



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000343695

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500151-47.2024.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante LEWINGSTON HENRIQUE DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento para, mantida a condenação do réu Lewingston Henrique da Silva, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, reduzir sua pena a 05 (cinco) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Mantida, quanto ao mais, a r. sentença condenatória. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), AIRTON VIEIRA E MARCIA MONASSI.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

HUGO MARANZANO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com revisão nº 1500151-47.2024.8.26.0616

3ª Câmara de Direito Criminal

Apelante: LEWINGSTON HENRIQUE DA SILVA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

VOTO nº 6243

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO (ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/06). Recurso defensivo: Preliminar. Reconhecimento de ilegalidade da abordagem e busca pessoal feita pelos policiais militares. Prova ilícita. Inocorrência. Presente justa causa (fundada suspeita) para a abordagem e busca pessoal. Ação dos agentes públicos pautada na licitude. Crime permanente. Hipótese de flagrante ilicitude. Rejeitada.

Mérito. Absolvição por ausência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Solidez da prova oral. Palavra dos policiais que asseveraram ter prendido o réu na posse dos tóxicos apreendidos, em local conhecido pela prática de tráfico. Ausentes motivos para se retirar a credibilidade dos depoimentos dos policiais. Tráfico evidenciado. Condenação mantida.

Dosimetria que comporta reparos. Pena-base reduzida. Deslocamento dos vetores do art. 42 da Lei de Drogas para a terceira etapa a fim de se evitar bis in idem. Reconhecimento da atenuante da confissão. Impossibilidade. Réu que permaneceu silente na fase policial e não compareceu em juízo para dar sua versão, sendo decretada sua revelia. Inexistência de confissão acerca da traficância. Súmula 630 do STJ. Aplicação do redutor do §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Natureza, quantidade e diversidade que autorizam o afastamento do tráfico privilegiado. Dedicção a atividades criminosas e vínculo com organizações criminosas evidenciado. Réu que não comprovou que exercia atividade laboral regular lícita. Quantum da pena aliado à quantidade, variedade e natureza dos tóxicos e à dedicação a atividades criminosas que autorizam a manutenção do regime fechado. Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação do réu Lewingston Henrique da Silva, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, reduzir sua pena a 05 (cinco) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Mantida, quanto ao mais, a r. sentença condenatória. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão.

Lewington Henrique da Silva, qualificado nos autos, foi processado e ao final condenado, por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Davi de Castro Pereira Rio, no processo nº 1500151-47.2024.8.26.0616, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes - SP, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal, por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 186/193).

Inconformada, apela a il. Defensoria Pública requerendo, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade do processo em razão da ilicitude da prova decorrente da abordagem e busca pessoal por ausência de justa causa. No mérito, busca a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e aplicação do tráfico privilegiado (§4º, art. 33, da Lei de Drogas). Por último, pede a fixação de regime inicial mais brando (fls. 211/238).

Processado e contra-arrazado o recurso (fls. 242/246), manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 258/262).

Instadas as partes a se manifestarem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Preliminar.

Inicialmente, quanto à preliminar de ilegalidade/ilicitude da prova, extrai-se do conjunto probatório amealhado, como bem fundamentado pelo d. Magistrado sentenciante, que o patrulhamento dos policiais militares – abordagem e busca pessoal - com consequente prisão em flagrante delito do réu, porque trazia consigo drogas ilícitas visando ao consumo de terceiros, portanto, ao tráfico, ocorreu de modo regular, com espreque em fundada suspeita de prática delituosa, inexistindo qualquer violação ao disposto no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal.

Nos termos do que dispõe o art. 244 do Código de Processo Penal: “A *busca pessoal independe 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.”

Como bem fundamentado pelo Juiz *a quo* quanto à alegação de ilegalidade da busca pessoal:

Por fim, importante destacar que inexistiu qualquer ilegalidade na busca pessoal levada a efeito pelos policiais militares. Ao contrário. Os policiais agiram nos estritos limites do que estipula o art. 240, § 2º, do CPP, destacando-se, ainda, que a postura do acusado, sem dúvidas, constituiu justa causa para a busca. Como foi por eles relatado, o acusado, tão logo avistou a viatura policial, saiu correndo e somente foi detido após breve perseguição.

Desse modo, a realização da abordagem e posterior busca (revista) pessoal pelos agentes públicos não se revelaram ilegais, visto que baseada num juízo objetivo de probabilidade (justa causa) acerca da suspeita, pois, realizavam patrulhamento de rotina, em local conhecido pela ocorrência de tráfico de drogas, quando avistaram um indivíduo em atitude suspeita portando uma mochila que, ao avistar a presença da guarnição, empreendeu fuga, estando, assim, todos os elementos

indiciários presentes no momento precedente à abordagem.

Não se cogita, pois, da aventada revista exploratória, sem olvidar que a fundada suspeita foi, de fato, confirmada por meio da apreensão do mencionado material proscrito, a evidenciar que a abordagem e busca pessoal, deram-se com finalidade estritamente probatória.

Em sintonia:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravante, reincidente, preso com drogas, arma e balança. 3. A Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, ao contraditório e à inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 4. **Fugir ao avistar viatura, pulando muros, gesticular como quem segura algo na cintura e reagir de modo próprio e conhecido pela ciência aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública.** 5. Alegação de violação a domicílio. Caso concreto. Inocorrência. 6. Agravo improvido. (STF. Ag. Reg. RHC 229.514. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Decisão Unânime, p. 23/10/2023).

Nesse sentido, confira-se:

É incabível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca pessoal, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência. O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. **A atitude suspeita do acusado, abordado por policiais militares que realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de tráfico de drogas, evidencia a existência de justa causa para a revista pessoal, que resultou na apreensão de diversas porções entorpecentes destinados à mercancia ilícita, além de expressiva quantidade de dinheiro.** (STF, AgR no ARE 1.470.989, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 25.3.2024).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES PRESENTES.

AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É manifesta a existência de fundadas razões para a abordagem do corréu, uma vez que este passou apressadamente pelo policial, demonstrando nervosismo ao se aproximar de uma motocicleta, contexto que revela dados concretos, objetivos e idôneos aptos a legitimar as diligências. Desse modo, a busca pessoal traduziu exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial. - Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública" (RHC 229.514/PE, julgado em 28/8/2023). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 900.035/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/04.2024, p. 16.04.2024)

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente deste E. Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Abordagem e busca pessoal que estão justificadas, pois de acordo com a lei: fundada suspeita (art. 244 do CPP). Policiais que apontaram de forma segura que, ao visualizar a

aproximação da guarnição, o acusado, que se encontrava sentado em uma guia num local conhecido como ponto de tráfico, adotou atitude evasiva, denotadora de fundada suspeita de que tivesse algo ilegal consigo. Desnecessidade, inclusive diante do encontro de drogas com ele e de ser desmentido quanto a estar em outro local, que os policiais expusessem de forma mais elaborada a suspeita que os levara à revista pessoal, que, bom que se diga, independe de mandado judicial e pode ser realizada a qualquer momento, mesmo que não se trate de situação de flagrante (não há que se confundir busca pessoal com busca domiciliar). Expertise policial que merece ser prestigiada, assim como são os depoimentos dos agentes da lei. Prova segura da autoria e materialidade. Condenação bem aplicada, merecendo, a r. sentença, ser ratificada na forma do art. 252 do Regimento Interno inclusive no que tange à dosimetria, fixada com critério. Recurso não provido.” (Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, 13ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Xisto Rangel, j. 08/08/2022).

A inviolabilidade da intimidade pessoal, norma constitucional de eficácia contida, está insculpida e consagrada no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, dispondo da seguinte maneira: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação”. Contudo, ela pode ser mitigada, dentre outras possibilidades, diante da constatação de ocorrência de crime, como *in casu*.

Por sua vez, considerando-se que o tráfico ilícito de drogas é crime permanente, verifica-se permitido pela Carta Magna a ação dos agentes em revistas pessoais de pessoas suspeitas, em locais públicos ou privados, com vistas às providências necessárias e cabíveis para a prisão em flagrante do agente criminoso e consequente apreensão do material ilícito, desde que presente a justa causa.

Nesse sentido:

“TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. REVISTA REALIZADA ANTE A EXISTÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA DE QUE O ACUSADO ESTAVA NA POSSE DE OBJETOS ILÍCITOS. EIVA INEXISTENTE. 1. Nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. (...)”. (STJ – Habeas Corpus nº 552.395-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 20.02.2020).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. PRISÃO REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. OCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. USO DE DROGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. BUSCA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO FRANQUEADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REITERAÇÃO DE OUTRO HC. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. *Considera-se lícita a revista pessoal executada por guardas municipais, com a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal. (...)*. (STJ – AgRg no Habeas Corpus nº 597.923-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 20.10.2020).

Ainda, cumpre trazer à baila decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a justa causa autorizadora das ações policiais de busca pessoal:

“O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim,

fundadas razões a respeito.

Essa é a orientação que vem sendo adotada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em julgados recentes (HC 201.874 AgR/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 30/06/2021; HC 202.040 MC/RS, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 11/06/2021; RHC 201.112/SC, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 28/05/2021; HC 202.344/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 28/05/2021; RE 1.305.690/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/03/2021; RE 1.170.918/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 03/12/2018), da qual destaco o RHC 181.563/BA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/03/2020, que registrou:

“O crime de tráfico é permanente e, portanto, a busca domiciliar no imóvel não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República. No caso dos autos, há, ainda, a notícia judicialmente adotada pelo Tribunal de origem de que “...constata-se que agentes policiais, após receberem denúncias sobre a ocorrência de tráfico de drogas, apontando a alcunha e o endereço do recorrente, empreenderam diligências a fim de averiguar o quanto informado e lograram surpreendê-lo com excessiva quantidade de maconha, tendo, posteriormente, com o consentimento do réu, consoante extrai-se do seu próprio interrogatório, dirigido até sua residência, local onde

encontraram mais drogas". (RE 1447374 / MS - MATO GROSSO DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 30/08/2023. Publicação: 31/08/2023)

Superada a preliminar, passa-se ao mérito.

Lewington Henrique da Silva, qualificado nos autos, foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 14 de janeiro de 2024, por volta das 20h50, na Rua Francisco Rodrigues Passos, nº 1088, Vila Cleo, na cidade de Mogi das Cruzes, trouxe consigo, no interior de sua mochila, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 30 porções de maconha, pesando 54,3 gramas, 12 porções de crack, pesando 16,4 gramas e 64 porções de cocaína, pesando 82,8 gramas, conforme auto de exibição de fls. 30/31, auto de constatação provisória de substância entorpecente de fls. 11/14 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 89/91.

Segundo o apurado, o acusado resolveu traficar drogas e obteve as porções de entorpecentes acima descritas de fornecedor não identificado, trazendo-as consigo, no interior de sua mochila.

Nas condições de tempo e lugar antes especificadas, os policiais militares estavam em patrulhamento de

rotina na Rua Francisco Rodrigues Passos e, na proximidade do numeral 1088, avistaram Lewingston parado na via pública. Este, ao avistar a a viatura se aproximando, tentou fugir ingressando em uma viela ali existente.

Em razão de tal comportamento, os policiais resolveram abordá-lo e durante a revista pessoal, encontraram R\$ 194,10 em espécie no bolso da calça de Lewingston e, no interior da mochila que o acusado trazia consigo, localizaram as porções de drogas (crack, cocaína e maconha) antes mencionadas, embaladas individualmente e prontas para o consumo. Também foi encontrado um aparelho celular e anotações manuscritas características da contabilidade da traficância.

O réu foi preso em flagrante.

Esses são os fatos.

A materialidade do delito ficou devidamente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante de fls. 01/02, laudo de constatação prévia de fls. 11/14, documento de fls. 29, auto de exibição e apreensão de fls. 30/31, boletim de ocorrência de fls. 35/39, laudo de exame químico-toxicológico de fls. 89/91, laudos de exame pericial de fls. 108/110, 122/126 e 164/167, bem como pela prova oral colhida no curso da instrução.

A autoria, por sua vez, é indubitosa em

desfavor do acusado.

Senão vejamos.

O policial Messias Souza da Silva contou que estava em patrulhamento de rotina, quando avistou o acusado em atitude suspeita, razão pela qual decidiu realizar a sua abordagem. O acusado trazia consigo uma mochila e, quando notou a presença da viatura policial, saiu correndo do local e somente foi detido em outra via pública. Em revista pessoal, localizou em poder do acusado, dentro da mochila, grande e variedade quantidade de drogas, além de determinada quantia em dinheiro em notas trocadas. Indagado, o acusado admitiu a prática de tráfico de drogas no local, informando que fazia quinze dias que estava comercializando drogas naquele ponto e que receberia determinado valor pela venda realizada. O acusado estava comercializando drogas nas imediações de duas escolas. Por fim, disse que o acusado foi detido em local notoriamente conhecido pela alta incidência de tráfico de droga.

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Caio Bruno Nunes do Nascimento que acrescentou que o acusado confessou a traficância, que havia iniciado há 15 dias, e que ficaria com 10% do valor vendido. Tinham invólucros de cocaína, maconha e crack.

O acusado Lewingston Henrique da Silva, na delegacia (fl. 09), ficou em silêncio. Embora intimado, o réu

não compareceu em juízo para dar sua versão dos fatos, sendo decretada sua revelia.

Essas são as provas dos autos, bastantes para manutenção do édito condenatório.

Extrai-se dos elementos probatórios constantes nos autos que a responsabilidade do acusado pelo delito de tráfico ilícito de drogas se revelou comprovada pela robustez das provas amealhadas e nenhum elemento trazido foi capaz de amparar realística e objetivamente sua defesa, de modo a macular a certeza da demonstração de sua conduta criminosa.

Os policiais militares foram firmes e harmônicos e narraram com riqueza de detalhes a dinâmica dos fatos, incluindo a abordagem e a busca pessoal que culminaram na apreensão dos entorpecentes com o acusado.

Os agentes públicos, observe-se, não deram indícios de que agiam com tendenciosidade; tampouco transpareceram qualquer sorte de motivo escuso na incriminação do acusado, a quem sequer conheciam previamente. Daí que, com efeito, não é possível, simplesmente, presumir sua parcialidade. Mesmo porque, note-se, não faria sentido o Estado atribuir a agentes públicos a função de realizar investigações, monitoramentos e prisões em flagrante, porém negar credibilidade aos depoimentos prestados em decorrência desse mister.

Não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, os funcionários públicos têm a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escoreitamente.

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, bem como as reiteradas informações anônimas sobre a traficância que foram confirmadas pelos agentes públicos, como ocorreu no presente caso. Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte). Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na

condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.” (STJ, Habeas Corpus nº 633.615 – SP, Decisão Monocrática, j. 27/01/2021).

No mesmo sentido: STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1.661.191 – AM, Min. Jorge Mussi, Decisão Monocrática, j. 22/06/2020; STJ, Habeas Corpus nº 485.534 – SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 21/05/2019; STJ Habeas Corpus nº 382.206 – RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 10/02/2017.

Ademais, como já exaustivamente explicado em sede preliminar, não houve qualquer ilegalidade na abordagem policial que culminou na apreensão dos entorpecentes, inexistindo demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado

Portanto, nada há nos autos que possa sugerir que tenham artificiosamente engendrado esse episódio de modo e para o fim de prejudicar o réu, a quem, repita-se, sequer conheciam previamente.

O réu, na única oportunidade em que foi ouvido, optou por ficar em silêncio e, na fase judicial, sequer se

preocupou em comparecer na audiência para explicar sua versão.

Competia à Defesa, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, trazer elementos seguros a comprovar suas alegações e assim desconstituir a higidez da prova produzida pela acusação; todavia, nada fez nesse sentido.

Com efeito, para configuração do crime de narcotráfico imputado ao réu, não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, transporte, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio*, para consumação do delito.

A quantidade e variedade de entorpecentes apreendida (30 (trinta) porções de maconha, com peso líquido de 26,94 gramas, 64 (sessenta e quatro) porções de cocaína, com peso líquido de 39,21 gramas, e 12 (doze) porções de cocaína na forma de crack, com peso líquido de 2,54 gramas) evidenciam o dolo e o ânimo de mercancia dos entorpecentes, aliado ao fato do réu se encontrar em local comumente conhecido como ponto de venda de drogas e de ter admitido aos policiais que o fazia há cerca de 15 dias.

Desta forma, a responsabilidade de **Lewingston Henrique da Silva** está comprovada pela robustez do conjunto probatório carreado aos autos que a conduta do réu se coaduna àquela prevista no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e a

condenação era mesmo de rigor.

A reprimenda, por sua vez, deve ser reformada.

Individualização. Seguiu-se as diretrizes preconizadas nos arts. 59 e 68, *caput*, ambos do Código Penal, e art. 42, da Lei 11.343/06.

1ª fase. O d. Magistrado de primeiro grau, levando em considerando a variedade e nocividade da droga (crack), elevou a pena-base em 1/6 (um sexto), fixando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Não obstante seja cediço que a variedade e a natureza de drogas possam servir para justificar o aumento da basilar, no caso concreto tais vetores serão utilizados, juntamente com a significativa quantidade de entorpecentes, para afastar a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, de forma a se evitar a ocorrência de *bis in idem*, razão pela qual prospera parcialmente o recurso defensivo.

Salienta-se que o deslocamento dos vetores do art. 42 da Lei de Drogas para a terceira fase não caracteriza *reformatio in pejus*, inclusive porque haverá melhora na situação do réu ao final.

Dessa forma, é caso trazer a pena-base

do apelante ao mínimo, arbitrando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª Fase. Ausentes agravantes ou atenuantes.

No ponto, não prospera a pretensão recursal para reconhecimento da atenuante da confissão, uma vez que o réu quando ouvido na delegacia permaneceu em silêncio e não se fez presente à solenidade judicial.

Nesse sentido: “[...] Nesse cenário, tem-se como não incidente a atenuante da confissão espontânea, nem em sua forma qualificada, pois **"A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio"**. (Súmula 630 do STJ) (e-STJ, fl. 642). **Precedentes.** (...)” (AgRg no HC n. 819.116/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 5/6/2023.)

Registre-se que, de mais a mais, ainda que houvesse o reconhecimento da citada atenuante, sua incidência não implicaria em diminuição da pena, nos termos da súmula 231, do STJ.

Portanto, é o caso de manter a reprimenda

inalterada.

3ª Fase. Inexistentes causas de aumento ou diminuição aplicáveis ao caso concreto.

O redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, é facultativo e não obrigatório, cabendo ao magistrado ponderar o comportamento do réu e as circunstâncias em concreto para sua aplicação.

O Juiz sentenciante, na hipótese em concreto, afastou o reconhecimento da benesse aos seguintes fundamentos:

“Quanto à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifico a impossibilidade de seu reconhecimento, tendo em vista que a prova deixa claro que o réu não preenche os requisitos exigidos, pois foi detido em circunstâncias que evidenciam o seu anterior envolvimento com tráfico de drogas, isto é, em local conhecido pela alta incidência de tal delito, na posse de variada e grande quantidade de entorpecentes.

Além disso, conforme se verifica da prova, o acusado trazia consigo anotações

referentes ao tráfico de drogas, típica contabilidade referente à comercialização, indicando que se dedicava havia algum tempo a tão nefasta atividade.

Em verdade, não restam dúvidas quanto ao seu envolvimento com atividades criminosas e com organizações criminosas que controlam os pontos de tráfico de drogas, tendo ele relatado aos policiais que receberia certo valor pela venda das drogas, agindo como se fosse um funcionário dentro de uma estrutura voltada para o tráfico de drogas. Não se trata de traficante eventual ou de pequeno traficante, a justificar a redução da pena como se pode ver”.

Ad argumentandum tantum, não era mesmo hipótese de se aplicar o redutor, tendo em conta a significativa quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (30 invólucros de maconha, 12 invólucros de crack e 64 invólucros de cocaína), – circunstâncias que, realce-se, estão sendo sopesadas exclusivamente nesta etapa -, além da folha de papel contendo manuscrito relacionados ao tráfico (fl. 29). Isso tudo conjugado com a ausência de comprovação de que exercia atividade laboral regular lícita, torna incontestável sua dedicação a

atividades criminosas, além do ordinário, que permite concluir que fazia do tráfico seu meio de vida.

Reforce-se. A destacada variedade e a natureza de parte das drogas, principalmente por se tratar de crack e cocaína, substâncias altamente nocivas e de capacidade de viciar, aptas portanto a dar ensejo à ampla difusão do vício em prejuízo da saúde pública e com conhecidos efeitos deletérios às células sociais.

Ademais, as testemunhas ouvidas – policiais militares -, afirmaram que os fatos se deram em local conhecido como ponto de tráfico de drogas.

Esses dados concretos sinalizam maior ascendência e vínculo com a cadeia do tráfico, não sendo possível enquadrar o réu como mero traficante ocasional.

Destaca-se que um novato não receberia tamanha quantidade e variedade de drogas; ao contrário, somente um colaborador graduado das hordas criminosas, detentor de credibilidade pelos líderes, faria jus a tal deferência.

Eis os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça que embasam o afastamento do redutor:

“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL.
TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO
PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO

PREENCHIDOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...].

2. O Tribunal de origem concluiu que o agravante não preencheu os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado, considerando a quantidade de drogas apreendidas, petrechos, valores em dinheiro e ausência de comprovação de trabalho lícito, indicando dedicação a atividades criminosas.

[...] **4. A decisão agravada foi mantida com base na jurisprudência que permite o afastamento do redutor do tráfico privilegiado quando há indícios de dedicação a atividades criminosas, como a apreensão de petrechos, dinheiro e grande quantidade de drogas.**

5. O acórdão recorrido está em consonância com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se o Enunciado Sumular n. 83 do STJ. IV. Dispositivo e tese 6. Agravo desprovido. Tese de julgamento: "A apreensão de petrechos e grande quantidade de drogas indica dedicação a atividades criminosas, afastando a aplicação do tráfico privilegiado". Dispositivos relevantes citados: Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 2.521.350/GO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 27/8/2024. (AgRg no AREsp n. 2.707.088/MT, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 22/10/2024, DJe de 4/11/2024.)

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

APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO DIVERSA QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP, bem como o REsp n. 1.977.027/PR, este último sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1139), firmou o entendimento de que a quantidade, natureza e a variedade de drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para se concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, além da existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso também não serem suficientes para afastar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o princípio da presunção de inocência. 2. **No caso concreto, a causa especial de diminuição de pena deixou de ser aplicada em razão de os fatos terem envolvido a atuação do agravante em uma rede organizada e voltada para a prática do tráfico de drogas, que visava o transporte de 5.320kg de maconha. Também foi ressaltado o modus operandi da prática delitiva, em que o entorpecente estava acondicionado em veículo previamente preparado, sob promessa de pagamento em dinheiro, além da participação de terceiro na empreitada criminosa.** 3. Desse modo, verifica-se que o

fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para não aplicar a pretendida causa de diminuição de pena não foi exclusivamente a quantidade de droga apreendida, mas também a sua associação a outros elementos que evidenciavam a dedicação do agente ao tráfico de drogas, o que justifica a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006. 4. Diante da conclusão das instâncias ordinárias, para se acolher a tese de que o agente não se dedicava às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, providência inadmissível na via do apelo nobre, em razão do óbice da Súmula n. 7 do STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.417.079/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 14/6/2024).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **O escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.** 2. **A Terceira Seção desta Corte**

Superior de Justiça decidiu, através do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), que "[a] utilização supletiva desses elementos [natureza e da quantidade da droga apreendida] para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa". (AgRg no HC n. 883.719/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 4/9/2024)

Assim, não satisfeitos os requisitos cumulativos para concessão da benesse, resta a pena dosada de forma definitiva no patamar anterior.

Regime Prisional. Tendo em vista o *quantum* da pena, a natureza, variedade e quantidade dos entorpecentes, e a evidente dedicação a atividades criminosas, o que exige maior rigor na penalização, é o caso de manter o regime inicial fechado para cumprimento da pena, nos termos dos artigos 33 e 59, ambos do CP.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que:

"A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para

justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, §3º, do Código Penal - CP (...)" (STJ - HC 414347 / SP - Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - DJe 21/02/2018).

O traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. A insuficiência do estabelecimento de qualquer outro regime inicial que não o fechado, para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes é patente de maneira que, frise-se, neste caso, não se amoldaria ao sistema repressor-ressocializador do Direito Penal.

Ademais, a fixação de regime mais brando não atenderia aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, levando-se em conta, como já mencionado, as circunstâncias e gravidade do crime, e a reincidência do acusado. De modo contrário, injusta seria a situação daquele que pratica conduta menos gravosa, com condenação a pena mais branda, sujeito ao mesmo regime prisional daqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que ausentes os requisitos legais, nos termos do art. 44, inc. I, do Código Penal ou a concessão de *sursis*.

Pelo exposto, **rejeita-se a preliminar e, no mérito, dá-se parcial provimento** para, mantida a condenação do réu Lewingston Henrique da Silva, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, reduzir sua pena a 05 (cinco) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Mantida, quanto ao mais, a r. sentença condenatória.

Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em desfavor do acusado.

HUGO MARANZANO

Relator