



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000338880

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502152-22.2021.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante WALACE SOARES DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, negaram provimento ao apelo, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), JUSCELINO BATISTA E LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 8296

Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1502152-22.2021.8.26.0127

Apelante: Wallace Soares de Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Carapicuíba

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, caput e §4º, da Lei 11.343/06). Sentença condenatória. Preliminar afastada. Nulidade não verificada. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade do relato dos policiais militares. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria. Mantida a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas e o regime inicial semiaberto, por ausência de recurso ministerial. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wallace Soares de Lima contra a r. sentença (fls. 193/201) em que se julgou procedente a ação penal para condená-lo, como incurso no art. 33, *caput* e §4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime inicial semiaberto e o pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 232/251), o apelante arguiu, preliminarmente, a nulidade da prova encartada aos autos, posto que obtida mediante violação do disposto nos artigos 240, §2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal. No mérito, pugnou por sua absolvição por ausência de elementos sólidos de materialidade e autoria para lastrear a condenação criminal. Subsidiariamente, pleiteou pela aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 254/261), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 273/284).

Incluído o feito na modalidade de julgamento virtual, a ilustre Advogada Mariana Jorge Todaro, OAB/SP 201.455, peticionou requerendo fosse declarada a nulidade do julgamento, posto que, por equívoco, não foi intimada para se manifestar a respeito da oposição ao julgamento virtual (fls. 311).

Recebida a petição como Embargos de Declaração e determinada a regularização da representação (fls. 313), foram acolhidos para o fim de se reconhecer a nulidade suscitada, com intimação da defesa, determinado o retorno da apelação para novo julgamento (fls. 327/329).

É o relatório.

Infere-se dos autos que WALACE SOARES DE LIMA foi processado como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, no dia 21 de abril de 2021, na Rua Lázaro da Silva, 100, na Comarca de Carapicuíba, guardava e transportava, para entrega e consumo de terceiros; um tijolo de maconha, com peso bruto de 1.056,06 gramas, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, para fins de fornecimento e venda a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Segundo o apurado: “(...) policiais militares estavam em patrulhamento quando visualizaram quatro indivíduos em frente a uma residência, sendo que um deles, ao visualizar a viatura, adentrou na casa, o que gerou suspeita. Assim, resolveram abordar tais pessoas, dentre as quais WALACE. Em posse deste encontraram a chave de um veículo Renault Kwid, que estava estacionado ali no local. Desse modo, deliberaram pela revista deste automóvel e lograram encontrar, embaixo do banco dianteiro do passageiro, 1 tijolo de maconha e a carteira de habilitação do denunciado. Ademais, os militares ainda encontraram junto das drogas R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro. A grande quantidade de entorpecentes (mais de 1 Kg de drogas), a vultosa quantia em dinheiro (R\$ 2.000,00), tudo localizado junto do documento de WALACE e dentro do automóvel que estava em posse dele, estão a indicar que o denunciado estava

efetivamente praticando tráfico de entorpecentes e que a quantia em dinheiro com ele localizada era proveniente da traficância. (...)”. Em razão disso, o réu foi preso em flagrante delito.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar arguida pela D. Defesa.

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

Com efeito, asseveraram os agentes da lei que a abordagem do réu e a busca pessoal foram motivadas por fundada suspeita, porquanto avistaram 04 (quatro) indivíduos em via pública, sendo que um destes, ao notar a aproximação da viatura, prontamente empreendeu fuga do local, o que respaldou a ação policial.

O sintomático comportamento do agente que empreende fuga após notar a presença policial, à evidência para escapar de situação flagrancial, para além de obrigar à ação dos policiais, denota, em tese, a consciente e relevante contribuição para o crime e a forte consciência da ilicitude. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “*A própria fuga do agente de crime, ao perceber a aproximação de policiais ou circunstâncias, indica envolvimento no fato delituoso, pois denota conduta incompatível com aquela que teria pessoa que trouxesse consciência incontaminada, serena e tranqüila.*” (Prova penal (Doutrina e jurisprudência), Fernando de Almeida Pedroso, 2ª edição, São Paulo: RT, página 96).

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

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

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

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

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

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

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

Adolescente que é reincidente. Cumprimento de pretéritas medidas em meio aberto que não o afastaram da traficância. Condições subjetivas manifestamente desfavoráveis. Medida de internação que é imprescindível para sua ressocialização. 9. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1501836-59.2020.8.26.0542; Relator (a): Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Osasco - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 23/02/2021; Data de Registro: 23/02/2021 – G.N.)

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

Afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito do recurso interposto.

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

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do Boletim de Ocorrência (fls. 04/07), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 08/09, 10/11 e 12), termos de depoimentos (fls. 13/14 e 17), laudo de exame químico toxicológico (fls. 30/32 e 93/95), que atestou que a substância apreendida era proibida, bem como pelas demais provas colhidas nos autos.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações dos policiais militares Leonardo Ribeiro dos Santos e Jorge Wagner de Oliveira Rocha, agentes responsáveis pela identificação do apelante, e da testemunha Gilberto Soares de Oliveira (fls. 186/187 – mídia eletrônica).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em

juízo feitos pelo culta Magistrada sentenciante, vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) Na fase policial, a testemunha Gilberto Soares de Oliveira negou que estivesse portando a chave do veículo HRV, pois estava na posse apenas da chave do seu automóvel Gol no momento da abordagem. Avistou o veículo HRV estacionado na via pública, mas não tem nada a ver com o mesmo, pois não o subtraiu. Asseverou que ele não estava na sua posse. Com relação ao veículo Renault Kwid, no qual os policiais militares teriam encontrado droga, nada soube informar a respeito da procedência e nem sobre o seu proprietário. Por fim, salientou que não viu o Wallace, o Gabriel ou o Adriano na posse de nenhum dos veículos exibidos em plantão (fl. 17).

Em solo policial, a testemunha Leonardo Ribeiro dos Santos, policial militar, disse que, durante patrulhamento rotineiro, avistou na frente de uma residência quatro indivíduos; sendo que um deles ao ver os policiais militares adentrou na casa, o que gerou suspeita. Diante disso, resolveram abordá-los e revistá-los. Esclareceu que um dos quatro indivíduos acabou fugindo do local, sendo que seu nome seria Adriano. Em revista pessoal, constatou que o Gilberto portava a chave de veículo HRV. Ao acionar o chaveiro do automóvel, um carro HRV, que estava estacionado nas proximidades, fez barulho, razão pela qual foram vistoriá-lo. Assim, constataram pela vistoria no chassi que o automóvel estava com outra placa, sendo produto de roubo, conforme o Boletim de Ocorrência nº 1213801/2020 da Delegacia Eletrônica, tendo o roubo ocorrido na rua Cajíba, na altura do nº 818, em Perdizes, em São Paulo-SP (área do 23 DP Perdizes), no dia 24-08-2020. Em contato realizado com a vítima Eduardo A. M. da Silva, foram informados que o seguro já tinha efetuado o

*pagamento. Ainda, segundo este ofendido, ele não tinha como comparecer no plantão policial naquela madrugada. Indagado sobre a chave e o veículo, ele afirmou que não tinha conhecimento da procedência deles. Na mesma ocorrência foi abordado e revistado o investigado Wallace, que portava a chave de um veículo Renault, o qual estava estacionado na frente da casa (local dos fatos). Em vistoria no veículo, encontraram em baixo do banco dianteiro do passageiro um tijolo de maconha e duas CNHs, sendo uma delas de Wallace e outra de outro indivíduo não conduzido até o plantão policial e mais a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais em dinheiro). O Wallace afirmou que não sabia dizer nada sobre a chave, sobre o veículo Renault, sobre a droga e nem sobre o dinheiro localizado. Realizada pesquisa sobre o veículo Renault não constou queixa de subtração. Suspeita-se que os investigados façam parte de uma associação criminosa que cometem roubos, sendo que teriam praticado várias subtrações na cidade vizinha de Cotia/SP (fl. 13). **Em juízo**, disse que na data dos fatos estavam em patrulhamento visualizaram 4 indivíduos na frente de uma residência. Um deles saiu correndo, abordaram o que ficaram, posteriormente fizeram vistoria na casa do indivíduo que havia se evadido e foi informado pelas pessoas que teria pulado um muro. Em busca pessoal, encontraram uma chave de um veículo Honda HRV e um Renault Kwid. Acionaram a chave do veículo Honda que estava estacionado a frente, fizeram vistoria no veículo, constaram que era produto de roubo. O veículo Kwid que a chave estava em poder da Wallace, em vistoria, debaixo do banco de passageiro foi encontrado um tijolo com substância que parecia ser maconha, duas CNH e R\$ 2.000,00 em dinheiro. O réu disse que desconhecia a CNH, não conhecia o réu. Foi o colega que localizou a droga, era um tijolo em substância que parecia ser maconha, viu a droga, foi apresentada.*

A testemunha Jorge Wagner de Oliveira Rocha, policial militar, que acompanhava seu colega de farda na diligência, corroborou integralmente os relatos por ele prestados, tanto na fase policial (fl. 14). Em juízo, disse que estava em patrulhamento e tinha 04 indivíduos quando perceberam que um correu para dentro da residência. Na porta de residência abordaram 3 e outro foi para os fundos. Um deles tinha Gilberto, que tinha uma chave de HRV no bolso e o outro um Kwid. O HRV estava metros a frente, era veículo produto de roubo e duble, o Kwid estava em frente a residência, foi encontrado maconha, dois mil reais e duas CNHs. Uma das CNH era o Wallace. Não conhecia o réu. A droga foi localizada dentro do veículo no banco do passageiro traseiro, debaixo do banco. Foi responsável por localizar a droga, que estava dentro de uma sacola. No momento da abordagem, como um correu, abordaram os três, quando o perímetro estava em segurança, foi feita a vistoria nos veículos.”

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

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*.
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR
INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA
USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.
DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE.
SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO.
MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3.

Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016).

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

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

Por sua vez, o apelante, ouvido na fase inquisitorial, declarou que *“não estava com a chave do veículo Renault, sendo que não tem ciência de sua procedência, porém não esteve transitando com o veículo e que não sabe quem o deixou estacionado no local. Que estava no local procurando seu documento (CNH) que havia acabado de perder, sendo que policiais militares afirmaram que a encontraram no interior do veículo Renaul, porém não presenciou a localização de seu documento. Que não sabe dizer de quem é a maconha que os policiais afirmaram ter encontrado no interior do veículo. Que não conhece nenhum Adriano. Que apenas conhecia o Gilberto, sendo que estava na frente da casa dele*

porque estava tentando achar seu documento perdido e um dinheiro que ele havia guardado para o declarante.” (fl. 15).

Em Juízo, negou a prática delitiva. Narrou que “*desconhece os fatos. Estava no local no dia dos fatos, foi em busca da CNH. Tinha perdido, o encontraram só com o RG. Disse que recebeu uma ligação de uma pessoa desconhecia dizendo que tinha encontrado uma CNH, foi até o local, ao chegar lá, achou a pessoa na rua, viu a abordagem de rotina. Não estava sentado com os outros três, estava na porta, tinha acabado de chegar, foi até o local de ônibus. A chave do Kwid não foi encontrada com ele, do jeito que chegaram apresentaram a chave e falou que era dele. A chave colocou na responsabilidade, não estava com chave de carro. A pessoa ligou de um número privado pedindo para buscar a CNH que tinha perdido, a pessoa passou o local. Tinha perdido a CNH no metrô, fez um B.O. Não tem problema com os policiais.*” (fls. 198 e 186/187 – mídia audiovisual).

Sem credibilidade alguma as palavras do apelante que não encontrou eco na prova acostada aos autos. Ensina **Guilherme de Souza Nucci**: “*Álibi é a alegação feita pelo réu, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de onde ocorreu o delito, razão pela qual não poderia tê-lo cometido. É, como regra, ônus seu provar o álibi, embora tal mecanismo não possa levar à isenção da acusação de demonstrar o que lhe compete (...).*” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 346).

Assim o réu, que se aventurou alegar inocente, não empreendeu esforços para demonstrar o alegado álibi, como lhes competia, nos termos do que disciplina o artigo 156, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido: “**TJSC**: “*Quem afirma o álibi deve comprová-lo sob pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria*” (**JCAT** 59/288-9). **TACRSP**: “*Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...)* Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A

*conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante”. (RT 747/692)”, in Código de Processo Penal Interpretado. **Júlio Fabbrini Mirabete**. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se inverte. Neste sentido: “**Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão** (4º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v. u. - Rel. Juiz **Sérgio Pitombo**)” (**Damásio E. de Jesus**, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, “*Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação*” (**JTACRESP 51/342**). Nesse sentido: “*PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.*” (**JUTACRIM 54/243**, Rel. **VALENTIM SILVA**). No mesmo sentido, já se decidiu que “*de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.*” (STJ, Col. 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 44.376/SP, Rel. Min. **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, j. 17.11.2005); “*O álibi incomprovado depõe contra o réu que o ofereceu, pois a ele incumbiria fazer prova de total alheamento com a imputação que lhe é lançada, principalmente quando, na fase do inquérito, confessara a prática do delito*” (Revisão n.º 353.184/3 — Col. 6º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal — Relator Juiz **RENATO NALINI** — j. 15-5-2000).*

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao apelante, pelos elementos da prova testemunhal e pela elevada quantidade de droga apreendida (01 tijolo de maconha, com peso líquido de 955,38g — fls. 93/95), aliados à forma como estava acondicionada a substância proibida, sem olvidar da apreensão da quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu guardava e transportava substância ilícita,

sem autorização legal e com propósito de disseminação do vício com *animus lucrandi*, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, “caput”, da Lei de Drogas.

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

Oportuno registrar, ainda, que *"sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado"* (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). *"O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes"* (TJRS, Ap. 697.020.717, Câ., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *"Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime"* (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Posto isso, examinando-se a natureza da droga apreendida - “maconha”, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, e de conhecida potencialidade letal; a forma como estava acondicionada; a apreensão, no mesmo contexto das porções de droga, de dinheiro

de origem não justificada; e a segura incriminação feita pelos policiais militares, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, e as inadmissíveis alegações do réu, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, ao cabo das diligências, restou constatado que o apelante fazia a difusão espúria de drogas proibidas – aliás, de grande poder destrutivo –, com *animus lucrandi*, de maneira profissionalizada, própria de quem é estabelecido no ramo do crime.

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da ilustre Defesa, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta do acusado às formas puníveis do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, caput, do Código Penal, e artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, o MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base, com benevolência, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda, ausentes atenuantes e agravantes, a pena restou definida tal qual fixada na primeira fase.

Na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, as reprimendas foram reduzidas, com benevolência, em um sexto (1/6), totalizando 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no mínimo legal.

Com efeito, ressalta-se que cabe ao magistrado ponderar as peculiaridades do caso concreto para estabelecer a fração redutora mais adequada à hipótese, observando, todavia, os limites estabelecidos no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

A bem da verdade, sequer seria o caso de aplicação da referida

benesse. No caso dos autos, a elevada quantidade e nocividade da droga apreendida (01 tijolo de maconha, com peso líquido de 955,38g – fls. 93/95), com potencial para atingir grande quantidade de usuários, aliadas à forma como estavam acondicionadas a substância ilícita e a apreensão, no mesmo contexto da droga, de dinheiro de origem não justificada, indicam que a redução foi aplicada com benevolência.

Com efeito, para ilustrar a inviabilidade de causa de diminuição de pena: *“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta. In casu, trata-se de apreensão de 54 pedras de crack - "50 embaladas de dez em dez e quatro avulsas" -, circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”*. (AgRg no REsp: 1302590 RS 2012/0016349-7, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, j. 11/03/2014, Colenda SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014).

No mesmo sentido: *“De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo”* (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Contudo, ausente irresignação do órgão ministerial neste sentido, de se manter referida minorante, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Por fim, de forma benevolente ao réu, fora marcado o regime semiaberto, porquanto a elevada quantidade de droga apreendida justificaria regime mais severo, consoante o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, inciso III e artigo 44, todos do Código Penal, entretanto, mantém-se o raciocínio adotado na origem, na ausência de recurso ministerial.

Nesse sentido: *"A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais"* (TACRIM/SP - Ap. JOSÉ HABICE - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354). Da mesma forma: *"Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime."* (STF - Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, Col. 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) No presente caso, a quantidade de droga apreendida (231,680g de maconha) revela maior gravidade, o que justifica a manutenção do regime inicial fechado, pois está de acordo com os parâmetros legais expressos no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. (...)" (AgRg no REsp n. 2.010.296/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 17/11/2022); *"(...) O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de*

crack. (...)”. (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023).

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

Tráfico de drogas – Coesão e harmonia do quadro probatório – Circunstâncias do episódio que positivam a traficância – Validade dos depoimentos policiais - Condenação mantida. Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 – Circunstâncias em que perpetrado o delito, com apreensão de expressiva quantidade de droga (mais de 4kg de maconha), alinhadas à ausência de comprovação de ocupação lícita, a indicarem a dedicação a atividade criminosa ou participação em organização criminosa dos réus. Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos – Peculiaridades do caso que não a recomendam. 'Quantum' das penas, que, de qualquer modo, impossibilita a substituição. **Regime prisional fechado – Subsistência – Gravidade concreta do delito perpetrado, que contou com a apreensão de expressiva quantidade de droga, cuja nocividade não se desconhece, certos seu potencial de disseminação e sua natureza desagregadora, que não recomenda regime prisional menos gravoso.** Apelo defensivo improvido. (TJSP; Apelação Criminal 1500351-65.2020.8.26.0593; Relator (a): Mauricio Valala; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Marília - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/03/2022; Data de Registro: 22/03/2022).

Claro, pois, que regime mais brando não se mostra suficiente, uma



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

vez que os mecanismos de prevenção e repressão do Estado não são aptos a demover o apelante do impulso criminoso.

Nesse passo, em que pesem os argumentos expostos pela combativa Defesa, entende-se incabível a imposição de regime mais ameno, mostrando-se necessário o cumprimento de mais uma etapa para ressocialização.

Outrossim, para que não passe sem apreciação, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante das vedações previstas no artigo 44, inciso I, do Código Penal, posto que o apelante foi condenado ao cumprimento de pena corporal superior a 04 (quatro) anos de reclusão, bem como foi surpreendido na posse de expressiva quantidade de substância ilícita.

Diante de tais considerações, afastada a preliminar, **nega-se provimento** ao apelo, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator