



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000361793

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504561-34.2023.8.26.0536, da Comarca de Cubatão, em que é apelante GABRIEL DOS SANTOS OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "rejeitaram as preliminares e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, tão somente para redimensionar a pena de Gabriel dos Santos Oliveira para 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso legal, mantendo, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E FÁTIMA GOMES.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

MARCO DE LORENZI
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica
(art. 1º, § 2º, inciso III, da Lei nº 11.419/2006)

Voto:	47454
Apelação:	1504561-34.2023.8.26.0536
Comarca:	Cubatão
Vara:	2ª Vara
Processo:	Numeração única
Apelante:	Gabriel dos Santos Oliveira
Apelado:	Ministério Público

Vistos.

Ao relatório da respeitável sentença, que ora se adota, acrescenta-se que **Gabriel dos Santos Oliveira** foi condenado, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa, no mínimo legal (fls. 152/157).

Apela o réu, arguindo, preliminarmente, a nulidade da busca pessoal realizada, tendo em vista que não motivada por fundadas suspeitas, ensejando, assim, a ilegalidade de todas as demais provas produzidas, com a consequente absolvição. Acena, também, com a nulidade da confissão informal, por não ter sido advertido pelos policiais militares de seu direito de permanecer em silêncio. No mérito, requer a absolvição, por insuficiência de provas. Não sendo esse o entendimento, pugna pela readequação da pena e pela aplicação da detração penal para fixação de outro regime que não o fechado. Por fim, pleiteia os benefícios da justiça gratuita (fls. 176/188).

O recurso foi devidamente contrariado (fls. 192/198), contando os autos com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls.

211/218).

Foram opostos embargos de declaração, postulando a nulidade do julgamento, tendo em vista que a defesa havia manifestado sua oposição ao julgamento virtual, para realização de sustentação oral, quando da interposição do apelo (fls. 254/255).

Os embargos foram acolhidos, anulando-se o acórdão proferido em julgamento virtual, retornando os autos para inclusão em pauta de julgamento telepresencial (fls. 257/260).

É o relatório.

A acusação é a de que **Gabriel dos Santos Oliveira**, em 21 de novembro de 2023, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 13 porções de *maconha*, pesando 23,7g; 21 pinos contendo *cocaína*, pesando 7,6g; 16 pedras de *crack*, pesando 3,4g; 18 porções de *skunk*, pesando 3,8g (fls. 61/62).

Segundo a inicial: “o denunciado encontrava-se na via pública, em poder das substâncias ilícitas acima descritas, a fim de distribuí-las a terceiros interessados. Ocorre que, policiais militares, realizavam patrulhamento pelo local, oportunidade em que visualizaram o denunciado, o qual passou a caminhar rapidamente após avistar a viatura policial. Abordado, em revista pessoal, na cintura de GABRIEL, os milicianos localizaram uma sacola plástica, contendo em seu interior as drogas acima descritas, além da quantia de R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos) e um tablete de maconha prensada em suas vestes. A quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, o modo como estavam embaladas (em porções individuais), e as circunstâncias que

envolveram a prisão, denotam que o denunciado se encontrava no local dos fatos praticando o comércio ilícito de drogas.”.

O réu foi preso em flagrante em 31 de novembro de 2023 e sua prisão foi convertida em preventiva em audiência ocorrida em 22 de novembro de 2023 (fls. 37/40). Respondeu ao processo preso, tendo-lhe sido negado o recurso em liberdade (fls. 157).

Inicialmente, não há que se falar em nulidade processual ou em provas ilícitas decorrentes de busca pessoal injustificada por parte dos policiais.

O crime imputado ao réu é considerado como de caráter permanente, ou seja, sua consumação se arrasta no tempo, ensejando o estado de flagrância a qualquer momento, o que torna desnecessário o mandado judicial para a realização da apreensão do entorpecente.

Ademais, a busca pessoal foi realizada em razão da atitude do acusado de ter acelerado o passo e ter demonstrado nervosismo ao avistar os policiais. De outra parte, a droga foi localizada com o próprio réu, tornando válidas e legais as buscas efetuadas.

Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. ALEGADA NULIDADE. BUSCA PESSOAL. MUDANÇA BRUSCA DE COMPORTAMENTO. FUNDADAS RAZÕES PRESENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 2. AGRAVO

REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte local considerou existentes fundadas razões para a abordagem do paciente, haja vista sua brusca mudança de comportamento ao avistar os policiais, tendo abaixado a cabeça para evitar contato visual, com o nítido objetivo de se esquivar de eventual interpelação. Nesse contexto, as circunstâncias indicadas, em conjunto, ultrapassam o mero subjetivismo e indicam a existência de fundada suspeita de que o paciente estaria na posse de objeto ilícitos, na hipótese um aparelho celular produto de roubo. - Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, 'amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que, obviamente, conduziriam à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso'. (AgRg no HC n. 832.832/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.) - 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." (AgRg no HC n. 872.029/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.)

No que diz respeito à alegada nulidade da confissão informal, a advertência quanto ao direito ao silêncio não se

aplica à abordagem policial, mas aos interrogatórios formais realizados perante a Autoridade Policial ou Judicial, o que foi devidamente observado (fls. 1), tanto que o réu permaneceu em silêncio em seu interrogatório extrajudicial (fls. 4).

Ademais, a condenação não se baseou apenas na admissão informal dos fatos, a qual foi corroborada pelo restante do conjunto probatório, como se verá.

A esse respeito, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENOR. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TESES DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. INOCORRÊNCIA. DIREITO ASSEGURADO E EXERCIDO NA FASE POLICIAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONDUTAS DIVERSAS COM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 182, STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] II - No caso concreto, o direito ao silêncio foi consignado no auto de prisão em flagrante e efetivamente exercido pelos agravantes no interrogatório policial. Além disso, a justa causa para o oferecimento da denúncia não se resumiu à confissão informal dos agravantes. Precedentes. [...] Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 729.918/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024.)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS

CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. IRREGULARIDADE DA CONFISSÃO INFORMAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. A alegada nulidade por falta de informação ao direito ao silêncio na fase inquisitorial é de natureza relativa, a qual exige a demonstração de efetivo prejuízo para ser declarada, o que não restou comprovado no caso dos autos. Ademais, consta expressamente do termo de interrogatório policial assinado pelo agravante a advertência quanto ao seu direito ao silêncio. [...]” 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC n. 824.922/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.)

No mérito.

A materialidade ressuma do Boletim de Ocorrência (fls. 5/7), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 9/10), do Auto de Constatação (fls. 11/12), do Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 74/77) e da prova oral produzida.

A autoria é inconteste.

Na fase inquisitorial, o réu permaneceu em silêncio (fls. 4).

Em Juízo, negou os fatos, aduzindo que estava sentado em frente à sua residência, quando os policiais passaram e avistaram uma sacola próxima a ele. Disse ter obedecido à abordagem

policial, porém negou a propriedade das drogas encontradas na sacola. Alegou ter sido conduzido à delegacia, devido a seus antecedentes criminais, afirmando, ainda, não conhecer os policiais (mídia).

A negativa restou isolada do conjunto probatório.

O Policial Militar *Paulo Lopes da Silva Junior* declarou, na fase de inquérito, que: *“se encontrava em serviço na viatura I-21425, na companhia do Sd/Pm Marks, quando em patrulhamento pela Rua Artur Bernardes, no bairro Costa e Silva, tiveram as atenções voltadas para um indivíduo que ao avistar a viatura policial saiu andando do local rapidamente; que devido a atitude do indivíduo ao avistar a viatura, resolveram abordá-lo afim de averiguar o indivíduo; que em revista pessoal o depoente encontrou uma sacolinha plástica na cintura do indivíduo, contendo maconha, Skank, crack e cocaína, bem como a quantia em dinheiro de R\$ 2,50 (dois e cinquenta reais) no bolso dianteiro direito da bermuda e no bolso esquerdo traseiro um tabletinho de maconha prensada; que as drogas estavam embaladas e preparada para venda; que o indivíduo disse chamar-se Gabriel dos Santos Oliveira, sendo que ao ser indagado confirmou que estava vendendo drogas no local. Diante dos fatos deram voz de prisão, conduzindo-o a está Delegacia.”* (sic) (fls. 2).

Em Juízo, relatou ter integrado diligência policial que, no dia dos fatos, em patrulhamento pela Rua Artur Bernardes, no Bairro Costa e Silva, percebeu um indivíduo que, ao avistar a viatura policial, evadiu-se do local rapidamente. Devido à atitude dele, resolveram abordá-lo. Em revista pessoal, encontrou uma sacolinha plástica na cintura dele, contendo *maconha, skunk, crack e cocaína*, bem como a quantia de R\$2,50 (dois e cinquenta reais) no bolso dianteiro

direito de sua bermuda e, no bolso esquerdo traseiro, um “tabletinho” de maconha prensada. As drogas estavam embaladas e preparadas para venda. O indivíduo se apresentou como Gabriel dos Santos Oliveira. Ao ser indagado, confirmou que estava vendendo drogas no local (mídia).

O Policial Militar *Marcelo Marks da Cruz* apresentou versão uníssona à de seu colega na fase inquisitorial (fls. 3).

Em Juízo, disse que estavam realizando patrulhamento de rotina no bairro, quando avistaram o réu transitando na via pública. Ao perceber a presença da viatura, o réu acelerou os passos, desviou o olhar e tentou se ocultar da equipe policial. Diante disso, deram-lhe ordem de parada. Após a abordagem e busca pessoal, uma sacola preta foi encontrada na cintura do réu, contendo outras duas sacolas menores, nas quais foram encontradas porções de diversas drogas, como *skunk*, *maconha* e *cocaína*. Além disso, algumas moedas foram encontradas no bolso do réu. Quando questionado, o réu confessou o envolvimento com o tráfico de drogas e afirmou ter assumido o ponto de venda há pouco tempo. Destacou não conhecer o réu, mas o local onde ocorreu a abordagem é conhecido nos meios policiais como ponto de tráfico de drogas (mídia).

Registra-se, a propósito, que os autos não revelam elementos, minimamente concretos, aptos a depreciar a palavra dos agentes públicos, e a regra é a de que agem nos termos e limites legais.

Noutros dizeres, eventual arguição de inidoneidade há de ser específica e não genericamente abstrata, não podendo abranger indiscriminadamente toda uma categoria de pessoas,

dotadas, diga-se de passagem, de fé pública.

Ademais, não estão proibidos de ser inquiridos nos processos de cuja fase extrajudicial tenham participado no exercício de suas funções, sujeitos que estão ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho, valendo acrescentar, paralelamente, inexistir qualquer exigência legal que imponha a ratificação de seus depoimentos por testemunhas civis.

Observe, a propósito das alegações defensivas, que não se constatou abuso de autoridade por parte dos policiais, uma vez que o acusado não foi coagido ou agredido para que admitisse informalmente a traficância, atitude, aliás, que não constituiu prova exclusiva para a condenação.

Ressalte-se, ainda, que o acusado disse não conhecer os policiais, não havendo qualquer indício nos autos de que eles teriam interesse em acusá-lo injustamente.

No mais, a negativa apresentada pelo réu não teve respaldo no conjunto probatório, uma vez que os policiais foram uníssomos no relato dos fatos, dando conta da apreensão de significativa variedade de drogas em sua posse.

Sua confissão informal foi ratificada pela prova oral.

Nesse contexto fático, a condenação do apelante pelo crime de tráfico de drogas era mesmo de rigor, não havendo que se falar em fragilidade probatória.

A configuração do crime de tráfico de

entorpecentes não depende, necessariamente, de prova flagrante de venda ou de entrega da substância a terceiros.

O tipo penal que define o tráfico de drogas possui vários verbos descritos na norma incriminadora, mais precisamente dezoito, e a realização de qualquer um deles, como sucedido no caso dos autos, é suficiente para a caracterização do crime, tal como denunciado.

Dosimetria.

Na primeira fase, a pena-base foi majorada em 1/6, em razão da preponderância da natureza e da quantidade de drogas sobre as circunstâncias judiciais (artigo 42 da Lei nº 11.343/06).

Em que pese o entendimento do r. Juízo *a quo*, a quantidade de drogas apreendidas, **em peso líquido**, não se mostra exacerbada a ponto de justificar o aumento da pena-base nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 (13 porções de *maconha*, pesando 23,7g; 21 pinos contendo *cocaína*, pesando 7,6g; 16 pedras de *crack*, pesando 3,4g; 18 porções de *skunk*, pesando 3,8g).

Observo que a culpabilidade foi normal para a espécie e, a despeito da diversidade de drogas, sua quantidade não é suficiente a justificar agravamento da pena nesta fase, motivo pelo qual a retorno ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal.

Na segunda fase, caracterizada a reincidência específica (processo n. 0003845-60.2016.8.26.0590 - tráfico

de drogas reconhecimento da prescrição de pretensão executória em out. 2022; fls. 30-32), a pena foi majorada em 1/5, resultando, definitivamente, em **6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso legal.**

Na terceira fase, a reincidência impede a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A reincidência é, por disposição legal, circunstância impeditiva à causa de diminuição, sendo descabida, no caso, discussão sobre eventual proporcionalidade da medida. Ausente qualquer dos requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 incabível a relativização do privilégio, consoante entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Para aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais: a) ser primário, b) ter bons antecedentes, c) não se dedicar às atividades criminosas, d) nem integrar organização criminosa, o que não ocorreu no caso em tela, tendo em vista que o paciente é reincidente. 4. Habeas corpus não conhecido. (5ª Turma, HC nº 300.072/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 02/02/2015).

O regime foi corretamente fixado em **fechado**, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada e a reincidência, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, circunstâncias que também impedem a aplicação de benefícios penais.

Impossível a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 12.736/12), pois não há suficientes informes nos autos a comprovar o real tempo que o

apelante restou provisoriamente preso, informação imprescindível para calcular a exata detração sobre a condenação imposta. Somente na fase de execução aferir-se-á o real período da prisão cautelar, por meio de informações do estabelecimento prisional em que o agente estiver possivelmente recolhido.

Não se olvide que o tempo de prisão provisória não é o único critério a se avaliar em eventual progressão de regime que se antecipe, da fase executória, para o momento da prolação da sentença. Imprescindível também a apuração do critério subjetivo trazido pelo artigo 112 da Lei de Execuções, a exigir a comprovação de bom comportamento carcerário, pela, entre outras, inexistência de faltas disciplinares graves durante o cumprimento da pena, informações desconhecidas nestes autos.

Por fim, inviável a isenção do pagamento das custas processuais, porquanto a competência para apreciação de tal pedido é do Juízo das Execuções Criminais, por ocasião do pagamento, quando poderão ser aferidas as condições econômicas do réu, nos termos do § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil (que revogou o artigo 12 da Lei 1.060/50, anteriormente incidente ao caso): *“vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”*.

O mencionado dispositivo legal é aplicável subsidiariamente ao processo de natureza criminal, uma vez

que inexistente, no Código de Processo Penal, dispositivo atinente à cobrança das taxas judiciárias processuais. O artigo 804 do Código de Processo Penal limita-se a indicar que o vencido será condenado às referidas custas, sem especificação do procedimento atinente.

A legislação, assim, determina a suspensão condicional da exigibilidade da dívida, enquanto perdurar a condição de insuficiência de recursos, e dispõe que somente poderão ser executadas se, dentro dos cinco anos subsequentes, não se alterar o panorama financeiro do vencido.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 804 DO CPP. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. FASE DE EXECUÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte sufragou o entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita não faz jus a isenção do pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da exigibilidade destas, pelo período de 5 anos, a contar da sentença final, quando então, em não havendo condições financeiras de o recorrente quitar o débito, restará prescrita a obrigação.

2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução da sentença condenatória.

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1637275/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

Ante o exposto, **rejeito as preliminares** e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, tão somente para redimensionar a pena de Gabriel dos Santos Oliveira para 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso legal, mantendo, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

MARCO DE LORENZI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

(art. 1º, § 2º, inciso III, da Lei nº 11.419/2006)