



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000350573

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503275-78.2024.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante FERNANDO VINICIUS CARDOZO NISHIMOTO, 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: **Negaram provimento ao recurso. 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), TOLOZA NETO E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

JAYME WALMER DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1503275-78.2024.8.26.0344

3ª Câmara de Direito Criminal

Apelante: FERNANDO VINICIUS CARDOZO NISHIMOTO

Apelada: Justiça Pública

Voto nº 9262

PENAL, PROCESSO PENAL e LEI Nº 11.343/2006. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DECORRENTE DE BUSCA PESSOAL SEM JUSTA CAUSA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INC. III, DA LEI Nº 11.343/2006. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE PRIVILEGIADA, COM REDUÇÃO NO PERCENTUAL MÁXIMO. REGIME INICIAL ABERTO OU SEMIABERTO. IMPROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME:

1 - Apelação criminal interposta contra sentença que condenou o réu pelo crime de tráfico ilícito de drogas, majorada pela constatação de comercialização nas proximidades de instituição de ensino.

II- QUESTÃO EM DISCUSSÃO:

2 - Há três questões em discussão:

I) suposta existência de nulidade, decorrente de abordagem e busca pessoal do acusado, sem justa causa;

II) afastamento da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006, por não comprovação de traficância nas proximidades de unidade escolar;

III) reconhecimento da modalidade privilegiada do ilícito penal, com fixação de regime inicial aberto ou intermediário.

III – RAZÕES DE DECIDIR:

3 - A abordagem do réu e a revista pessoal foram realizadas pelos agentes de segurança pública, com observância ao regramento pátrio e parâmetros estabelecidos pelos Colendos Tribunais Superiores, inexistindo qualquer nulidade a ser declarada. Precedentes;

4 - A justa causa se configurou em razão da constatação de que, mesmo após ser agredido por outras duas pessoas desconhecidas que fugiram sem ser identificadas - fato visualizado pelos servidores castrenses -, o acusado tenha tentado também se evadir do local já conhecido pela intensa traficância, atraindo a atenção dos agentes de segurança pública e sua consequente abordagem, culminando na localização das drogas ilícitas;

5 - Conforme sedimentado entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006, tem natureza objetiva, de modo que se aplica diante da mera constatação da ocorrência da prática da mercancia espúria nas proximidades de instituição de ensino. Precedentes;

6 - As circunstâncias do crime (quantidade, diversidade e espécies das drogas apreendidas, além da confissão da do exercício da prática delitiva durante uma semana), afastam a possibilidade de aplicação da modalidade privilegiada, porquanto indicam a adoção do delito como meio de vida e aumenta a reprovabilidade da conduta criminosa, bem como conduz à aplicação do regime prisional mais gravoso. Precedentes;

7 - Efetiva observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena no estabelecimento da sanção e fixação de regime de prisão.

IV. DISPOSITIVO E TESE.

8 - Apelação criminal a que se rejeita a preliminar arguida e, no mérito, nega-se provimento.

Fernando Vinicius Cardozo Nishimoto, qualificado nos autos, foi processado e ao final condenado, por sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Josiane Patrícia Cabrini Martins Machado, no processo-crime nº 1503275-78.2024.8.26.0344, que tramitou pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília - SP, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no patamar mínimo, por violação ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inc. III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Inconformado, pleiteia, preliminarmente, o reconhecimento de ausência de justa causa para sua abordagem e busca pessoal. No mérito, requer: 1- afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006; 2- reconhecimento da modalidade privilegiada, com redução no patamar máximo; e, 3- fixação de regime inicial aberto ou intermediário.

Processado e contra-arrazado, manifestou-se o d. Procurador de Justiça pelo desprovimento do recurso.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 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.

A preliminar não merece acolhimento, porquanto se extrai do conjunto probatório, como se verá, que a diligência policial ocorreu de modo regular.

Em apertada síntese, policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo, quando se depararam com dois homens agredindo o réu na via pública, sendo que aqueles fugiram numa motocicleta ao perceberem a aproximação policial. Por sua vez, o acusado, mesmo ferido, também tentou se evadir, conduta que atraiu a atenção dos agentes de segurança pública e conduziu à sua abordagem. Indagado, confessou informalmente que praticava o tráfico ilícito de drogas no local, bem como informou que os dois agressores pretendiam subtrair sua mochila, em cujo interior estavam os entorpecentes e o dinheiro oriundo da traficância.

Assim, contrariamente ao que tenta convencer a d. Defesa de que a abordagem do acusado e sua revista pessoal foram sem justa causa, suas alegações não encontram qualquer guarida no conjunto

probatório amealhado.

Inegável que o motivo ensejador de sua abordagem se deu em razão de, mesmo após ser agredido por pessoas desconhecidas e estar visivelmente machucado, em local já conhecido pela intensa traficância, tentar se evadir diante da aproximação da viatura policial. Evidente que tal quadro chamou a atenção dos agentes de segurança pública e naturalmente culminou na localização das porções de drogas ilícitas. Patente estar configurada a justa causa, autorizando a abordagem e revista pessoal do acusado. Logo, não se vislumbra qualquer nulidade na conduta policial.

Com clareza insofismável, a diligência policial se deu estritamente dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei e dos limites constitucionais estabelecidos pelos Colendos Tribunais Superiores, sendo plenamente válida.

Desta maneira, rejeita-se a preliminar arguida e se passa à análise do mérito.

O acusado foi processado e, ao final, condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas porque, conforme a denúncia, no dia 24 de abril de 2024, por volta das 23h, na Rua Ângelo Raspante esquina com a Rua Francisca de Oliveira, Bairro Parque das Azaleias, na cidade e comarca de Marília - SP, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, sem autorização legal e regulamentar, 280,56g (massa líquida) de *maconha* e 481,43g (massa líquida) de *cocaína*, substâncias entorpecentes que determinam dependência psíquica.

Consta que a infração penal foi cometida nas

imediações de dois estabelecimentos de ensino (“EMEI Sambalelê” e “EMEI Nossa Senhora da Glória”).

Ao que se apurou, nas circunstâncias de tempo e espaço especificadas, o réu trazia consigo, numa mochila, 99 (noventa e nove) porções de *maconha*, 653 (seiscentos e cinquenta e três) *ependorfs* com *cocaína* e 480 (quatrocentos e oitenta) porções de *crack*, além de R\$ 332,50 (trezentos e trinta e dois reais e cinquenta centavos) em espécie.

No dia dos fatos, policiais militares realizavam regular patrulhamento pelo local, já conhecido como ponto de venda de drogas ilícitas, quando avistaram dois homens agredindo o réu, sendo que aqueles, ao perceberem a aproximação da guarnição, empreenderam fuga numa motocicleta, não sendo possível suas abordagens e identificação.

O acusado, por sua vez, levantou-se e, mesmo com algumas escoriações, pegou a mochila que trazia consigo e também tentou se evadir, mas foi abordado pelos agentes de segurança pública.

Indagado, confessou informalmente a prática da mercancia espúria, afirmando que as duas pessoas desconhecidas tentaram subtrair sua mochila, em cujo interior estavam as substâncias ilícitas, dinheiro e um telefone celular.

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 4), boletim de ocorrência (fls. 9/12), auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), laudo de constatação provisória (fls. 18/20), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 73/75), laudo pericial de objeto (fls. 147/157) e demais elementos acostados aos autos.

A autoria também é certa.

Senão vejamos.

Os policiais militares Jéssica Marques da Silva e Leonardo Alvares dos Santos, em sintonia entre si, declararam que no dia do ocorrido realizavam patrulhamento ostensivo na Avenida Tomé de Souza, quando transeuntes noticiaram a ocorrência de uma briga generalizada na Rua Ângelo Raspante, esquina com a Rua Francisca de Oliveira, local já conhecido pela intensa prática de tráfico ilícito de drogas. Chegando ao local, depararam-se com dois indivíduos agredindo uma terceira pessoa, sendo que os agressores, ao perceberem a aproximação policial, evadiram-se numa motocicleta, de maneira que não puderam os identificar. Já o que permaneceu, mesmo ferido também tentou se evadir do local, mas foi abordado pelos agentes de segurança pública, quando admitiu que estava ali vendendo drogas e que as duas pessoas que o agrediram queriam subtrair sua mochila. Verificado o interior da aludida mochila, foram encontrados R\$ 332,50 (trezentos e trinta e dois reais e cinquenta centavos) em espécie e grande quantidade de entorpecentes, além de um aparelho celular. Asseveraram que não conheciam o réu até aquele dia.

Na fase inquisitorial, o acusado gozou de seu direito constitucional de permanecer silente. Em juízo, confessou a prática delitiva descrita na inicial acusatória, esclarecendo que no dia do ocorrido estava vendendo drogas no local, quando duas pessoas se aproximaram numa motocicleta e um deles pediu quatro “pinos” de *cocaína*. Quando ia entregar os entorpecentes, o garupa lhe disse “*perdeu, perdeu*”. Relatou que foi agredido pelos indivíduos desconhecidos e, também, tentou fugir, quando as viaturas policiais chegaram e o detiveram. Asseverou que realizava o tráfico de drogas no local há cerca de uma semana.

Assim, a despeito do entendimento defensivo, vê-

se um conjunto probatório seguro para condenação do acusado, porquanto as declarações dos policiais militares se mostraram detalhadas, uniformes e convincentes, sem se furtarem ou se esquivarem dos questionamentos feitos pela magistrada *a quo*, acusação e defesa. Nesse contexto, as afirmações e as descrições por eles ofertadas revelaram-se coerentes e plenamente concebíveis, sendo corroboradas pela confissão espontânea do réu.

Curial anotar que a atuação dos agentes públicos se revestiu de legalidade, ao menos pelo que se extrai dos autos, pois não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado.

Além disso, inexistente dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Também não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais civis e militares, 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 corretamente.

Esse é o posicionamento do Colendo Superior
Tribunal de Justiça:

“(…) Ademais, 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. Precedentes. (...)”. (STJ — AgRg no *Habeas Corpus* nº 672.359-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.06.2021).

“(…) Com efeito, "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"(AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). (...)”. (STJ — AgRg no *Habeas Corpus* nº 741.416-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, j. 22.11.2022).

De se anotar que a configuração do crime sequer exige qualquer ato de mercancia, bastando que traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, sendo desnecessária a *traditio*, para consumação do delito.

Não apenas a quantidade, a diversidade e o tipo das drogas, mas também os depoimentos firmes e convincentes dos servidores castrenses, a abordagem em local já conhecido pela prática de mercancia espúria e a confissão espontânea, justificam o reconhecimento da prática delitiva, com a imposição de pena que seja a medida necessária

e suficiente para a prevenção e reprovação do narcotráfico.

Assim, extrai-se dos elementos probatórios constantes nos autos que a responsabilidade do acusado pelo delito de tráfico ilícito de drogas, revelou-se 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 criminoso.

A alegação de inexistência de comprovação de que o acusado deliberadamente escolheu o local de mercancia espúria, em razão da existência de unidades de ensino nos arredores, visando atingir seus frequentadores ou de efetiva vantagem da proximidade, não é fundamentação idônea para afastar a causa especial de aumento da pena, prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas, porquanto possui natureza objetiva. Assim, considerando que o local de mercancia espúria era próximo às aludidas instituições, imperiosa a aplicação da causa de aumento.

Nesse sentido:

“(...) A simples prática do tráfico de drogas na proximidade de tais estabelecimentos é suficiente para a aplicação da majorante, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa (...)”.
(AgRg no AREsp 1.028.605-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02.08.2018).

Nesse contexto, refuta-se a hipótese de

absolvição por insuficiência probatória (CPP, art. 386, inc. VII) e a tese de afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006. Dessa forma, a conduta praticada pelo réu tipifica o crime de tráfico ilícito de drogas, sendo que sua condenação era imponível.

Finda a fundamentação do voto, momento da análise da reprimenda lançada.

Individualização. Nos termos dos arts. 59 e 68, do Código Penal e art. 42, da Lei de Drogas, passa-se ao cálculo da pena cabível.

1ª fase. Na primeira etapa, de se considerar ser patente na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que, quando o magistrado, no caso concreto, identificar dados suficientes a caracterizar a extrapolação das circunstâncias elementares do tipo penal básico, como no caso de quantidade, diversidade e tipo de drogas mais viciantes, deve-se aplicar a regra prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, as quais são preponderantes em face do art. 59 do Código Penal, não ficando estritamente adstrito ao critério objetivo ou matemático.

Assim, também se deve ponderar a quantidade, diversidade e a espécie das drogas apreendidas (*maconha, cocaína e crack*), as duas últimas muito mais viciantes que outras, o que induz a uma clientela fixa e facilidade de venda do produto ilícito, aumentando a reprovabilidade da conduta.

Assim, adequada a majoração da pena-base no percentual de 1/6 (um sexto), chegando-se a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

2ª fase. Ausentes agravantes genéricas, mas presentes as atenuantes de menoridade relativa (CP, art. 65, I) e de confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, “d”), de rigor o retorno da reprimenda ao mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em observância à Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

3ª fase. Nesta fase derradeira, de se considerar a causa especial de aumento estampada no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006, nos termos já delineados, de sorte que o aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena anteriormente fixada mostra-se adequada, atingindo-se o *quantum* de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no patamar mínimo, a qual, à míngua de outras causas modificadoras, torna-se definitiva.

A despeito do entendimento defensivo, o réu não reúne mérito para se beneficiar da causa de diminuição preconizada no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, mormente em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

De considerar ainda a quantidade, diversidade e espécies de substâncias ilícitas mantidas em sua posse, vetores que se coadunam com alguém que goza da confiança do proprietário das drogas, a demonstrar dedicação a atividades criminosas. Ou seja, um novato não receberia semelhante quantidade. Ao contrário, somente um colaborador respeitado das hordas criminosas, detentor de credibilidade, faria jus a tal deferência.

Anote-se também que a ponderação dos tipos de droga apreendida é de grande importância, haja vista ser inegável a maior

letalidade e capacidade viciante da *cocaína* e do *crack* em face de outras, o que por vezes faz com que o criminoso, mesmo conhecedor de tal quadro, opte em oferecê-las. Isso se deve especialmente pela facilidade com que as vende, bem como a regular manutenção de clientela fixa e dependente normalmente em maior grau, impondo-se a necessidade de mais rigor diante da maior reprovabilidade e gravidade da conduta.

Regime de prisão. Diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e do *quantum* da pena imposta, adequado o **regime inicial fechado**, o qual se revela a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação, especialmente, de crime equiparado a hediondo, exatamente pela presença inequívoca do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, da codificação penal.

Pelas mesmas razões, incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e a concessão de *sursis*.

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar arguida e, no mérito, **nega-se provimento** ao recurso defensivo, mantendo-se *in totum* a sentença prolatada pela magistrada **Dra. Josiane Patrícia Cabrini Martins Machado**.

Jayme Walmer de Freitas
Relator