fase – Exasperação da pena em $\frac{1}{4}$ em razão da reincidência do réu – Condenação apta a configurar reincidência não especificada – Folha de antecedentes juntada aos autos que não contém condenação com trânsito julgado anterior à prática do crime ora em análise sem que tenha transcorrido o período depurador de 05 anos - Agravante afastada – Pena provisória mantida em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo Terceira fase – Ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas – Impossibilidade de reconhecimento da figura privilegiada do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 – Dedicação do réu às atividades criminosas - **Pena definitiva fixada em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo – Condições pessoais do réu que, apesar do quantum da pena inferior a 08 anos, autorizam a manutenção do regime inicial fechado nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal** – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de suspensão condicional da pena diante do quantum da pena aplicada, superior a 04 anos – Inteligência dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, respectivamente – Apelação parcialmente provida, nos termos do presente Acórdão. (TJSP; Apelação Criminal 1513100-56.2021.8.26.0019; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Americana - 2ª Vara



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Criminal; Data do Julgamento: 27/08/2024; Data de Registro: 27/08/2024) (g.n.)

Assim, **mantenho o regime inicial fechado para cumprimento da pena.**

No mais, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Primeiramente, diante do *quantum* da pena e o registro de reincidência. E ainda que assim não fosse, sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

“Crime hediondo - Entorpecente - Tráfico - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98, direcionada aos pequenos delitos, oportunizando ao condenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, com a Lei 8.072/90, que visa tratar com maior severidade os apenados por delitos odiosos.” (TJRS) RT 771/688.

“Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617.

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício ou, ainda, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sursis, nos termos do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Desse modo, com a devida vênua ao entendimento firmado pelo E. Des. Relator sorteado, entendo que, na espécie, o réu não faz jus à citada desclassificação para o delito previsto no art. 37, da Lei de Tóxicos.

Ademais, incabível a redução da pena, a fixação de regime inicial mais brando, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Assim, respeitosamente, deve ser mantida a r. sentença recorrida.

Ante o exposto, **por maioria de votos, nega-se provimento ao apelo defensivo**, mantida a r. sentença de 1º Grau por seus próprios e jurídicos fundamentos; vencido em parte o eminente Relator Sorteado, que dava parcial provimento ao recurso para condenar o réu como incurso no art. 37, da Lei nº 11.343/06, e declarará.

Ely Amioka

Relatora Designada



DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Autos da Apelação nº **1501395-39.2023.8.26.0618**

Apelante: **ALLYSON RODRIGO DA SILVA ALMEIDA**

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

Meritíssimo Juiz de Direito: Guilherme Henrique dos Santos Martins

Comarca: Campos do Jordão

VOTO Nº **7896**

APELAÇÃO CRIMINAL. Sentença condenatória. Tráfico de drogas (artigo 33, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29, “caput”, do Código Penal). Insurgência defensiva.

Preliminar. Arguição de nulidade processual pela obtenção de provas por meios ilícitos: abordagem e revista pessoal ilegais. Não acolhimento. Policiais militares que agiram dentro da legalidade e munidos de fundadas razões (justa causa). Réu flagrado prestando auxílio material a traficantes, na condição de “olheiro”. Ausência de indícios de terem os policiais mentido em juízo. Provas obtidas lícitamente.

Mérito. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Rejeição. Conjunto probatório formado nos autos que evidenciou a prática criminosa descrita na denúncia. Depoimentos dos policiais militares coerentes entre si e com aqueles

fornecidos na delegacia de polícia. Versão do acusado inverossímil e que restou isolada do restante das provas. Comprovou-se que Allyson atuava como informante, na modalidade “olheiro”, sendo encarregado de alertar os traficantes sobre a chegada de agentes estatais. Conduta que melhor se amolda ao tipo penal do artigo 37, “caput”, da Lei nº 11.343/06. Efetivação da “emendatio libelli” dos fatos descritos na exordial, amoldados inicialmente ao crime de tráfico de drogas, condenando o réu como incurso no artigo 37, “caput”, da Lei de Drogas.

Dosimetria penal. Primeira fase. Penas-base aumentadas em 1/5. Mau antecedente. Natureza e quantidade das drogas apreendidas. Segunda fase. Acréscimo de 1/6. Reincidência. Terceira fase. Aumento de 1/6. Majorante do artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas. Penas readequadas ante a desclassificação operada.

Regime prisional fechado mantido, ante a reincidência e o mau antecedente. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos e a concessão de “sursis”.

QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA.

APELO PROVIDO EM PARTE.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de fls. 239/248, pela qual foi julgada procedente a ação penal para condenar o réu como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29, *caput*, do Código Penal, às penas

de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Interpôs a Defesa recurso de apelação (razões às fls. 289/294) arguindo, preliminarmente, a nulidade da prova obtida mediante abordagem e busca pessoal ilegais, pois ausentes as fundadas suspeitas. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência de provas.

Contrarrazões de apelação às fls. 303/312, pela manutenção da r. sentença.

O Ministério Público em segundo grau opinou pelo desprovimento do recurso, conforme parecer acostado às fls. 321/324.

É o relatório.

Respeitado o entendimento da d. maioria, dele divirjo, tendo em vista que, pelo meu voto, rejeitaria a preliminar e, no mérito, daria parcial provimento ao recurso, nos termos abaixo delineados.

O réu foi condenado como incurso no delito previsto no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 29, *caput*, do Código Penal, porque no dia 28 de julho de 2023, por volta das 16h00, na rua Melo Peixoto, nº 05, Vila Inglesa, na cidade e comarca de Campos do Jordão, prestou auxílio material, na condição de “olheiro”, aos adolescentes Luiz Fernando Bicudo Rodrigues e Nicolas Felipe dos Santos Confalone Paschoal, os quais traziam consigo, para entrega ao consumo de terceiros, 130 (cento e trinta) “pinos” contendo cocaína, com peso líquido de 41,82 gramas, e 05 (cinco) porções de “maconha”, substância com *tetrahidrocanabinol* (THC), com massa líquida de 9,53 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R\$ 330,25 (trezentos e trinta reais e vinte e cinco centavos), quantia

apreendida na posse do adolescente Luiz Fernando.

Conforme apurado no curso da investigação e da instrução processual, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina quando decidiram realizar incursão em local conhecido pela traficância (“Parquinho”).

Neste lugar, em distância segura para não serem percebidos, os agentes públicos visualizaram a movimentação suspeita de três indivíduos, “na ponta do escadão”. Em razão disso, decidiram efetivar breve campana a fim de verificar eventual atividade ilícita do grupo.

Durante este período, os policiais puderam constatar a prática do tráfico de drogas pelo mencionado grupo. Consoante observado, um dos indivíduos – Luiz Fernando – recebia o valor de terceiros, enquanto outro indivíduo, na posse de uma sacola – Nicolas – entregava objetos para os compradores. O terceiro indivíduo – o ora apelante – prestava auxílio aos demais, vigiando o entorno (na condição de “olheiro”).

Já verificada a dinâmica delitiva, os agentes estatais fizeram a incursão no local onde o grupo atuava, tendo o réu, ao se aperceber do ocorrido, gritado aos demais “tá molhado”, sucedendo a fuga dos adolescentes, os quais foram capturados em seguida. Foi realizada a abordagem.

Em revista pessoal, os policiais encontraram na posse de Nicolas uma sacola plástica contendo as drogas acima descritas, e na posse de Luiz Fernando, dinheiro. Com Allyson, ora acusado, nada de ilícito foi localizado, tampouco objetos diversos ou dinheiro.

Em conversas informais, os três indivíduos

admitiram a traficância. O acusado disse atuar no tráfico de drogas na condição de “olheiro”, recebendo porções de droga como pagamento.

Diante disso, o réu e os dois adolescentes foram presos em flagrante delito (fl. 04) e encaminhados à delegacia de polícia, sendo lavrado o boletim de ocorrência (fls. 05/08).

As drogas foram apreendidas (fls. 11/12) e submetidas ao exame químico-toxicológico (fls. 182/184), pelo qual é possível concluir pelo caráter ilícito das substâncias nelas contidas.

Na fase policial, o réu exerceu seu direito constitucional ao silêncio (fls. 18/19).

Em juízo, Allyson negou a prática delitiva. Segundo relatou, saiu de Santo Antonio do Pinhal, com destino a Campos do Jordão, para adquirir “crack”. Estava na posse de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e pagou R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) no transporte entre as duas cidades. Já em Campos de Jordão, adquiriu duas pedras de “crack” e as consumiu imediatamente. Quando ia adquirir a terceira porção da droga, quando foi abordado pelo policial Marco Aurélio de Souza Kovalski, na “ponta do escadão”. Não havia ninguém ao seu lado. Acompanhou o agente público até um local onde se encontravam dois adolescentes, presos nas redondezas. Na oportunidade, disse ao policial ser apenas usuário de drogas, porém ele “não quis ouvir” (sic) e efetivou sua prisão. Por fim, afirmou ser dependente químico e trabalhar em um condomínio na cidade de Santo Antonio do Pinhal, auferindo R\$ 100,00 (cem reais) por cada dia trabalhado (cf. gravação digital anexada à fl. 226).

Este é o resumo das provas produzidas no caso.

Em sede preliminar, a Defesa sustentou que as provas foram obtidas de forma ilícita, vale dizer, mediante abordagem e revista pessoal desprovidas de fundadas suspeitas, em desacordo com os ditames do Código de Processo Penal.

Sustentou não ter havido justa causa da ocorrência de flagrante delito, pois não foram visualizados atos de mercancia. Além disso, aduziu haver indícios de falsa incriminação do acusado pelos policiais e, ainda, não ser crível o fato de ter o réu admitido o crime perante os agentes públicos.

Assim, pleiteou a anulação das provas obtidas ilegalmente e, via de consequência, a absolvição do réu.

As alegações não prosperam.

Como exposto anteriormente, os agentes públicos se deslocaram para um ponto de venda de drogas conhecido como “Parquinho”, onde decidiram realizar breve campana a fim verificar potencial atividade ilícita por parte de três indivíduos que se ali encontravam reunidos.

Passado um tempo, os policiais visualizaram a atividade coordenada dos três indivíduos – posteriormente identificados como sendo o réu e os adolescentes Luiz Fernando e Nicolas – na prática do crime de tráfico de drogas. Conforme avistado, os menores efetivavam os atos de mercancia propriamente ditos, recebendo dinheiro e entregando objetos (possivelmente drogas) a terceiros, ao passo que o apelante atuava como “olheiro”, vigiando o entorno.

Com a aproximação policial, o acusado gritou “tá molhado” (sic), sucedendo a tentativa de fuga dos adolescentes, a ratificar o liame subjetivo entre os três, abordados ao final.

Logo, é evidente que havia fundadas razões para a realização dos atos de abordagem e de busca pessoal, pois era nítido, com base nas circunstâncias objetivas concretamente percebidas pelos agentes públicos, que o réu e os adolescentes se encontravam em situação de flagrante delito, nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal: “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Assim, restaram plenamente justificados os atos de abordagem e de busca pessoal efetivados pelos policiais.

Nessa toada, verifica-se que as palavras dos agentes públicos se revelaram coesas e não apresentaram sinais de manipulação, evidenciando a veracidade de seus relatos. Lado outro, não há nos autos quaisquer indícios de prova a denotar terem os policiais atuado de forma ilegal, como aduzido pelo réu em seu interrogatório judicial.

Tampouco a Defesa trouxe elementos de prova neste sentido, ou seja, não se desincumbiu do ônus processual que lhe competia, remanescendo intacto, assim, o valor probatório conferido aos depoimentos dos policiais, cujos atos, sabe-se, gozam de presunção de veracidade e de legitimidade (ausente prova em sentido contrário).

Cumprе frisar: não se verificaram incoerências nos depoimentos dos quatro policiais ouvidos sob o crivo do contraditório, os quais confirmaram a ocorrência dos elementos descritivos contidos no teor das declarações apresentadas na delegacia de polícia pelos agentes públicos Gilmar Dulio dos Santos e Gustavo Peres Amador Bueno (fls. 15/17).

Por sua vez, é o caso de mencionar não ter Allyson, na fase inquisitiva, mencionado qualquer circunstância minimamente indicativa da aventada conduta ilícita dos agentes públicos (fls. 18/19), tampouco na audiência de custódia (fls. 58/61), constando do termo do ato solene: “(...) pelo réu não foi apresentada qualquer irregularidade em sua prisão, maus tratos ou tortura, informação está corroborada com o laudo médico de fls. 16” (cf. decisão à fl. 58).

Destarte, diante de todas essas evidências e circunstâncias, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que as provas obtidas mediante abordagem e busca pessoal no apelante e em seus comparsas são plenamente lícitas.

Portanto, fica superada a questão preliminar.

No mérito, a materialidade e autoria delitivas restaram devidamente comprovadas, consoante acima analisado, porquanto os policiais militares avistaram os adolescentes realizando o comércio espúrio enquanto o ora apelante vigiava o entorno, exercendo a atividade de “olheiro”. Tanto é assim, que no momento da incursão policial no local do crime, Alyson rapidamente gritou aos seus comparsas: “tá molhado” (sic).

Esta dinâmica delitiva foi narrada coerentemente pelos agentes estatais, os quais não tinham motivos para incriminar Allyson falsamente, como visto.

Já a versão do réu restou isolada do restante das provas e, ademais, é deveras inverossímil.

Em síntese, o acusado relatou ter ido a Campos do Jordão na posse de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para comprar porções de

“crack” para seu consumo pessoal. Segundo afirmou, teria gastado R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) com seu transporte. Já na cidade de destino, asseverou ter adquirido duas “pedras” de “crack” e as consumido, sendo abordado pelos policiais quando adquiriria a terceira porção da droga.

Ocorre que, conforme se verifica dos depoimentos dos policiais e do auto de exibição e apreensão (fls. 27/28), em revista pessoal ao réu não foram encontradas drogas, tampouco foram localizados dinheiro e/ou petrechos geralmente utilizados no consumo de drogas, tornando sobremaneira frágil o seu relato no sentido de estar no local do crime apenas para adquirir porções de “crack” e, via de consequência, a tese de ser mero usuário de drogas.

Não se olvide, ademais, ser bastante comum a situação na qual um usuário de drogas, a fim de sustentar o seu vício, aceita traficar ou auxiliar terceiros na efetivação do comércio espúrio, em troca de porções de tóxico. Vale dizer, a situação de usuário não exclui, por si só, a de traficante. Aliás, consoante verificado, o réu admitiu informalmente aos policiais que exercia a função de “olheiro do tráfico”, recebendo porções de droga como pagamento.

Assim, ante a robustez das provas produzidas pela acusação, restaram evidenciados os fatos criminosos imputados a Allyson.

Nada obstante, pelo meu voto, seria o caso de se proceder à *emendatio libelli*, nos termos do artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal, a fim de atribuir definição jurídica diversa aos fatos descritos na r. denúncia, imputados a Allyson, porquanto amoldáveis ao crime específico descrito no artigo 37, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (“Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei”), e não ao delito de

tráfico de drogas.

De fato, consoante descreveu o *Parquet* na inicial acusatória (fls. 01/03): “Consta do incluso inquérito policial que, por volta das 16h02min do dia 28 de julho de 2023, na Rua Melo Peixoto, nº 05, Vila Inglesa, nesta cidade e comarca, ALLYSON RODRIGO DA SILVA ALMEIDA (qualificado às fls. 06) participava do crime de tráfico, em concurso de agentes com os menores inimputáveis Luiz Fernando Bicudo Rodrigues e Nicolas Felipe dos Santos Confalone Paschoal, os quais traziam consigo, para fins de tráfico, 130 pinos de cocaína, peso bruto aproximado de 142,9 gramas; e 05 porções de maconha (...) O denunciado estava no local cumprindo a função de ‘olheiro do tráfico’”.

Consigne-se não haver qualquer obstáculo à efetivação da *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição, desde que, obviamente, o Tribunal se restrinja aos fatos descritos na denúncia e não haja indevida *reformatio in pejus* (artigo 617 do Código de Processo Penal).

Noutras palavras, não há decisão *extra petita*, pois está-se a apreciar a narrativa contida na inicial acusatória e as provas produzidas a fim de meramente efetivar juízo de adequação típico-normativa dos fatos descritos e apurados, posto que se subsumam perfeitamente à figura do artigo 37, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Tampouco restam feridos o princípio da correlação entre a sentença e a denúncia ou os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, como é sabido, **o réu se defende dos fatos e não da classificação jurídica imputada na denúncia**. E os fatos narrados pelo Ministério Público e devidamente constatados nessa oportunidade constituem o auxílio material prestado pelo réu, na condição de “olheiro”, aos adolescentes Luiz Fernando e Nicolas.

Logo, apesar de Allyson ter, “de qualquer modo concorrido” com a conduta dos adolescentes, classificando-se o autor como partícipe na narcotraficância, a teor do disposto no artigo 29, *caput*, do Código Penal, quis o legislador inovar e especializar tal espécie de participação, estabelecendo conduta típica própria ao comportamento. Por tal razão, tem-se na Lei nº 11.343/06 tipo penal autônomo para o chamado “colaborador do tráfico”, com penas inferiores.

Parte da doutrina corrobora tal entendimento, como o fazem Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza, como se vê a seguir³:

“O crime de informante colaborador [artigo 37 da Lei nº 11.343/06] é um crime autônomo, verdadeira exceção à teoria monista, que tipifica autonomamente uma participação de menor importância na associação ao tráfico. Aqui o agente fornece informações menores para a prática do tráfico. Qualquer pessoa pode praticar este crime (ex.: informantes dos morros que, soltando fogos, avisam ao grupo criminoso a chegada da polícia). (...)”

Ora, a conduta do informante, por não ter sido pormenorizadamente descrita pelo legislador quando da redação do dispositivo legal, permite interpretação ampla, abarcando qualquer agente que preste alguma informação ou auxílio ao traficante, grupo, organização ou associação (exceto, por óbvio, quando esta colaboração se enquadrar em um dos núcleos do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, hipótese em que o agente será coautor do tráfico de drogas).

Segundo Vicente Greco Filho⁴:

“São diversas as formas possíveis no campo da informação:

³ SANCHES CUNHA, Rogério; BATISTA PINTO, Ronaldo; SOUZA, Renee do Ó. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 7.ed. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 1919.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192.

pode referir-se a informações ligadas à proteção da sede do tráfico, da vigilância e indicação dos pontos de drogas, à atividade de grupos rivais ou a relativa a informações privilegiadas se o agente é servidor público e valendo-se dessa função para subsidiar o tráfico de dados sobre a atuação policial.”

Na mesma linha, Cleber Masson e Vinícius Marçal⁵:

“Destarte, a **colaboração que rende ensejo à incidência do art. 37 da Lei de Drogas é a que se opera por meio da prestação de informações, tal como ocorre** quando o agente, exemplificativamente, contribui para a propagação do tráfico de drogas, **na função popularmente conhecida como “olheiro”**. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a consumação desse delito na situação em que o autor, como olheiro do tráfico, 'valia-se de um apito e de uma arma de fogo [...], sendo certo que recebia semanalmente determinada quantia dos líderes da quadrilha pelas funções desempenhadas.'. É de ressaltar, contudo, que, a despeito de atuar como olheiro, nos casos em que o sujeito vier a exercer a vigilância do ponto do tráfico, será possível a sua responsabilização pelo crime definido no art. 33, caput, se ficar evidenciada a guarda da própria droga. Também incorre no delito em análise o agente que, devidamente acordado com os chefes do tráfico, atua para avisá-los sobre eventuais ações policiais, por vezes soltando foguetes e disparando outros sinais sonoros. O assim chamado 'fogueteiro', sem dúvida, é informante.”

Assim, também será considerado um colaborador, nos termos do artigo 37 da Lei nº 11.343/06, o agente que atuar como “campana” ou “vigilante” do tráfico, ou seja, aquele cuja função se limita a alertar o(s) traficante(s) sobre a aproximação ou a chegada de agentes estatais (policiais, civis ou militares, ou guardas civis).

Este também é o entendimento desta C. 15ª
Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO DEFENSIVA - TRÁFICO ILÍCITO DE

⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 191.

ENTORPECENTES - APREENSÃO DE PORÇÕES DE CRACK, COCAÍNA E MACONHA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O ACERVO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO DE EMERSON E JOÃO DANIEL MANTIDA. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE ATUAVA COMO OLHEIRO - CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/06. TIPO PENAL PRÓPRIO - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE CLEBER. POSSIBILIDADE. (...).** RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (...). Contudo, em relação ao réu Cléber, considerando que o conjunto probatório vai no sentido de que, na data dos fatos, ele estava atuando como “olheiro”, tanto que tentou avisar os demais acusados sobre a chegada da polícia e nada de ilícito foi encontrado em seu poder, a conduta por ele praticada melhor se amolda ao tipo penal específico de colaboração com o tráfico. Assim, é de rigor o acolhimento do pleito desclassificatório, com a readequação de sua condenação para o crime previsto no artigo 37 da Lei de Drogas. (...) (TJSP; Apelação Criminal 1501523-51.2022.8.26.0535; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/03/2023; Data de Registro: 30/03/2023, g.n.).

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - RÉU QUE TRAZIA CONSIGO PORÇÕES DE MACONHA, CRACK E COCAÍNA - PALAVRAS DOS POLICIAIS EM SINTONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO, A MERECER CREDIBILIDADE - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA BEM DOSADA. REGIME ADEQUADO. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CORRÉU QUE ATUAVA COMO OLHEIRO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 37, DA LEI N.11.343/06. TIPO PENAL PRÓPRIO - POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...).** Contudo, em relação ao réu Luiz Henrique, o conjunto probatório é uníssono no sentido de que, ao menos na data dos fatos, ele exercia a função de olheiro, tanto que avisou o corréu sobre a chegada da polícia. Com efeito, apesar de Luiz Henrique ter negado seu envolvimento com a traficância, verifica-se que sua versão apresentada na fase extrajudicial foi amplamente corroborada pelos depoimentos dos policiais, os quais, em juízo, relataram que, informalmente, o réu afirmou que exercia a função de “olheiro”, sendo responsável pelo monitoramento das viaturas policiais pelo local. Desse modo, com a devida vênia à r. sentença, é o caso de desclassificação da conduta de Luiz Henrique para o tipo específico previsto no

artigo 37 da Lei de Drogas, uma vez que as provas amealhadas nos autos demonstram que ele colaborava como informante para a prática da traficância. (...). (TJSP; Apelação Criminal 1501616-67.2019.8.26.0616; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/08/2020; Data de Registro: 18/08/2020, g.n.).

Portanto, pelo meu voto, seria o caso de efetivar a *emendatio libelli* e consequentemente desclassificar a conduta de Allyson para o crime previsto no artigo 37, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Passa-se à apreciação da dosimetria penal, não tendo a Defesa se insurgido neste ponto.

Na primeira fase, as penas-base foram fixadas 1/5 acima dos patamares com fundamento no mau antecedente (processo nº 0000565-70.2013.8.26.0563, trânsito em julgado em 12.12.2016, conforme certidão de fls. 43/50) e na natureza da droga apreendida (cocaína), nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Anote-se que, tendo o réu concorrido com as condutas dos adolescentes na condição de “olheiro”, fica mantida, evidentemente, a valoração da circunstância relativa à natureza de parte das droga apreendidas, diante de sua natureza objetiva (vide interpretação *a contrario sensu* do artigo 30 do Código Penal).

Frise-se ainda que, apesar de não ser a natureza de parte das drogas apreendidas (cocaína) suficiente, por si só, a majorar as penas, é certo serem as circunstâncias globais da natureza e da quantidade dos tóxicos apreendidos (130 “pinos” contendo cocaína e 05 porções de “maconha”) aptas à valoração negativa efetivada nessa fase dosimétrica, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, motivo pelo qual apenas acrescento tal fundamento àquele constante na r. sentença, sem alterações no aumento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

operado.

Destarte, aplicado o acréscimo de 1/5, perfazem as penas 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e 360 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a reincidência (processo nº 0001146-85.2013.8.26.0563, trânsito em julgado em 01.06.2015, sentença de extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena em 19.03.2024, cf. certidão de fls. 43/50 e consulta aos autos da execução penal de nº 0002453-38.2015.8.26.0520 – fl. 352), as sanções foram acrescidas em 1/6, ou seja, 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 420 dias-multa.

Na terceira fase, foi aplicada a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas (crime envolvendo adolescentes), havendo a majorando das penas em 1/6.

Saliente-se, pois oportuno, não ser o caso de se cogitar a incidência da minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, aplicável apenas aos delitos previstos nos artigos 33, “caput” e §1º, da Lei nº 11.343/06.

Portanto, finalizam as sanções em **03 (três) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 490 (quatrocentos e noventa) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Foi fixado o regime prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual resta mantido, pois o réu é reincidente e possui mau antecedente, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, c.c. o artigo 59, *caput*, ambos do Código Penal.

Pelos mesmos motivos, inviável a substituição da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos e a concessão de *sursis*.

Diante do exposto, pelo meu voto, **REJEITARIA A PRELIMINAR** e, no mérito, **DARIA PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para, observada a atribuição de definição jurídica diversa dos fatos descritos na denúncia, nos termos do artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal, condenar Allyson Rodrigo da Silva Almeida como incurso no artigo 37, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 490 (quatrocentos e noventa) dias-multa, no valor unitário mínimo.

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

Christiano Jorge
Relator Sorteado, vencido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	24	Acórdãos Eletrônicos	ELY AMIOKA	2A188154
25	40	Declarações de Votos	CHRISTIANO JORGE SANTOS	2A230E70

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1501395-39.2023.8.26.0618 e o código de confirmação da tabela acima.