



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000314976

1500658-90.2024.8.26.0136

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500658-90.2024.8.26.0136, da Comarca de Cerqueira César, em que é apelante LUCAS DA SILVA PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), ANTONIO B. MORELLO E RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

ULYSSES GONÇALVES JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1500658-90.2024.8.26.0136

Juízo de origem: Foro de Cerqueira César/1ª Vara

Apelante: Lucas da Silva Pereira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juíza de 1ª Instância: Bruna Mendes Ferreira

Voto nº 10.778

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.. Questão em Discussão. Consiste em (i) nulidade das evidências pela abordagem policial; (ii) insuficiências de provas; (iii) fixação da pena base no mínimo legal; (iv) reconhecimento do atenuante da confissão; (v) afastamento da causa de aumento previsto no art. 40, III, da Lei 11.343/06. Razões de Decidir Afastada a preliminar de nulidade das provas, considerando a justificativa para a abordagem policial, decorrente de suas funções para prevenção de crimes. A materialidade e a autoria do delito foram comprovadas por depoimentos de policiais e provas materiais. A proximidade dos fatos locais com o estabelecimento de ensino não foi utilizada para a prática do crime, afastando a causa de aumento. Dispositivo e Tese. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena para 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e 729 dias-multa, em regime fechado e conceder a Justiça Gratuita. Tese de julgamento: 1. A nulidade das provas não se sustenta sem comprovação de prejuízo. 2. A proximidade do estabelecimento de ensino não caracteriza, por si só, uma causa de aumento se não houver vínculo com a prática delitiva. Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, III; Código de Processo Penal, art. 240, §2º, art. 244, art. 400, § 1º, art. 563, art. 156; Código Penal, art. 33, § 3º. Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no HC 606.247/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 20.10.2020; STF, HC 87.662-5/PE, Rel. Min. Carlos Aires Britto, j. 05.09.06; STJ, HC 175.768/MG, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, Sexta Turma, j. 21.10.2010.

Cuida-se de recurso de apelação da sentença de fls. 160/166, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou o réu **LUCAS DA SILVA PEREIRA**, como incurso nos artigos 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de 8 anos, 6 meses e 2 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 580 dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente à época do fato, acrescido de atualização monetária.

Inconformado, o réu apela, alegando, preliminarmente, nulidade das provas, diante da busca pessoal irregular por parte dos policiais. No

mérito, pede absolvição por insuficiência de provas. Alternativamente, fixação da base no mínimo legal, reconhecimento da atenuante da confissão e afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06 e concessão da gratuidade processual (fls. 174/197).

O recurso foi processado e regularmente contrariado (fls. 214/219).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 240/244).

É O RELATÓRIO.

Afasto a preliminar.

Em que pesem os argumentos defensivos, não há se falar em ausência de justa causa para abordagem e busca pessoal por parte dos policiais, que estavam em patrulhamento, visando a prevenção de crimes e decorrem de suas funções, que devem interpelar qualquer indivíduo com comportamento suspeito, como é o caso dos autos e, tais circunstâncias de ocorrência de flagrante delito está devidamente justificada, nos moldes do art. 240, §2º e art. 244, ambos do Código de Processo Penal.

Ressalto que o crime de tráfico de drogas tem natureza permanente, ou seja, a qualquer hora do dia devem os policiais proceder atos necessários para coibi-lo a fim de combater flagrante delito.

Além disso, cabe ao Juiz a condução do processo, pode ele até mesmo indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, nos termos do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

Esta é a tradução do princípio do livre convencimento

motivado do Juiz, segundo o qual o Magistrado possui ampla liberdade para analisar as provas trazidas aos autos para formação de seu convencimento que, no caso, eram suficientes para a análise do mérito e posterior decreto condenatório.

De mais a mais, como se sabe, no processo penal, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, contemplado no artigo 563 do Código de Processo Penal, não deve ser declarada nulidade de ato processual quando não resultar em prejuízo comprovado pela parte que alega, exatamente como no caso em apreço.

Confira-se a respeito o julgado: *Esta Corte Superior entende que as nulidades em processo penal observam ao princípio pas de nullité sans grief inscrito no art. 563 do Código de processo Penal, segundo o qual não será declarada a nulidade do ato sem a efetiva comprovação do prejuízo experimentado pela parte, o que, como se observa, não ocorreu na espécie*” como recentemente decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 606.247/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020).

Passo a análise do mérito.

Consta dos autos que, no dia 11 de agosto de 2024, por volta das 20h42min, na Rua Otaviano Pires, 9, Nossa Senhora de Fátima, na cidade e Comarca de Cerqueira César/SP, nas imediações de estabelecimento de ensino, o réu trazia consigo dezesseis porções de cocaína, com peso bruto de 4,72 gramas, substâncias causadoras de dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade do delito de tráfico de drogas está consolidada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 05/06), auto de exibição de apreensão (fl. 07) e laudo de exame químico toxicológico de fls. 72/74 e croquis de fl. 90, além da prova oral coligada.

A autoria, igualmente restou incontroversa.

Em solo policial, o réu permaneceu silente. Em juízo, negou os fatos. Disse que estava na casa durante abordagem, que as drogas não são de sua propriedade e não tem inimizade com os policiais.

Sucede, no entanto, que a prova dos autos apurou a responsabilidade do apelante pelos crimes descritos na denúncia.

Realmente, os Policiais Guardas Civis Municipais Emerson José Gomes e Adriano Roberto Bassetto prestaram depoimentos, uníssonos e coesos.

Disseram que receberam informações de comercialização de drogas pelo bairro Nossa Senhora de Fatima. Adentraram na rua Otaviano Pires e abordaram o indivíduo com as características fornecidas, que mexia em um objeto próximo a calçada em frente à escola. Em revista pessoal, nada foi encontrado, porém ao verificar o local onde ele estava mexendo foi localizado 16 papелotes de crack e questionado Lucas negou serem de sua propriedade, momento em que o conduziram até esta Delegacia.

Dessa maneira, em que pese a versão apresentada pelo réu, não se sustenta frente à prova que o incrimina.

Isso porque, diante dos relatos dos policiais e as circunstâncias da abordagem, além do comportamento do apelante, restou demonstrado o tráfico, pois, como se sabe, tal delito se consuma com a prática de qualquer uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, todas de natureza permanente, que, se preexistentes à atuação policial, como o caso dos autos, legitimam a prisão em flagrante.

A quantidade e a forma como a droga estava acondicionada (embaladas e prontas para a venda) de 16 porções contendo cocaína, com peso de

4,72g- em poder do apelante e ainda, de acordo com o laudo de fl. 72/74, além do relatório de investigações, aliadas à prova oral e às circunstâncias em que se deram os fatos, não deixam margem a dúvidas acerca da sua destinação mercantil.

Nem se diga, de outra parte, que os depoimentos dos policiais ouvidos em juízo são suspeitos ou indignos de credibilidade, eis que eles não teriam motivos para fazer uma acusação forjada ou mendaz contra o réu.

Demais disso, o fato de serem policiais, só por só, igualmente não invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer.

Aliás, o depoimento vale não pela condição do depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Sendo assim, estando em harmonia com as demais provas dos autos, como no caso em apreço, não há motivo para desprezá-lo apenas por se tratar de policial.

Confira-se jurisprudência a respeito: *“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”*. (STF HC 87.662-5/PE Rel. Min. Carlos Ayres Britto j. 05.09.06 DJU 16.02.07).

A circunstância do apelante ser eventualmente usuário de drogas, por si só, como se sabe, não o exime da prática do tráfico, pois é fato notório que, no mais das vezes, os usuários também vendem drogas, até mesmo para sustentar o próprio vício.

De outro lado, as testemunhas compromissadas, os policiais que atenderam a ocorrências, foram firmes, categóricos e coerentes. Mais, suas

versões foram corroboradas pela prova material.

De mais a mais, a defesa do apelante não fez prova, ônus que lhe competia, por força do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Por fim, de rigor o afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, que considero insuficiente para a caracterização da majorante tão-somente o critério objetivo, cujo afastamento excepcional deve ser analisado caso a caso.

Nesse aspecto, não existem provas de que o apelante se favorecia da proximidade de tal estabelecimento para praticar a mercancia ilícita, não se verificando ainda, qualquer vínculo entre a conduta delitiva e a escola em questão – Emei Marieta de Moura, cf. croquis de fl. 90 - vez que os fatos ocorreram fora do horário letivo, às 20h42min, em um domingo, dia 11/08/2024 e o estabelecimento de ensino estava fechado.

Inviável, portanto, a absolvição pretendida, eis que bem delineada a responsabilidade do apelante pelo crime de tráfico de drogas, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Com essa conclusão, passo à análise da individualização das penas.

A base deve ser estabelecida acima do mínimo legal, à luz do disposto no artigo 42 da Lei Antidrogas, que foram observadas circunstâncias judiciais desabonadoras a serem imputadas ao réu, corretamente majoradas.

E não há falar-se em redução da pena-base. Isto porque, na hipótese de o agente possuir mais de uma condenação anterior transitada em julgado, como no caso vertente, não há qualquer óbice em utilizar uma delas para majorar a pena-base e a outra como agravante da reincidência, na segunda etapa do cálculo.

A propósito, esse é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: ***"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. ORDEM DENEGADA. 1. A majoração da pena-base deve ser mantida, levando em conta que se deu em razão dos maus antecedentes do paciente - que possui três condenações definitivas anteriores - sendo possível utilizar-se duas para a consideração negativa dos antecedentes e outra para a caracterização da agravante da reincidência, não havendo que se falar em bis in idem, por se tratar de valoração de fatos distintos. 2. Não há violação ao conteúdo da Súmula 241 desta Corte de Justiça, segundo a qual "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial", pois o que se visa evitar com tal preceito é a utilização da mesma condenação anterior para embasar o aumento da pena-base pelos maus antecedentes e para agravar a pena em razão da reincidência, situação esta que não ocorreu no caso em apreço. 3. Habeas Corpus denegado"*** (HC 175.768/MG, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 21/10/2010 - grifei).

Além do mais, tanto a reincidência como o antecedente criminal do réu revelam maior reprovabilidade, não havendo, pois, que se falar em *bis in idem* ou dupla valoração pelo mesmo fato, uma vez que se trata de processos distintos, considerados para majorar a pena do acusado em etapas diferentes da dosimetria penal.

Ademais, não seria proporcional que o agente sem qualquer envolvimento criminal anterior recebesse, pelo mesmo fato, idêntica pena em relação àquele que é contumaz violador da lei penal.

Confira-se:

“As penas-base foram adequadamente majoradas em 1/3 (um terço), em razão da condição pessoal do acusado, que ostenta antecedentes criminais pela prática de crimes contra o patrimônio, inclusive pela prática de crime da mesma espécie (fls. 142, 144 e 153). Importa considerar, neste aspecto, que condenação atingida pelo período depurador da reincidência é apta à caracterização de antecedente criminal... O posterior aumento de 1/3 (um terço), em razão da agravante da reincidência, também era de rigor e apresenta-se como adequado, pois, além das condenações consideradas como antecedentes criminais, o recorrente conta com outras condenações definitivas, pela prática de crimes da mesma espécie (execuções criminais 5, 7, 8 e 10, fls. 103/106). Insta consignar, neste aspecto, quanto ao reconhecimento da circunstância judicial desfavorável e da circunstância agravante da reincidência, que não há que se falar em indevido bis in idem, pois decorreram de condenações penais definitivas distintas...” (APELAÇÃO CRIMINAL nº 0058990-09.2015.8.26.005. De 7 de outubro de 2022. Desembargador Relator NUEVO CAMPOS).

Ainda: “....Insta observar que a reincidência considerada na individualização da pena não é inconstitucional, pois o sistema de aplicação e dosimetria das penas obedece ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CF), que se harmoniza com os demais princípios constitucionais, tanto que está prevista como circunstância agravante (cf. artigo 61, inciso I, do Código Penal)... Também não existe bis in idem, uma vez que o aumento na segunda etapa, e a impossibilidade de aplicação do privilégio, são efeitos distintos decorrentes do mesmo instituto. (Apelação Criminal nº 1500968-87.2019.8.26.0616. De 14/11/2020, V.I. Desembargador Relator NELSON FONSECA JUNIOR).

Na segunda etapa, de rigor a exasperação de 1/6, diante da reincidência, o qual se mostra adequado, ficando total de **07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, estabelecida em definitivo, à míngua de modificadoras.**

Realmente não era caso de se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei Antidrogas, em razão dos antecedentes criminais e também da reincidência do réu, que demonstra que se dedicava às atividades criminosas e não era iniciante na prática do comércio espúrio.

De rigor o afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, como acima exposto.

Nesse aspecto, não existe prova de que o apelante se favorecia da proximidade de tal estabelecimento para praticar a mercancia ilícita, vez que os fatos ocorreram no período noturno em um domingo e o estabelecimento de ensino estava fechado.

O regime prisional é o **fechado**, diante da reincidência, além do *quantum* da pena, frente ao todo exposto que revela, no mínimo, que faz da vida criminosa um meio de auferir de variadas formas lucros ilícitos.

Além de propiciar ao apelante um efetivo aproveitamento da terapêutica prisional, de modo a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando, cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, concedo ao apelante o benefício da Justiça Gratuita, pois não há, nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade.

O artigo 98, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil prevê que a gratuidade da Justiça compreende também "as taxas ou as custas judiciais". Quanto ao critério de deferimento do benefício, o artigo 99, §§ 2º e 3º, do aludido Diploma Processual prevê que: "*O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (...)*" e, ainda, "*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*".

Ante o exposto, **dou provimento parcial ao recurso para diminuir a pena do réu para o total de 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão e 729 dias-multa, em regime fechado e conceder a Justiça Gratuita, anotando-se,** como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, mantida, no mais a r. sentença.

ULYSSES GONÇALVES JUNIOR

Relator