



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000358036

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500086-72.2024.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante/apelado PEDRO BARBUGLIO NETO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ""Deram parcial provimento aos recursos, a fim de reduzir as penas do réu a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão unitária mínima, mantida, no mais, a r. sentença, por seus jurídicos fundamentos. Consideraram, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se incontinenti. V.U."" de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E MARCELO GORDO.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

MOREIRA DA SILVA

Relator

(assinatura eletrônica)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal com Revisão nº 1500086-72.2024.8.26.0189

Comarca de Fernandópolis

13ª Câmara de Direito Criminal

Voto nº 45.163

Apelações criminais – Tráfico de substâncias entorpecentes – Sentença condenatória – Pretendida a absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de porte de droga para consumo pessoal ou para o delito previsto no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 11.343/06 - Admissibilidade parcial – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Depoimentos de policiais valiosos na elucidação dos fatos - Apelante surpreendido na posse de razoável quantidade de maconha e cocaína - Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório – Penas redimensionadas – Afastado o aumento das básicas decorrente da natureza dos entorpecentes apreendidos – Fração utilizada para agravar as penas pela reincidência específica reduzida para 1/6 (um sexto) - Causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, afastada por inexistir prova de que o tráfico tinha como alvo frequentadores de entidade beneficente e de locais de trabalho coletivo – Redutor inaplicável, na espécie, diante da reincidência do agente – Regime prisional escorreitamente fixado. Recurso parcialmente provido.

Pleito ministerial objetivando a exasperação das penas-base por má conduta social, bem como a elevação da fração empregada para aumentar as penas por ter sido o crime praticado nas imediações de entidade beneficente e de locais de trabalho coletivo – Admissibilidade parcial – Crime perpetrado durante o período em que o réu cumpria pena em regime aberto por tráfico, o que demonstra maior desvalor de sua conduta – Básicas elevadas em 1/6 (um sexto) acima dos patamares mínimos. Recurso ministerial parcialmente provido.

1. Ao relatório da r. sentença monocrática, acrescenta-se que **Pedro Barbúglio Neto**, por infração ao artigo 33,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

caput, da Lei nº 11.343/06, foi condenado às penas de 10 (dez) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.036 (mil e trinta e seis) dias-multa, à razão unitária mínima. Decretou-se, ainda, o perdimento de bens e valores apreendidos em favor da União.

Inconformadas, recorrem as partes.

O Ministério Público postula a exasperação das penas-base por má conduta social e a elevação da fração empregada para aumentar as penas por ter sido o crime praticado nas imediações de entidade beneficente e de locais de trabalho coletivo.

Pedro, por sua vez, acenando com a fragilidade probatória, pugna pela absolvição. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o crime de porte de droga para consumo pessoal ou para o delito previsto no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 11.343/06□

Regularmente processados os recursos, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento de ambos os apelos.

Apresentada petição pela Defesa contendo novo link para acesso às imagens de câmera de segurança, o Ministério Público e a Procuradoria Geral de Justiça manifestaram-se no sentido de sua imprestabilidade.

Há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Os recursos comportam parcial provimento.

Emerge dos autos que o apelante foi processado e, ao final, condenado porque, no dia 21 de janeiro de 2024, na Rua Antônio José de Souza, 131, Jardim Ubirajara, no município de Fernandópolis, nas imediações de sede de entidade beneficente e de locais de trabalho coletivo, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, duas porções de maconha, uma a granel (34,68g) e outra envolta em plástico-filme (10,85g), além de trazer consigo 1 (uma) porção de cocaína (1,62g), sem autorização legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, policiais civis, após receberem denúncias anônimas sobre o retorno do acusado à prática do tráfico, realizaram observação velada nas imediações de sua residência. Nessas circunstâncias, presenciaram a chegada dele e de uma terceira pessoa em um veículo, bem como o ingresso de ambos no interior do imóvel e, momentos após, seu retorno ao automóvel, cuja direção assumiria.

Os policiais, suspeitando daquela postura, decidiram pela abordagem, momento em que Pedro, ao perceber a aproximação, tentou evadir-se do local, mas foi detido. Na ocasião, informou a existência de uma porção de maconha no interior do veículo, a qual foi localizada pelos policiais no console da porta do motorista, envolta em filme plástico. Em um dos bolsos do acusado, foi apreendida uma porção de cocaína, acondicionada em plástico com trava de pressão

(tipo "zip"), além de seu aparelho celular.

No interior da residência, mediante autorização da avó de Pedro, titular do imóvel, lograram êxito em apreender, em um quarto que serve de estúdio de tatuagem, no interior de uma caixa de tênis, 34,68g de "maconha" a granel, filme plástico assemelhado ao que recobria a porção de droga apreendida no veículo, além de estilete com aparentes resquícios de drogas e retalhos plásticos sugestivos do fracionamento de uma porção maior de drogas. No mesmo cômodo, apreenderam uma página com anotações que aparentam registrar o comércio ilícito de entorpecentes.

Pois bem.

A materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada, máxime pelos laudos de constatação prévia (fls. 30/42) e exame químico-toxicológico (fls. 140/145), que apresentaram resultados positivos para maconha e cocaína.

A autoria, por igual, emerge bem elucidada.

Silente na peça flagrantial (fl. 8), como lhe assegura a Carta Constitucional de 1988, Pedro, em Juízo, admitiu a posse dos entorpecentes apreendidos, afirmando, contudo, que se destinavam ao uso pessoal. Asseverou que a cocaína e a porção de maconha encontradas no veículo seriam utilizadas durante jantar em pizzeria, em conjunto com bebida alcoólica, bem como, posteriormente,

faria uso adicional de maconha na residência de sua namorada, a fim de induzir o sono, necessário ao trabalho no dia seguinte. Justificou a quantidade apreendida sob o argumento de ser usuário contumaz, consumindo entorpecentes em diversos momentos do dia. Negou qualquer tentativa de fuga, esclarecendo que se assustou com a aproximação repentina de veículos descaracterizados, temendo tratar-se de assalto, razão pela qual procurou aproximar-se de área monitorada por câmeras de segurança. Tão logo se deu conta de que se tratavam de policiais, deitou-se ao solo e cooperou, indicando a existência das drogas. Em relação aos objetos apreendidos, afirmou que o filme plástico destinava-se ao trabalho de tatuador, utilizado para proteção nos procedimentos, enquanto o estilete seria empregado no fracionamento da maconha para consumo próprio. Admitiu, por fim, estar descumprindo condição do regime aberto ao ausentar-se de sua residência no domingo (mídia audiovisual).

Malgrado a versão exculpatória, a prova dos autos lhe é adversa.

Assim é que a testemunha Lucas Sugahara Lima contou que estava em companhia do réu no momento da abordagem policial, sendo o automóvel de propriedade da namorada do acusado. Negou ser dono de qualquer porção de droga, afirmando ter ciência de que Pedro respondia a processo criminal em liberdade, por tráfico de entorpecentes. Aduziu, ainda, que o réu não ofereceu resistência, tendo, tão logo avistou os agentes, se ajoelhado e colocado

as mãos sobre a cabeça. Mencionou ter conhecido o acusado por intermédio de Marcos, ex-namorado de Vitória, atual namorada de Pedro, ressaltando que este exercia a profissão de tatuador (mídia audiovisual).

A testemunha policial civil Gilson Aparecido Duran relatou que receberam denúncia, por meio do canal 181, noticiando a comercialização de drogas, em frente à residência da avó do réu, situada no bairro Ubirajara. Após diligências preliminares e campana no local, não obtiveram êxito inicial, em razão das peculiaridades da região. Posteriormente, diante de informação informal a respeito da chegada de porção de maconha em poder do acusado para fins de comércio, aproveitaram-se do maior movimento gerado por culto em igreja próxima para realizar campana velada. Observaram a chegada do réu em veículo automotor, acompanhado de terceiro indivíduo, ocasião em que ambos adentraram, por breve período, a residência mencionada. Ao saírem, procederam à abordagem, momento em que o réu tentou evadir-se para o interior do imóvel, sendo contido ainda na calçada. Embora algemado após resistência inicial, indicou a existência de porção de maconha na porta do veículo. Em revista pessoal, foi encontrada porção de cocaína em poder do réu. Na sequência, com a anuência da avó do acusado, realizaram busca domiciliar, onde, dentro de caixa de tênis situada no cômodo utilizado como estúdio de tatuagem, localizaram considerável quantidade de maconha esfarelada, além de estilete e filme plástico. O acusado declarou que o veículo

pertencia à namorada, e que pernoitaria na residência dela. Dirigiram-se até o local, não encontrando nada de ilícito, conduzindo-o, então, à presença da autoridade policial (mídia audiovisual).

No mesmo sentido, foram as palavras da colega, Jaqueline Xavier de Souza, a qual acrescentou que, além da maconha localizada no veículo e da cocaína encontrada no bolso do recorrente, na residência da avó do acusado, especificamente no quarto utilizado como estúdio de tatuagem, havia uma caixa contendo considerável quantidade de maconha esfarelada e anotações típicas do comércio de drogas. Esclareceu, ainda, que a embalagem apreendida indicava ter havido, outrora, acondicionamento de tablete de, aproximadamente, 1 (um) kg de maconha, sendo aquelas porções esfareladas apenas o remanescente (mídia audiovisual).

Não se pode olvidar que tais depoimentos merecem inteira acolhida, já porque os policiais não conheciam o apelante e não tinham motivos para incriminá-lo, se ele não estivesse mesmo a cometer o crime; já porque prestaram depoimentos uniformes e harmônicos quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos; já porque não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade; já porque inexistente razão para desprestigiar agentes públicos quando comparecem perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

Bem a propósito, já se decidiu que a "*simples*

condição de policial, segundo a Suprema Corte (RTJ 68/64), não torna a testemunha impedida ou suspeita. Em RT 530/372, por outro lado, já se decidiu ser 'inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório' (no mesmo sentido RT 574/401, 588/513, 591/313, 594/332, 594/392, 597/330, 609/394, 610/369, 614/275, 616/286, 634/276 e 654/278; JUTACRIM 83/454, 95/101 e 96/230)".¹

E mais: "Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhes crédito quando fossem dar conta de duas tarefas no exercício de funções precípuas".²

Importante evidenciar, também, como já se teve oportunidade de decidir: "Assente, de forma pacífica, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, que os depoimentos de policiais quando coerentes e sem discrepância entre si têm a validade de quaisquer outras declarações, não podendo ser

¹ - Apelação Criminal nº 726.557/8-7ª Câmara de Férias - Rel. Juiz Luís Ambra - v.u., j. de 22.07.1993, cit. *in* RJDTACRIM 19/96.

² - RDTJRJ 7/287.

desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade".³

Registre-se, ainda, que o acusado não cuidou de demonstrar, concretamente, a efetiva ocorrência da alegada falsa incriminação dos policiais, o que afasta a tardia versão exculpatória e fantasiosa por ele ensaiada.

Assim, a teor do que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal, consoante já proclamou a jurisprudência:

*"Não se afigura como ilegal sentença condenatória que desconsidera álibi apresentado pela defesa e não comprovado..."*⁴

Impende ressaltar que a mídia digital anexada pela Defesa às fls. 259, contendo fragmentos das imagens do sistema de monitoramento do local no momento da abordagem, apresenta evidente descontinuidade em sua cronologia, o que compromete a análise integral da dinâmica dos fatos e, por conseguinte, não se presta a infirmar os sólidos e coerentes depoimentos prestados pelos agentes públicos que efetivaram a prisão em flagrante.

De outra banda, a testemunha de defesa, Mariana Aparecida Leossi, nada acrescentou acerca dos fatos ora apurados. Afirmou ser cliente do acusado, relatando haver realizado

³ - TJSC - JC 59/314.

⁴ - STJ-HC 20620/SP - Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca - Quinta Turma - Julgamento 04/06/2002 - DJ 01.07.2002, p. 365. Em igual sentido: STJ-RHC 5376/SP - Relator Ministro José Dantas - Quinta Turma - Julgamento 27/05/1996 - DJ 24.06.1996, p. 22781.

suas três últimas tatuagens com ele. Disse que possui conhecimento acerca do envolvimento anterior de Pedro com entorpecentes, porém asseverou que, recentemente, ele buscava melhoria de vida por meio de seu trabalho como tatuador. Conheceu o acusado através de seus trabalhos divulgados na *internet*, mantendo contato prévio com membros de sua família, em especial sua irmã (mídia audiovisual).

Vale salientar, ademais, que as substâncias entorpecentes que o apelante guardava e tinha em depósito, pela razoável quantidade e forma de acondicionamento (2 porções de maconha, com peso líquido total de 45,53g e 1 porção de cocaína com peso líquido de 1,62g), denotam, já por si, que se destinavam ao comércio ilícito e, pois, ao consumo de terceiros. E isto, mesmo sem se considerar que a maconha poderia permitir a confecção de **75,88** porções menores e a cocaína outras **7,87** porções (confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g⁵ e 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de 1,44g⁶).

Cabe observar, nesse passo, que a apreensão de razoável quantidade de substâncias entorpecentes em poder do agente, além da circunstância de estar separada ou dividida em porções, conduz à segura conclusão de que se destinava ao comércio ilícito, e não

⁵ - Vide STJ – RHC nº 37.033/MG – Quinta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – j. 22.10.2013.

⁶ - Vide STF – HC nº 111.247/MG – 2ª Turma – Relator Ministro Ricardo Lewandowski – j. 27.03.2012.

ao uso próprio, como tem proclamado iterativamente a jurisprudência.⁷

Some-se a isto o fato de que, além da considerável quantidade de drogas apreendidas, foram localizados um estilete com indícios de resquícios de maconha, um rolo de plástico-filme já utilizado no fracionamento e acondicionamento do material ilícito, bem como uma folha com anotações que, à evidência, retratam possível contabilidade vinculada à traficância, reforçando, pois, a inequívoca finalidade comercial das substâncias.

Outrossim, em atenção às alegações da Defesa, cumpre ressaltar que não prosperam as justificativas apresentadas acerca da destinação dos objetos apreendidos, porquanto, embora o acusado exerça a profissão de tatuador, o que poderia justificar a presença do plástico-filme em seu estabelecimento, as circunstâncias concretas demonstram seu emprego no acondicionamento de substâncias entorpecentes, notadamente pela identidade do material com aquele utilizado para embalar a porção de maconha localizada no veículo; ademais, a presença de resquícios de entorpecente no estilete, conjugada com as anotações indicativas de contabilidade do tráfico e com as denúncias anônimas sobre a mercancia ilícita praticada no local, evidencia que tais instrumentos se destinavam ao fracionamento e preparação das drogas para comercialização, e não ao alegado uso pessoal.

⁷ - JTACrim 63/240. Em igual sentido, confirmam-se: RT 537/335, 538/380, 540/315, 581/350; RJTJESP 84/382; JTACrim 47/301, 49/250, 58/25, 59/254, 61/197 etc.

Não bastasse isso, nunca é demais lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não é mister que aconteça a operação de venda das substâncias entorpecentes, bastando que seja detectado e demonstrado, como no caso em exame, que estas se destinavam ao fornecimento a terceiros.

Bem é de ver que outro não tem sido o entendimento desta Colenda Corte, consoante se deduz do v. acórdão da lavra do Eminentíssimo Desembargador Marco Antonio Marques da Silva:

*"Para configuração do crime imputado ao apelante, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a traditio, para consumação do delito (RJTJSP vol. 97, página 512)."*⁸

De outro lado, não prospera a tese de desclassificação para o delito previsto no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei de Drogas.

Isso porque não se vislumbra nos autos qualquer elemento probatório que indique ter o acusado oferecido ou entregue, ainda que gratuitamente, droga para consumo conjunto. A mera presença de terceiro no momento da abordagem, por si só, não autoriza a desclassificação para a figura privilegiada do § 3º do art. 33

⁸ - Apelação Criminal nº 0014608-83.2011.8.26.0562, 6ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 30/08/2012.

da Lei 11.343/06, mormente quando as demais circunstâncias fáticas evidenciam a prática do crime de tráfico em sua modalidade típica fundamental.

Cumpre enfatizar, outrossim, que mesmo que Pedro fosse usuário de drogas, esse fato não o exoneraria da responsabilidade pela prática da narcotraficância, sobretudo porque poderia realizar a mercancia ilícita exatamente para garantir o próprio uso ou vício.

Nesse sentido, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal:

"A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga..."⁹

Assim também decidiu esta Colenda Corte de Justiça:

"... mesmo que o apelante fosse usuário de drogas, tal circunstância não excluiria a possibilidade de que também se dedicasse à comercialização de entorpecentes, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das

⁹ - HC nº 74.420-6/RJ, Relator: Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 19/12/96, p. 51.768.

substâncias ilícitas".¹⁰

Registre-se, ainda, que o acusado, além de não solicitar sua submissão a exame de dependência toxicológica, deixou de trazer aos autos não somente provas testemunhais que comprovassem o suposto vício em entorpecentes, mas também documentos que atestassem eventual internação em clínica especializada para desintoxicação.

Oportuno anotar, também, que o apelante já se viu condenado em caráter definitivo, por crime da mesma espécie (tráfico de drogas – proc. nº 0003587-84.2019.8.26.0189, fl. 58), de tal modo que se mostra reincidente específico, o que não serve, por si só, como prova acerca do delito apurado nestes autos, mas presta-se para reforçar convicções.

Impende consignar que o caso em testilha comporta solução diversa da nova orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 635.659 (Tema 506), que estabeleceu presunção relativa de porte para consumo pessoal na hipótese de apreensão de até 40 gramas de *cannabis sativa*.

Isto porque, embora a quantidade de maconha apreendida (45,53g) supere minimamente o limite estabelecido pela Corte Suprema, os elementos concretos colhidos durante a investigação

¹⁰ - TJSP - Apelação Criminal nº 0040280-14.2010.8.26.0050, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Camilo Léllis, j. 25.10.2012, v.u.

- notadamente a diversidade da droga (1,62g de cocaína), a forma de acondicionamento de modo a facilitar a mercancia, em local reiteradamente mencionado em denúncias anônimas como ponto de venda de drogas, acompanhado do estilete com resquícios de maconha, do plástico-filme já utilizado no fracionamento e de anotações típicas de contabilidade do tráfico - constituem circunstâncias objetivas que afastam validamente a presunção de porte para uso próprio e confirmam o propósito de mercancia.

Neste sentido, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido Tema, decidiu que; " 5. *a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes*".

Na mesma esteira, tem-se pronunciado este Augusto Tribunal de Justiça:

"DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO INDEFERIDO. I. Caso em Exame

Deyvison Fulini Ferreira foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, substituída por prestação pecuniária. Propôs revisão criminal buscando absolvição com base no entendimento do STF sobre porte de maconha para uso pessoal. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se a presunção de usuário de drogas, conforme o Tema nº 506 do STF, pode ser aplicada ao caso de Deyvison, que foi condenado por tráfico de 3,80 gramas de maconha. III. Razões de Decidir 3. O STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas para porte de maconha para uso pessoal, mas não afastou a possibilidade de tráfico para quantidades inferiores a 40 gramas, dependendo das circunstâncias. 4. As evidências no caso de Deyvison, incluindo depoimentos e circunstâncias da apreensão, indicam tráfico, afastando a presunção de uso pessoal. IV. Dispositivo e Tese 5. Pedido de revisão criminal indeferido. Tese de julgamento: 1. A presunção de usuário para porte de maconha inferior a 40 gramas é relativa e pode ser afastada por evidências de tráfico. 2. A revisão criminal não pode ser baseada em argumentos já rejeitados sem novas provas. Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, c.c. § 4º; Código de Processo Penal, art. 386, inciso III. Jurisprudência Citada: STF, RE nº 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Mendes, Plenário, j. 26.06.2024. TJSP, Revisão Criminal n° 2258183-09.2024.8.26.0000, Rel. Luis Augusto de Sampaio Arruda, 4º Grupo de Direito Criminal, j. 25.10.2024.*¹¹ (grifo nosso).

"Direito Penal. Revisão Penal. Tráfico de Drogas. Pedido julgado improcedente. I. Caso em Exame - Thalles Henrique da Silva Braz foi condenado por tráfico de drogas por posse de pouco mais de 15 gramas de maconha. A pena foi de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto e 166 dias-multa, substituída a de prisão por restritiva e 10 dias-multa. A Defensoria Pública ajuizou revisão criminal, invocando a tese do STF no RE n. 635.659/SP (TEMA 506), alegando que a quantidade de droga indica uso pessoal. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se a presunção de usuário, para quantidade inferior a 40 gramas de maconha, se aplica ao caso. III. Razões de Decidir - 3. A presunção de usuário é relativa e pode ser afastada por elementos que indiquem tráfico, como a subdivisão da droga, o contexto e o local da apreensão. 4. No caso, a droga estava subdividida e escondida e o réu foi flagrado vendendo uma porção.

¹¹ - TJSP; Revisão Criminal 2342858-02.2024.8.26.0000; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 7º Grupo de Direito Criminal; Foro de Laranjal Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 20/12/2024; Data de Registro: 20/12/2024

IV Dispositivo e Tese 5. Pedido de revisão criminal indeferido. Tese de julgamento: 1. A presunção de usuário para quantidade inferior a 40 gramas é relativa e pode ser afastada por evidências de tráfico. 2. Elementos como subdivisão de droga e flagrante de venda justificaram a condenação por tráfico. Logo, não incide, no caso, o Tema invocado para a revisão que, por não se enquadrar nas hipóteses do art. 621 do CPP, não merece ser deferida.”¹² (grifo nosso).

Portanto, ao contrário dos argumentos sustentados pela combativa Defesa, o elenco probatório permite concluir que o apelante estava mesmo com as substâncias entorpecentes com o escopo de entregá-las à mercancia ilícita ou, de qualquer modo, fornecê-la a terceiros, mormente em se considerando não só a denúncia recebida via disque-denúncia (fls. 43/45) com informação de que o acusado estaria comercializando entorpecentes na residência de sua avó, mas também em face da exitosa diligência efetuada pelos policiais, que culminaram na comprovação do tráfico com a apreensão, em poder do acusado, de apetrechos (estilete com resquícios de maconha) e anotações do tráfico, além das porções de estupefacientes, cuja diversidade, razoável quantidade e forma de acondicionamento chamam a atenção para a segura ideia de destinação à traficância.

¹² - TJSP; Revisão Criminal 2357065-06.2024.8.26.0000; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 7º Grupo de Direito Criminal; Foro de Araçatuba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/12/2024; Data de Registro: 19/12/2024

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De outra banda, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, deverá ser afastada, haja vista a ausência de comprovação de que o comércio espúrio visava a atingir, efetivamente, frequentadores de entidade beneficente e de locais de trabalho coletivo.

Destarte, suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes da ação descrita na incoativa, cuja tipicidade - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijuridicidade e culpabilidade encontram-se, igualmente, demonstradas, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, tudo está a indicar mesmo a violação, pelo apelante, da norma de proibição insculpida no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, razão por que era mesmo inarredável o provimento condenatório, como bem proclamado pelo eminente Magistrado sentenciante, cujas lúcidas e bem colocadas razões de decidir ficam aqui adotadas, em consonância com a norma inscrita no artigo 252 do Regimento Interno desta Augusta Corte de Justiça, exceto no tocante às penas.

Estas comportam reparo.

A propósito, na primeira fase, as sanções básicas foram estabelecidas acima dos patamares mínimos, mercê da quantidade de drogas e gravidade da conduta.

Contudo, tal fundamentação deve ser expungida do cálculo, uma vez que a quantidade de drogas, já

empregada para a caracterização do crime de tráfico, não pode ser novamente utilizada para a elevação das penas iniciais, a caracterizar inescindível *bis in idem*.

Lado outro, as reprimendas básicas serão estabelecidas na fração de 1/6 (um sexto) acima dos patamares mínimos, tal como requer o Ministério Público, em razão de o crime ter sido perpetrado durante período em que o réu cumpria pena em regime aberto por tráfico, o que demonstra maior desvalor de sua conduta.

Na segunda etapa da dosimetria, o preclaro Juiz *a quo* houve por bem reconhecer a reincidência específica do acusado, demonstrada consoante certidão de fls. 58/60. Entretanto, o acréscimo de 1/3 (um terço) estabelecido na r. sentença mostrou-se exacerbado, razão por que será redimensionado para 1/6 (um sexto), de molde a se readequar à repreensão da conduta.

Na última fase, exclui-se a majorante outrora reconhecida na r. sentença.

Conforme alhures fundamentado, descabida a aplicação da majorante disposta no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, na medida em que as provas coligidas nos autos não esclareceram se a conduta do acusado visava atingir, efetivamente, os frequentadores de entidade beneficente e de locais coletivos de trabalho situados nas adjacências do local da abordagem, de sorte que a mera proximidade da ação criminosa com tais estabelecimentos revela-se

insuficiente para a exasperação das reprimendas.

Como corolário, as penas ficam definitivamente fixadas em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, de todo proporcionais, adequadas e suficientes à reprovação e prevenção do crime.

No tocante ao regime prisional, há de se ressaltar que o apelante, indivíduo reincidente específico, viu-se novamente condenado pela prática de crime sabidamente classificado, no sistema jurídico pátrio, como assemelhado aos hediondos, consoante o preceito do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, merecendo tratamento mais rigoroso e severo, recomendado a partir da Constituição Federal (art. 5º, XLIII) e regrado pelo artigo 2º, parágrafo 1º, da antedita Lei nº 8.072.

E mais, a gravidade concreta da conduta do apelante, decorrente da razoável quantidade de substâncias entorpecentes cuja aquisição e venda por este foi intermediada, revela a sua elevada danosidade social, reclamando, portanto, a manutenção do regime inicial fechado, servindo, de resto, ao lado do *quantum* punitivo e da reincidência específica, como obstáculo à substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Outrossim, o tempo de prisão provisória, por si só, não constitui elemento bastante, na espécie, a fazer com que se outorgue ao réu situação prisional mais favorável, notadamente quando

se está em face de agente reincidente e dotado de vistosa periculosidade, inclusive caracterizada pela natureza e diversidade de substâncias entorpecentes, como assinalado alhures, malgrado a novel normativa inscrita no artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, o que reclama a análise da possibilidade de concessão de regime prisional mais favorável somente pelo Juiz das Execuções Criminais e em consonância com os ditames da Lei de Execução Penal.

3. Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** aos recursos, a fim de **reduzir** as penas do réu a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão unitária mínima, mantida, no mais, a r. sentença, por seus jurídicos fundamentos. Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se *incontinenti*.

RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA
Relator
(assinatura eletrônica)