



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000330705

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1517745-74.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DIEGO RODRIGUES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso ministerial, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente) E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1517745-74.2024.8.26.0228

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Diego Rodrigues da Silva

Origem: 32ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital

Voto nº: 5.558

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BUSCANDO A PROCEDÊNCIA INTEGRAL DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. VERSÃO DOS POLICIAIS MILITARES EM HARMONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO. ACUSADO ABORDADO PELOS AGENTES DA LEI EM NOTÓRIO PONTO DE VENDA DE DROGAS, TRAZENDO CONSIGO 328 (TREZENTOS E VINTE E OITO) PORÇÕES CONTENDO 857.7G DE MACONHA, 74 (SETENTA E QUATRO) PORÇÕES CONTENDO 14.7G DE CRACK, 86 (OITENTA E SEIS) PORÇÕES CONTENDO 32.2G DE COCAÍNA E 14 (CATORZE) PORÇÕES CONTENDO 1.25G HAXIXE, TUDO NO INTERIOR DE UMA MOCHILA LANÇADA AO SOLO DURANTE A FUGA. PEQUENAS DIVERGÊNCIAS SOBRE FATOS PERIFÉRICOS NÃO COMPROMETEM OS RELATOS DOS POLICIAIS. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS INCOMPATÍVEIS COM A POSSE PARA MERO CONSUMO PESSOAL. LOCALIZAÇÃO E APREENSÃO DE ANOTAÇÕES DA CONTABILIDADE DO COMÉRCIO ESPÚRIO E RELEVANTE QUANTIA EM ESPÉCIE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS INDICATIVAS DA RESPONSABILIDADE DO APELADO PELO CRIME QUE LHE FOI IMPUTADO NA DENÚNCIA. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO EXCLUI A DE TRAFICANTE.

DOSIMETRIA. PENA-BASE DEFINITIVAMENTE FIXADA NA FRAÇÃO DE 1/5 ACIMA DO PISO LEGAL, DIANTE DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA BENESSE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA

LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS DEMONSTRADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA CRIMINOSA – ACUSADO FLAGRADO EM NOTÓRIO PONTO DE VENDA DE DROGAS, COM EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, ACOMPANHADO DE INDIVÍDUO DETIDO NA POSSE DE CADERNO DE CONTABILIDADE DO TRÁFICO E R\$ 200,00 EM ESPÉCIE. APREENSÃO DE DINHEIRO NO INTERIOR DA SACOLA CONTENDO DROGAS E NA VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL OU A CONCESSÃO DO SURSIS.

RECURSO PROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 147/152), proferida pela MM^a. Juíza de Direito Dra. Juliana Guelfi, da 32^a Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Diego Rodrigues da Silva**, qualificado nos autos, foi processado e, ao final da instrução, absolvido da imputação da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, recorre o representante do **Ministério Público** buscando a procedência integral da denúncia. Requer, ainda, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, a não aplicação do redutor do tráfico privilegiado ou da substituição da pena corporal e, finalmente, a o regime fechado para que tenha início o cumprimento da privativa de liberdade (págs. 134/139).

Processado e contrarrazoado o recurso (págs. 162/169), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento (págs. 183/189).

É o relatório.

A irresignação ministerial comporta acolhimento.

O apelante foi processado pela prática do crime de tráfico de drogas, porque, segundo consta da denúncia:

“(...) no dia 23 de julho de 2024, por volta de 15h40min, na Rua Conte Lopes, altura do numeral 46, Vila Bela, nesta cidade e comarca da Capital, DIEGO RODRIGUES DA SILVA, qualificado a fls. 06, trazia consigo, vendia, para fins de tráfico, drogas, consistentes em 328 (trezentos e vinte e oito) porções contendo 857.7g de maconha, 74 (setenta e quatro) porções contendo 14.7g de crack, 86 (oitenta e seis) porções contendo 32.2g de cocaína e 14 (catorze) porções contendo 1.25g haxixe, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 27, laudo de constatação de fls. 16/19 e laudo definitivo a ser juntado posteriormente.

Segundo apurado, DIEGO foi ao local dos fatos, conhecido ponto de tráfico, trazendo consigo diversas porções de maconha, cocaína, crack e haxixe para venda.

Policiais civis diligenciaram até o local e avistaram algumas pessoas correndo, motivo pelo qual optaram pela abordagem.

Durante busca pessoal, foram encontrados em posse de denunciado 02 bolsas e 01 sacola de papelão contendo as substâncias entorpecentes e a quantia de R\$ 44,05 em moedas.

Ao solo, os policiais encontram quantia de R\$ 784,05 que não foi determinada a propriedade.

Indagado, DIEGO afirmou estava traficando.

Dessa forma, verifica-se, pelas circunstâncias da prisão e pela

quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, a finalidade de traficância.” (págs. 73/75).

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (págs. 01 e ss.); boletim de ocorrência (págs. 09/14); laudo de constatação (págs. 16/19); auto de exibição e apreensão (pág. 27); laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para as substâncias *tetrahydrocannabinol* e cocaína (págs. 87/90); bem como pela contundente prova oral produzida.

E, respeitado o entendimento da i. Magistrada Sentenciante, a autoria é igualmente certa.

Com relação a prova testemunhal produzida, passo a reproduzir as transcrições dos relatos do acusado e policiais inquiridos, que constaram dos termos dos autos e da r. sentença, a fim de preservar a fidedignidade dos depoimentos prestados.

Com efeito, nas oportunidades em que foi interrogado, o apelado negou o cometimento do crime.

Inquirido em solo policial, afirmou:

“(...) negou que estaria traficando, que na realidade é usuário de drogas e que na sua posse havia apenas 02 (duas) pedras de crack. Nada mais disse, tampouco adicionou a seu interrogatório. Perguntado se sofreu algum tipo de agressão física ou psicológica por parte dos Policiais militares ou civis responsáveis por sua prisão, negou. Que estava com dor no pé e foi encaminhado ao OS” (pág. 05).

No contraditório, esclareceu:

“(...) alegando que é usuário de drogas há 14 anos. Mora em uma

viela, nas proximidades de onde foi abordado, há quase dois anos. Havia várias pessoas no local, de quinze a vinte pessoas, que formaram uma fila para comprar droga e todos correram. O rapaz jogou a sacola de drogas e correu. Estava com duas pedras de crack no seu bolso. O policial perguntou quem era o traficante e, como não pode falar, ele foi acusado juntamente com outro rapaz. Comprou a droga com o rapaz que foi levado para a delegacia com ele” (pág. 149).

Entretanto, essas singelas e inconsistentes negativas de autoria não merecem credibilidade, restaram isoladas nos autos e foram cabalmente infirmadas pelo farto e comprometedor acervo probatório produzido nos autos.

Os policiais militares responsáveis pela diligência, nas oportunidades em que foram inquiridos, apresentaram esclarecimentos coerentes e harmônicos a respeito dos fatos.

Na fase extrajudicial, *Jean Sergio Barbosa* relatou:

“(…) que estavam em patrulhamento de rotina, em local “reconhecido pelo tráfico de drogas” (Sic), pela Rua São Paulo, altura do numeral 46, Bairro Vila Bela, nesta capital, que se localiza próximo ao Batalhão 38 BPM. Ao incursionarem pela Rua descrita, algumas pessoas correram e com ajuda de outras equipes policiais, 02 (dois) indivíduos foram abordadas pelos patrulhantes. Identificados, foram qualificados como sendo as pessoas de DIEGO RODRIGUES DA SILVA e ELERSON SOUZA DOS SANTOS. Seguindo os procedimentos de polícia ostensiva e sob os ditames das resoluções da SSP/SP, com a pessoa de DIEGO, os policiais encontraram 02 (duas) bolsas e 01 (uma) sacola de papelão. No interior das bolsas, bem como na sacola, havia: 328 (trezentos e vinte e oito) porções de substância verde aparentando ser maconha, 74 (setenta e quatro) porções de substância branca análoga a crack, 86 (oitenta e seis), porções de substância branca análoga à

cocaína e 14 (catorze) porções de substância análoga a haxixe e ainda, nas bolsas foi encontrado a quantia de R\$ 44,05 em moedas. Questionado o que fazia pelo local, DIEGO confessou informalmente aos policiais que estaria traficando drogas e que já havia estado preso por tráfico. Por seu turno, com a pessoa de ELERSON, os policiais encontraram a quantia de R\$ 200,00 e um papel aparentando ser contabilidade do tráfico. Perguntado, informalmente negou que estaria traficando drogas, mas que ficava de “olho” (Sic) na movimentação. Dando continuidade às diligências, jogado ao solo, os policiais encontram ainda a quantia de R\$ 784,05 que não determinada propriedade. Diante dos fatos, ambos abordados foram trazidos a esta Unidade Policial, para as providências de Polícia Judiciária cabíveis. Destaca-se que o uso de algemas foi utilizado em ambos abordados em razão do risco de fuga, nos termos da SV 11. Por fim, os policiais militares ainda levaram os abordados ao PS (Papeletas em Anexo) uma vez que DIEGO estava com uma luxação no pé e ELERSON estava com uma luxação no braço” (pág. 03).

Em juízo, declarou:

“(…) que se deslocou ao local, que já é conhecido ponto de venda de drogas. Ao chegar ao local, avistou o réu e outro rapaz, ambos que se evadiram. A equipe saiu no encalço desses dois rapazes e o depoente ficou na segurança da moto. Percebeu que havia uma mochila de cor rosa com um deles e que tentou se desvencilhar dessa mochila. Seu parceiro e os demais policiais que incursionaram. Posteriormente, soube que os policiais encontraram nessa mochila rosa e em outra mochila entorpecentes. Não presenciou com qual dos indivíduos estava a mochila e com qual estava uma folha contendo a contabilidade do tráfico” (págs. 149/150).

No mesmo sentido o relato do policial *Bruno Loreno do Nascimento* na fase investigativa:

“(…) que estavam em patrulhamento de rotina, em local

“reconhecido pelo tráfico de drogas” (Sic), pela Rua São Paulo, altura do numeral 46, Bairro Vila Bela, nesta capital, que se localiza próximo ao Batalhão 38 BPM. Ao incursionarem pela Rua descrita, algumas pessoas correram e com ajuda de outras equipes policiais, 02 (dois) indivíduos foram abordadas pelos patrulhantes. Identificados, foram qualificados como sendo as pessoas de DIEGO RODRIGUES DA SILVA e ELERSON SOUZA DOS SANTOS. Seguindo os procedimentos de polícia ostensiva e sob os ditames das resoluções da SSP/SP, com a pessoa de DIEGO, os policiais encontraram 02 (duas) bolsas e 01 (uma) sacola de papelão. No interior das bolsas, bem como na sacola, havia: 328 (trezentos e vinte e oito) porções de substância verde aparentando ser maconha, 74 (setenta e quatro) porções de substância branca análoga a crack, 86 (oitenta e seis), porções de substância branca análoga à cocaína e 14 (catorze) porções de substância análoga a haxixe e ainda, nas bolsas foi encontrado a quantia de R\$ 44,05 em moedas. Questionado o que fazia pelo local, DIEGO confessou informalmente aos policiais que estaria traficando drogas e que já havia estado preso por tráfico. Por seu turno, com a pessoa de ELERSON, os policiais encontraram a quantia de R\$ 200,00 e um papel aparentando ser contabilidade do tráfico. Perguntado, informalmente negou que estaria traficando drogas, mas que ficava de “olho” (Sic) na movimentação. Dando continuidade às diligências, jogado ao solo, os policiais encontram ainda a quantia de R\$ 784,05 que não determinada propriedade. Diante dos fatos, ambos abordados foram trazidos a esta Unidade Policial, para as providências de Polícia Judiciária cabíveis. Destaca-se que o uso de algemas foi utilizado em ambos abordados em razão do risco de fuga, nos termos da SV 11. Por fim, os policiais militares ainda levaram os abordados ao PS (Papeletas em Anexo) uma vez que DIEGO estava com uma luxação no pé e ELERSON estava com uma luxação no braço” (pág. 04).

No contraditório, relatou que:

“(…) foi averiguar ponto conhecido do tráfico de entorpecentes e abordou o réu e outra pessoa. Assim que adentrou na via, o réu se desvencilhou de duas bolsas, dentro das quais havia drogas diversas.

Informalmente, o réu confessou a traficância. O outro indivíduo abordado, Elerson, disse que estava ali para comprar a droga. Com ele, no entanto, havia a quantia de R\$200,00 e uma folha com a contabilidade do tráfico, que foi apreendida. Estavam em torno de oito ou dez policiais militares” (pág. 149).

E a versão apresentada pelos policiais militares é merecedora de toda credibilidade, porque não iriam criar injusta e gratuita acusação. Como qualquer outra testemunha, prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência que realizaram.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

“Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado” (STJ - AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 – Quinta Turma, DJe em: 21/02/2022).

“Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF - HC nº 74438/SP, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJe em: 14/03/2011).

Frise-se que inexistente nos autos qualquer indício de animosidade entre os policiais militares e o apelante. Ademais, o delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de qualquer uma das condutas alternativas do tipo, todas de natureza permanente e preexistentes à atuação policial.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. 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. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

A n. Magistrada Sentenciante absolveu o acusado aos seguintes fundamentos:

“(…) Diante da prova oral produzida em juízo, a autoria acerca do tráfico é duvidosa.

Isto porque há divergências nos depoimentos dos policiais que, analisadas ao lado das circunstâncias da abordagem, incute dúvidas acerca da autoria.

O policial militar disse que não presenciou a abordagem e que

ficou na segurança das viaturas, o que diverge do que disse na fase policial, como se tivesse acompanhado toda a ocorrência. Quando indagado por mais de uma vez em juízo acerca de quem estava com a tal mochila rosa, disse que não sabia dizer com quem estava. Na delegacia, ainda, o policial fez menção a várias pessoas que estariam no local, justamente como descreveu o réu, o que foi contrariado pelo policial militar Bruno.

Segundo o policial Bruno, dois foram os abordados, sendo que somente eles estariam na viela, o que contraria a versão do outro policial que, como mencionado acima, disse que havia várias pessoas, todas que correram com a incursão das viaturas.

Segundo o policial Bruno, ainda, o segundo rapaz que foi abordado Elerson - estava com a quantia de R\$200,00 e uma folha com a contabilidade do tráfico. Não se sabe ao certo, no entanto, o motivo de apenas um deles ser denunciado já que, segundo a versão do policial, o réu e o segundo rapaz estavam em atos de traficância.

Por fim, tem-se que foi encontrada uma segunda mochila, dentro da qual também haveria droga e o policial Jean menciona que apenas um deles estava com uma das mochilas, no caso, a de cor rosa.

Por fim, causa estranheza que mesmo com tantos policiais participando da ocorrência, cerca de oito a dez, nenhum deles tenha gravado o momento da abordagem e da tal confissão informal.

O fato é que se a abordagem se deu com a participação de várias equipes, ela poderia ter sido melhor orquestrada. Ao que tudo indica, houve correria generalizada e o réu e Elerson foram abordados, foram abordados mas, tal qual a dúvida beneficiou Elerson, não há provas indene de dúvidas de que o réu estaria igualmente traficando.

O réu mora no local dos fatos e a versão de que estava ali comprando drogas se coaduna justamente com a versão inicial do

policia Jean, que confirmou ter várias pessoas que correram com a entrada das equipes.

Essas contradições nos depoimentos dos policiais, analisadas em cotejo com as circunstâncias da abordagem tornam a negativa do réu bastante verossímil.

Desta forma, as duas versões- acusatória e defensiva-coexistem e nenhuma sobressai ou prevalece sobre a outra, remanescendo dúvida que deve favorecer o réu à vista do sistema processual penal vigente, fundado na persuasão racional ou livre convicção motivada do julgador na presunção de inocência, só afastada, esta última, quando o órgão acusatório se desincumbe do ônus da prova dos fatos descritos e imputados na denúncia.

Ocorre que o conjunto probatório, no que tange à autoria, ressoante-se de robustez, mostrando-se insuficiente à comprovação da prática de tráfico de entorpecentes por parte do réu e, neste caso, antes absolver um culpado do que condenar um inocente.

No caso dos autos, a negativa do réu vem confirmada por outros elementos de convicção, sobretudo pelos documentos encartados aos autos, fazendo da incerteza a tônica do presente feito.” (págs. 150/151).

Nada obstante, sempre respeitada a convicção da ilustre Magistrada *a quo*, é o caso de condenação do apelado, nos termos requeridos pela denúncia.

Com efeito, os policiais militares informaram que avistaram o acusado e outro indivíduo em notório local de venda de drogas; estes estavam juntos e, quando notaram a aproximação da viatura policial, puseram-se em fuga, mas foram capturados. O acusado portava uma bolsa, que jogou ao solo enquanto corria, no interior da qual foi encontrada significativa variedade e quantidade de drogas e R\$44,05.

Com *Elerson* foi encontrada a folha contendo anotações da contabilidade do tráfico e R\$ 200,00 em espécie, encontraram ainda, a quantia de R\$784,05 que havia sido jogada ao solo.

Portanto, todas essas circunstâncias – réu encontrado em notório ponto de venda de drogas, com mochila contendo inúmeras porções de drogas de diferentes espécies, seu comportamento furtivo ao notar a viatura policial e a companhia de indivíduo que estava na posse de folha de contabilidade do tráfico e dinheiro em espécie –, confirmadas pelos policiais militares nas duas fases da *persecutio criminis*, são suficientes para comprovar a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas.

As divergências mencionadas na sentença acerca do relato dos policiais militares dizem respeito a fatos absolutamente periféricos (quantidade de pessoas no local no momento da abordagem e quantas mochilas foram vistas), as quais não retiram a credibilidade das declarações que prestaram, que se mostraram coerentes e harmônicas quanto aos fatos essenciais e relevantes.

Nesse sentido:

“Terceiro, porque pequenas divergências ou contradições nos depoimentos dos agentes públicos não comprometem a essência e integralidade da prova testemunhal, mormente quando eventual incongruência recai em pontos não essenciais, sem afetar a reconstrução do fato criminoso contido na acusação formal.” (TJSP; Apelação Criminal 1500285-28.2020.8.26.0612; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taquaritinga - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/06/2021; Data de Registro: 29/06/2021).

“Registre-se que, a despeito das alegações da Douta Defesa,

pequenas contradições, porque incidentes sobre dados periféricos e, bem por isso, sem maior relevância ao desfecho da demanda, não possuem o condão de infirmar a certeza da materialidade e autoria delitivas, mostrando-se, inclusive, intuitiva a existência de alguma divergência entre os depoimentos ou declarações colhidos no inquérito e na Ação Penal, posto que o só transcurso de certo hiato temporal contribui para que as descrições fáticas não sejam rigorosamente idênticas, além da colheita de tais relatos ser presidida por pessoas distintas (Delegado de Polícia e Juiz de Direito), as quais não apenas formulam perguntas de forma não rigorosamente idênticas, mas também reproduzem as respostas com os detalhes e impressões que cada um cuidou de aferir.” (TJSP; Apelação Criminal 1500298-27.2022.8.26.0266; Relator (a): Bueno de Camargo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itanhaém - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/03/2023; Data de Registro: 13/03/2023).

Os agentes estatais apresentaram relatos alinhavados quanto aos pontos essenciais, isto é: avistaram ao menos dois indivíduos em conhecido ponto de venda de entorpecentes, os quais puseram-se em fuga quando notaram a aproximação da viatura policial e foram detidos na posse de uma mochila com drogas, dinheiro em espécie e folha de contabilidade do tráfico.

Além disso, não se pode desconsiderar a passagem do tempo entre a data dos fatos (23 de julho de 2024) e a data da audiência judicial (06 de novembro de 2024), especialmente para a memória dos policiais, que lidam cotidianamente com diversas situações similares de abordagens de criminosos.

Assim, não se pode exigir que recordassem com precisão matemática a quantidade de pessoas presentes no local no momento da abordagem, tampouco o número de mochilas vistas e apreendidas. Lembraram-se dos fatos essenciais e, quanto a estes, os

relatos foram coerentes e seguros.

Outrossim, os relatos prestados em solo policial no dia dos fatos também se mostraram harmônicos (págs. 03 e 04).

A existência de outras pessoas e policiais no local não impede a condenação, pois era ônus da defesa arrolar testemunhas que pudessem contrariar as declarações dos policiais inquiridos, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Igualmente, a ausência de gravação da abordagem também não é impeditiva para o édito condenatório, pois a prova oral e pericial mostrou-se suficiente e segura na demonstração da autoria e materialidade.

A falta de denúncia do outro indivíduo preso em flagrante (*Elerson*) não favorece o apelado. A ação penal pública é marcada pelo traço da divisibilidade.

Como ensina a melhor doutrina:

“(...) Parte da doutrina entende que o Ministério Público pode oferecer denúncia contra apenas parte dos coautores e partícipes, sem prejuízo do prosseguimento das investigações quanto aos demais envolvidos.

Nos Tribunais Superiores, tem prevalecido o entendimento de que, na ação penal pública, vigora o princípio da divisibilidade. Como já se pronunciou o STJ, o princípio da indivisibilidade da ação penal aplica-se tão somente à ação penal privada (CPP, art. 48). Não há nulidade no oferecimento de denúncia contra determinados agentes do crime, desmembrando-se o processo em relação a suposto coautor, a fim de se coligir elementos probatórios hábeis à sua denúncia” (LIMA, Renato

Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único, 11ª ed., São Paulo: Jus Podivm, 2022, p. 286).

E, no caso *sub examen*, o *Parquet* justificou o não oferecimento da denúncia em face de *Elerson* na respectiva cota da inicial acusatória, considerando a necessidade de maiores esclarecimento investigatório para formar sua convicção:

“(...) Quanto ao abordado ELERSON SOUZA DOS SANTOS requeiro a continuidade das investigações, com a juntada do resultado do auto de colheita de material gráfico” (pág. 73).

Assim, restaram demonstradas as relevantes circunstâncias indicativas do tráfico de drogas, ou seja, os elementos da prova oral, aliada à forma profissional como estavam acondicionadas as drogas apreendidas – **328 (trezentos e vinte e oito) porções contendo 857.7g de maconha, 74 (setenta e quatro) porções contendo 14.7g de crack, 86 (oitenta e seis) porções contendo 32.2g de cocaína e 14 (catorze) porções contendo 1.25g haxixe** – (conforme auto de constatação preliminar e laudo pericial definitivo de págs. 16/19 e 87/90), e relevante quantia em espécie, tudo sob a guarda e responsabilidade do acusado, em notório local de prática de mercancia espúria.

Inviável o acolhimento da pretensão defensiva de desclassificação para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o quadro probatório bem demonstrou que as substâncias apreendidas eram destinadas à mercancia ilícita, não havendo espaço para se falar em mera posse para “**uso próprio**”, totalmente incompatível com a quantidade e variedade de drogas apreendidas.

No mais, é certo que a condição de usuário – e

até mesmo a de dependente – não exclui, a priori e por si só, a de traficante, mormente porque é de conhecimento geral que a maioria dos agentes que se envolvem no tráfico de drogas buscam também satisfazer o próprio vício, recebendo, por vezes, porções de drogas como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam.

Nesse sentido:

“Apelação Criminal - Tráfico de Drogas- Recurso da Defesa- Pedido de Ausência de provas e absolvição- Inviabilidade - Policiais Civil que cumpriam mandado de prisão temporária, em desfavor do réu, e localizaram um tijolo de maconha, pesando 689,12 gramas na residência - Desclassificação para o crime descrito no artigo 28, da Lei de Drogas - Provas suficientes à condenação- Condição de usuário não exclui a de traficante - Responsabilização inevitável - Dosimetria-Pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal- Réu reincidente em crime doloso – Redutor – Não cabimento- Requisitos legais não preenchidos - Afastamento ou redução da pena de multa – Impossibilidade - Regime inicial fechado – Manutenção – Sentença mantida - Apelo improvido” (TJSP; Apelação Criminal 1501273-80.2020.8.26.0537; Relator (a): José Vitor Teixeira de Freitas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/06/2021; Data de Registro: 26/06/2021).

As porções de drogas apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, somadas às demais circunstâncias do flagrante demonstradas no contraditório, notadamente a forma e o local da abordagem, revelaram que o apelante, de fato, realizava o comércio de entorpecentes, inviabilizando a desclassificação para a figura típica prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

E a quantidade de droga apreendida não foi o

único critério a ser levado em conta para a aferição da tipicidade da conduta daquele que surpreendido portando entorpecentes.

Ao contrário, deve-se analisar as circunstâncias do flagrante, a postura assumida pelo agente no ato da prisão e, sobretudo, os indícios que motivaram a ação policial.

De mais a mais, ainda que o recorrente não tenha sido flagrado entregando entorpecentes para consumo de terceiros, o desfecho da ação penal não poderia ser alterado.

Como é sabido, o tráfico ilícito de entorpecentes é de conteúdo variado ou misto alternativo, de sorte que qualquer das condutas previstas no tipo penal violam o bem jurídico tutelado pela norma penal, de maneira que caracterizado o delito.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. 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. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Direito Criminal deste Tribunal de Justiça:

“Outrossim, não há necessidade de flagrar a comercialização da droga para a configuração do crime de tráfico. O tipo penal previsto no artigo 33 da Lei Antidrogas é misto alternativo, bastando que o agente incorra em qualquer das condutas descritas no tipo penal para que o crime se configure.” (TJSP; Apelação Criminal 1500202-50.2023.8.26.0630; Relator (a): Cesar Augusto Andrade de Castro; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Americana - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/10/2023; Data de Registro: 31/10/2023).

“O fato de não terem sido flagrados executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade dos acusados pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. Além disso, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo art. 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria posse das substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes.” (TJSP; Apelação Criminal 1500529-88.2023.8.26.0599; Relator (a): Marcos Alexandre Coelho Zilli; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cerquillo - Vara Única; Data do Julgamento: 20/11/2023; Data de Registro: 20/11/2023).

Portanto, o quadro probatório formado se mostrou sólido e bem demonstrou a responsabilidade do acusado, sendo de rigor a reforma da sentença para decretar a procedência integral da denúncia, conforme postulou o Ministério Público em suas razões recursais.

Finda a fundamentação, passa-se a análise da

reprimenda.

1ª Fase. Considerando os critérios norteadores previstos nos artigos 59 e 68 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base na fração de 1/5 acima do mínimo legal (06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, calculada a unidade no mínimo legal), em razão da quantidade e natureza nociva das substâncias apreendidas – maconha, crack, cocaína e haxixe, substâncias de elevado potencial aditivo e em quantidade capaz de causar danos a inúmeros lares familiares.

2ª Fase. Ausentes agravantes e atenuantes.

3ª Fase. Nesta derradeira etapa, não é o caso de aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Ressalte-se que os requisitos legais para o reconhecimento da benesse em apreço, restritivos e cumulativos, não são a “**quantidade**” ou a “**qualidade**” das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base, vide o artigo 42 da Lei nº 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é “**primário**”, “**de bons antecedentes**”, “**não integre organização criminosa**” e “**não está envolvido com atividades criminosas**” (artigo 33, § 4º, segunda parte, da Lei nº 11.343/06).

E no caso *sub judice*, como já consignado, o réu se mostrou profundamente envolvido nesse comércio espúrio, não apenas pela expressiva quantidade e variedade de drogas encontradas – 328 (trezentos e vinte e oito) porções contendo 857.7g de maconha, 74 (setenta e quatro) porções contendo 14.7g de crack, 86 (oitenta e seis) porções contendo 32.2g de cocaína e 14 (catorze) porções contendo 1.25g haxixe –, que guardava no interior de uma mochila, mas por todo o contexto fático

que permeou a diligência policial e resultou em sua consequente abordagem e prisão.

Ao que consta, os policiais encontraram o acusado em notório ponto de venda de drogas, acompanhado de outro indivíduo, o qual foi detido na posse de folha contendo anotações da contabilidade do tráfico e a quantia de R\$ 200,00 em espécie; juntamente com as drogas havia mais R\$44,05 e a quantia de R\$784,05 também encontrada pelos agentes no local.

Acrescenta-se que o réu não possui ocupação lícita e tampouco referiu-se a qualquer fonte de renda. Assim, a imensa quantidade de drogas apreendidas, de diferentes espécies, o local da prisão em flagrante e as demais circunstâncias da abordagem são circunstâncias contundentes que evidenciam habitualidade criminosa, afastando a incidência da figura privilegiada do delito. Acrescenta-se que a posse de anotações da contabilidade de drogas também é circunstância reveladora de habitualidade criminosa. Diante de todo esse contexto discutido nos autos, mostrou-se claro que fazia do tráfico de entorpecentes seu meio de vida.

Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no caput, aliás, **ainda equiparado a hediondo** (STF - HC nº 122594/SP, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, J. 23.09.2014, DJe 07.10.2014; STJ - AgRg no AREsp 359220/MG, Sexta Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, J. 03.09.2013, DJe 17.09.2013; TJ-SP, Apelação nº 0027092-46.2013.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, Relator J. Martins J., 08.05.2014).

Nesse sentido converge a jurisprudência desta
C. 15ª Câmara de Direito Criminal:

“PENA - APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO, CONQUANTO PRIMÁRIO, FAZ DO TRÁFICO SEU MEIO DE VIDA - REGIME FECHADO ADEQUADO - EVENTUAL ABRANDAMENTO NÃO SERIA SUFICIENTE PARA ATENDER AO ASPECTO QUALITATIVO DA PENA - IMPROVIMENTO DO RECURSO” (TJ-SP - Apelação Criminal nº 1500936-48.2020.8.26.0616, Relator(a): Willian Campos, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 20/04/2022).

Logo, verifica-se que o acusado se dedicava à atividade ilícita aqui tratada, até mesmo porque, caso não estivesse envolvido na referida atividade criminosa, não lhe seria confiada a quantidade expressiva de drogas que trazia consigo, as quais certamente seriam fornecidas a inúmeros usuários, comprometendo sobremaneira a saúde pública.

Regime de prisão. Nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, considerando o *quantum* da pena, a gravidade concreta do crime em análise, equiparado a hediondo, e as circunstâncias judiciais negativas valoradas na primeira fase da dosimetria, fixo o **REGIME FECHADO** para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, medida necessária e suficiente para a prevenção e repressão pelo grave crime praticado.

Substituição. Não é o caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, ante a ausência dos requisitos legais (artigos 44 e 77 do Código Penal).

Decreta-se a perda da totalidade da quantia em

espécie apreendida, oriunda do comércio espúrio em comento, nos termos da regra prevista no artigo 60 e seguintes da lei 11.343/06 e 91, inciso II, alínea “b”, do Código Penal.

Ex positis, pelo meu voto, **dá-se provimento ao recurso ministerial** para julgar procedente a ação penal e condenar **Diego Rodrigues da Silva**, RG 44425532, ao cumprimento de *06 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa*, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, decretando-se a perda da quantia em espécie apreendida, auferida com o comércio espúrio em comento.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora