



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359540

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500063-10.2024.8.26.0648, da Comarca de Urupês, em que é apelante LUCAS APARECIDO DOS SANTOS, 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) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO N.º 9589

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1500063-10.2024.8.26.0648

Apelante: Lucas Aparecido dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Urupês

Apelação Criminal. Tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos dos agentes de segurança. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Reconhecida a minorante do §4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Constatado erro material no dispositivo da sentença que se mantém na ausência de recurso ministerial e em observância ao princípio do non reformatio in pejus. Regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mantidos. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lucas Aparecido dos Santos contra a r. sentença (fls. 141/143) em que se julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa da liberdade de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, bem como para absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por entender presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, o MM. Juiz *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao réu por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo.

Em suas razões recursais (fls. 166/173), o apelante pugnou por sua

absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 178/181), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo (fls. 191/197).

É o relatório.

Inferre-se dos autos que **LUCAS APARECIDO DOS SANTOS** foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque segundo consta na denúncia, no dia 28 de janeiro de 2024, por volta das 15h, na Avenida Francisco Pinheiro, n.º 300, Centro, no Município de Irapuã, jurisdicionado à Comarca Urupês, previamente ajustado e agindo com unidade de desígnios com o adolescente R. A. d. S., trazia consigo, sem autorização legal e para fins de tráfico, 03 porções de cocaína, sob a forma de “crack”, com peso bruto aproximado de 1,9g, conforme auto de exibição e apreensão - fls. 12, fotografia - fls. 13 e auto de constatação preliminar de substância entorpecente - fls. 14.

Consta, ainda, que, nas mesmas condições de tempo e lugar acima descritas, corrompeu ou facilitou a corrupção do adolescente R. A. d. S., com ele praticando infração penal.

Segundo restou apurado, “(...) o autor foi abordado em via pública quando trazia consigo as porções de drogas acima declinadas, as quais eram destinadas a entrega ao consumo alheio.

É dos autos que policiais militares estavam em serviço de patrulhamento quando avistaram o autor próximo a um rapaz não identificado, o qual, ao visualizar a viatura, empreendeu fuga.

Abordado e submetido a revista pessoal, em uma das mãos de Lucas os policiais encontraram três porções de crack, e, na outra, dois telefones celulares.

Apurou-se que o denunciado estava no local para fazer a entrega do entorpecente à indivíduo conhecido como Neginho, o qual havia negociado previamente a aquisição da droga com Rian Aparecido dos Santos, adolescente e irmão de Lucas.

O valor pago pelas porções de crack foi de R\$ 50,00, via PIX, diretamente a Rian, ao passo que o autor faria a entrega do entorpecente, no entanto, foi abordado pela Polícia Militar antes de fazê-lo.

Aliás, conforme fotografias de fls. 13 e 31, o entorpecente apreendido nesta data estava embalado de forma idêntica a diversas outras porções apreendidas em poder de Rian por ocasião de sua apreensão em flagrante em data pretérita (conforme BO de fls. 27/29).

Portanto, as circunstâncias da abordagem, o evidente conluio entre os irmãos Lucas e Rian para o desenvolvimento do narcotráfico e as notícias pretéritas dando conta do envolvimento de ambos com a prática de ilícitos, revelam que as porções de tóxico que o autor trazia consigo eram destinadas a entrega ao consumo alheio.

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.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos pela D. Defesa, infere-se que o conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao réu.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), termos de depoimento (fls. 2 e 3), boletim de ocorrência (fls. 5/8), auto de exibição e apreensão (fls. 12), fotografia (fls. 13), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 14), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 125/127), que atestou a ilicitude das substâncias apreendidas, laudos periciais (fls. 128/130 e 131/134), “prints” de conversa via aplicativo de mensagens (fls. 155), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Claudinei Fernandes Leme e Flavio Siqueira Monteceli, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do réu (fls. 2/3 e 141/143 – mídia audiovisual).

Os policiais militares, na fase inquisitorial, narraram que durante patrulhamento avistaram o réu “(...) o qual, ao perceber a presença da viatura,

apressou o passo. Além disso, um rapaz moreno escuro, desconhecido da guarnição, que se encontrava próximo a LUCAS, empreendeu fuga a pé, não tendo sido possível detê-lo e identificá-lo em razão do reduzido efetivo policial. LUCAS, conhecido no meio policial - inclusive por ser irmão do traficante R., ainda adolescente, mas já com passagem pela Fundação Casa pela prática do referido delito - foi revistado, e em sua mão encontradas três porções de crack. Na outra mão LUCAS transportava dois telefones celulares. LUCAS foi instado quanto à origem e destino daquela droga, tendo ele informado ter recebido de seu irmão RIAN para ser entregue a um tal de NEGUINHO, o qual o estaria esperando próximo à escola, escola esta que a guarnição relata que ficava a uma distância de aproximadamente cinquenta metros do local da abordagem. Ainda de acordo com LUCAS, seu irmão já teria recebido via PIX o valor pela droga, correspondente a R\$50,00. (...)”. Em **Juízo** (fls. 141/143 – mídia audiovisual), ratificaram o quanto declarado na fase administrativa, acrescentando ambos que o réu confessou, no momento da abordagem, que já havia vendido duas porções e iria entregar as outras três a outro indivíduo, a pedido do seu irmão, o adolescente R. cujo pagamento havia sido realizado pela modalidade “PIX”.

A testemunha Claudinei Fernandes Leme frisou que era a primeira vez que abordava o réu, entretanto havia diversas denúncias junto à corporação contra ele, especificamente pelo crime de tráfico de drogas, desconhecendo, todavia, eventual formalização da apuração dos fatos, por parte da polícia civil, ao ser questionado pela defensora do réu (mídia anexa a fls. 141/143).

A testemunha Flavio Siqueira Monteceli, a seu turno, acrescentou que, embora não seja do Município de Irapuã, soube que além do réu, outros familiares dele são envolvidos com o tráfico de drogas na região (mídia anexa a fls. 141/143).

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não tornam, 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 C. 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 – g.n.).

Os policiais militares 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 prisão em flagrante do recorrente.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminarem injustamente o acusado. A apreensão das drogas e a prisão em flagrante do réu somente foram possíveis pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos 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- perante a autoridade policial (fls. 4), confessou o tráfico de drogas, relatando que “(...) *a droga não lhe pertence, mas sim*

ao irmão R. (adolescente) que lhe pediu o favor de entregar as três pedras de crack à pessoa de NEGUINHO. Pelo transporte e entrega da droga a NEGUINHO o interrogando não iria receber nada, pois RIAN já havia recebido via pix a quantia de R\$ 50,00. O declarante aduz nunca ter mexido com estas coisas e alega estar arrependido. (...)”.

Em **Juízo** (fls. 141/143 – mídia audiovisual), alterou a versão dos fatos e negou a prática delitiva, nos seguintes termos: “(...) *Nesse dia foi assim, eu acabei de sair da casa do meu patrão e eu tava indo na casa do 'Neguinho', tava eu e ele indo fumar, eu e o 'Neguinho'. Eu compro minhas drogas, ele compra as dele, mas não tem nada a ver com meu irmão (...) aí eles me abordou, no momento eu peguei e falei pra eles eu sou usuário (...) no momento eu era só usuário só (...) o 'Neguinho' é um amigo meu (...) desde quando meus irmãos saíram da prisão eles ficam atrás de todos 'nóis', perseguindo 'nóis' (...) lá (na delegacia) não cheguei a falar nada, não, não deixaram eu falar nada, os policiais deram a versão deles lá e pra mim não perguntaram nada lá no dia (...) a única coisa que eu falei para o policial, era que eu era usuário, para o policial não, para o delegado que tava lá no dia (...) depois não perguntaram mais nada pra mim, ficaram conversando entre eles e colocaram (...) não falei nada lá (...) uso drogas há uns três anos (...) uso crack (...) estava saindo da casa do meu patrão (...) eu ia (fumar) no mato, estava beirando o pasto quando eles pegaram 'eu'. (...) o 'Neguinho' ia depois.* (mídia audiovisual entre 16min17seg e 19min7seg).

Dos excertos supracitados, extrai-se absoluta contradição entre o afirmado pelo acusado, nas duas fases da persecução penal, não encontrando eco a versão defensiva apresentada em juízo, revelado o profissionalismo de quem pactua com o crime organizado, disseminando o vício em droga de grande procura, com *animus lucrandi*.

Na hipótese *sub judice*, como narrado por ambos os policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu, em Juízo, este foi surpreendido na posse das drogas e dois celulares, em companhia de terceiro, que empreendeu fuga a pé, sem justificativa. Na ocasião, o réu informou aos agentes que a droga se destinava a terceiro de alcunha “Neguinho”, a pedido de seu irmão, Rian, já conhecido nos meios policiais pela atuação no comércio de drogas. O réu teria ainda confessado que

o adquirente (“Neguinho”) pagou a quantia de R\$50,00 (cinquenta) reais pelas substâncias.

Nos mesmos termos foram a confissão extrajudicial do réu, porquanto declarou que as três pedras de “crack” seriam entregues a “Neguinho”, a pedido de seu irmão que, por sua vez, já teria recebido a quantia de R\$50,00 (cinquenta) reais.

Ademais, os “prints” de conversa extraídos do celular do réu, por prévia autorização judicial (fls. 155), bem demonstram seu envolvimento no comércio de droga, indicando pedidos de entrega dos ilícitos. Em determinado momento, é possível identificar que a droga não pode ser entregue porque “*os caras deram enquadro no Bruno*”, expressão que, no linguajar criminoso, significa que o terceiro ali mencionado teria sido alvo de atuação policial, a inviabilizar a entrega das drogas, na data específica

Pela clareza do exposto, segue a transcrição dos respectivos trechos, sendo a primeira do interlocutor com o destinatário “Andrei Primo”:

“(…)

- **Nada.**

- Mandeí msg para ela trazer aq já.

- Blz.

- É Ms hj moiô em.

- **Pq.**

- **Ela n consegue trazer.**

- Os cara deram enquadro no Bruno Ms aí ela vazou com o b.o.

- **Tá cm ela”.**

Na segunda mensagem o interlocutor se dirige ao destinatário “Dede”:

“- Boa Lucas Richard aqui.

- Vê pra mim demoro.

- Te pago amanhã.

- Peguei 5 hj já.

- Fortalece aí.

- Pode confiar.
- Pago juros ... 70 \$\$
- Amanhã pra você ???
- **É a última tenho que infer pra pegar amanhã sedo antes das 8 pq ele vai pra Sales”.**

Tem-se que a confissão extrajudicial restou bem corroborada pelos demais elementos probatórios, sobretudo pela prova pericial e o depoimento em Juízo dos policiais, pela natureza e modo de embalagem das drogas, a evidenciar que o réu exerce as atribuições da comumente chamada “mula do tráfico”, como bem relatado nas investigações policiais de fls. 156/158.

Desse modo, carece de qualquer verossimilhança a tese acerca do porte de drogas para uso pessoal, não evidenciado por quaisquer elementos constantes dos autos. Ao revés, o vasto acervo probatório é inconteste no sentido de que o réu atua no tráfico de drogas, tendo sido surpreendido antes de entregar as substâncias a terceiro, praticando o verbo nuclear descrito no tipo “trazer consigo”, com a nítida finalidade de entregar a consumo de terceiro, não se desviando, assim, a conduta do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Não parece crível que os policiais militares – agentes da autoridade, encarregados de combater o crime – fossem falsear, distorcendo as circunstâncias em que foi feita a captura do réu, apenas com o objetivo de elegê-lo para falsamente incriminar.

As alegações eleitas pelo réu no sentido de excessos e desvios policiais são desgastadas. Nesse sentido: *“Registre-se, aqui, que tem se tornado cada vez mais comum a invocação de flagrantes forjados, como forma de ilidir o honesto e competente trabalho de agentes da lei”* (Apelação nº 0003316-21.2012 – TJSP, Colenda 4ª Câmara Criminal - Rel. Exmo. Des. **EDISON BRANDÃO**, julg. 25.06.2013).

Ainda, vale conferir a sólida argumentação do culto Des. Osni Pereira, retirada de voto apresentado quando de julgamento de caso análogo por envolver o debate a respeito do testemunho policial: ***“São cansativas as alegações costumeiras contra a palavra dos policiais, como se eles sempre agissem fora da***

lei, em prejuízo de todos os acusados presos e autuados em flagrante. Mas, os depoimentos prestados por policiais não podem ser sumariamente desprezados apenas em razão de sua condição funcional, devendo ser aferida a sua credibilidade em função do exame atento do conjunto probatório existente nos autos. E na espécie em julgamento, nada indica que os policiais militares ouvidos como testemunhas possam ter pretendido forjar essa acusação contra o apelante, a quem nem sequer conheciam” (TJSP, Apelação Criminal nº 0008782-89.2011.8.26.0590, 16ª Câ. Crim., julgado em 27/01/2015, V.U.), in Apelação nº 0000725-31.2015.8.26.0594, da Comarca de Bauru, Colenda 1ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: Exmo. Des. **DINIZ FERNANDO**, julg., em 26 de junho de 2017 – g.n..

Assim, sem proveito as alegações do apelante que, imputa isoladamente aos agentes da lei imotivada denúncia caluniosa. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*“praesumptiones hominis”*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 155 e 239, todos do Código de Processo Penal e art. 375 do Código de Processo Civil, trazendo nenhum crédito a versão defensiva.

Nesse sentido, não se desincumbiu o réu do ônus que lhe é imposto no art. 156, do Código de Processo Penal, não sendo de se acolher a versão de autodefesa. 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**). Preleciona Júlio Fabbrini Mirabete: *“... ônus da prova (onus probandi) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes”* (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed. São Paulo: Atlas. p. 474/475).

O direito de não se auto acusar não é franquia para que pratique, o réu, outros crimes, acusando falsamente os agentes da lei. Nesse sentido: *“O princípio nemo tenetur se detegere, que emerge dos artigos 186 e 198 do C.P.P., não vai ao ponto de conferir imunidade a indiciado ou acusado perante o art. 307 da lei*

*penal substantiva. Uma coisa é calar o mesmo ou alterar a verdade sobre fato ou fatos delituosos que lhe são imputados e suas circunstâncias, pois em função do aludido princípio não está obrigado a declarações auto-incriminatórias, outra é falsear elementos de sua própria identidade, para obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem” (TARJ - AC- voto vencido Juiz **Mariante da Fonseca** - RT 532/415); sem divergir RT 547/324 e RJTJSP 14/454.*

Assim: “(...) *A liberdade de mentir, sem sanção processual, não é ilimitada e não importa na impunidade pelos crimes que venham a ser praticados através das declarações mendazes (...)*” (Apelação nº 0001440-02.2011.8.26.0372, da Comarca de Várzea Paulista, Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: Exmo. Des. **MARCELO GORDO**, julg. em 21 de julho de 2016).

É ônus da defesa provar o que alega, pois *allegare sine probare et non allegare paria sunt* —alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 179). Com todo o vigor tem cabida, como referido, o brocardo *allegare sine probare et non allegare paria sunt* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar). Nesse sentido leciona também **HÉLIO TORNAGHI**: “*O sentido do artigo 156 (do CPP) deve ser esse: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos deve ser provados pelo réu*” (HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1959, IV/232).

Pois bem, após a análise de toda a prova colhida em contraditório judicial, vê-se que razão não assiste à Defesa quanto ao pleito absolutório, pois, de fato, as provas são satisfatórias e permitem a segura conclusão da imputação ao réu do crime de tráfico de drogas.

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao réu, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas (3 invólucros plásticos fechados por nó, de material sólido petrificado – cocaína sob a forma de “crack”, com peso líquido de 1,47g) aliados à forma como estavam

acondicionadas as substâncias proibidas.

Por fim, cabe notar que já se decidiu que: “*A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados na residência da apelante, induz que se destinavam ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368/76*” (RTJE 109/277). Ensina Fernando Pedroso que: “*em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo*” (Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 2ª ed., RT, 2004, item “5”, p. 96).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao artigo 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, Câm., 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).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o apelante trazia consigo drogas, inviável a desclassificação de seu comportamento para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício por parte do réu não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que ele consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar sua renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Inviável o acolhimento do pedido de absolvição do réu. Os diálogos obtidos por interceptação telefônica dão conta da prática da traficância, tanto na cidade de Tupã, quanto em Bastos/SP. Depoimentos dos policiais civis ouvidos em juízo que devem ser recebidos sem ressalvas. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. **Não há que se falar em desclassificação para o delito descrito no artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas, pois inexistente prova de que as drogas eram destinadas, exclusivamente, ao consumo próprio. Eventual condição de usuário do réu que não obsta que as comercialize, até para sustentar o próprio vício.** Condenação mantida. Dosimetria das penas e cumprimento. Pena-base fixada no mínimo legal. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 aplicado na fração máxima. Regime aberto. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de

direitos. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500953-84.2021.8.26.0637; **Relatora: Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tupã - Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/10/2024; Data de Registro: 16/10/2024 – g.n.)

Logo, possível condição de usuário em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Assim, examinando-se a natureza da droga apreendida – cocaína (sob a forma de “crack”) – mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, de conhecida potencialidade letal, a forma como estava acondicionada, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal e as inadmissíveis alegações do apelante, 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.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta do apelante às formas puníveis no supracitado dispositivo legal 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 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, o MM. Juiz *a quo* estabeleceu a pena-base no mínimo legal, fixando-a em 05 (cinco) ano de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, manteve-se a reprimenda tal como fixada na primeira fase.

Na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição de pena insculpida no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a reprimenda foi reduzida em 2/3 (dois terços), totalizando 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Nesse ponto, importa notar a existência de erro material no dispositivo da r. sentença, porquanto, após realizada a análise da dosimetria, a pena restou fixada em 01 (um) ano 08 (oito) meses de reclusão, todavia foi suprimida a pena de multa, estabelecida no preceito secundário do respectivo tipo penal.

Isto posto, deverá ser mantida a pena que consta do dispositivo, por ausência de recurso Ministerial, evitando-se violação ao princípio do *non reformatio in pejus*.

O regime inicial aberto fixado está em consonância com o *quantum* de pena privativa de liberdade imposta e a primariedade do réu, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Por fim, observados os ditames contidos no artigo 44, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator