



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000369692

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501042-45.2024.8.26.0559, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante/apelado **FABRÍCIO DIOGO PINHEIRO DOS SANTOS**, é apelado/apelante **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: **Ante o exposto, deram provimento ao recurso da Justiça Pública para consignar a condenação de Fabrício Diogo Pinheiro dos Santos por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, elevando sua pena a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, estabelecendo o regime inicial fechado e cancelando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por outro lado, negaram provimento ao recurso defensivo. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 14 de abril de 2025.

JAYME WALMER DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1501042-45.2024.8.26.0559

3ª Câmara Criminal

Apelantes e Apelados: FABRÍCIO DIOGO PINHEIRO DOS SANTOS e a
JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 9380

Direito Penal. Tráfico de Drogas. Apelação. Recurso defensivo. Pleito de desclassificação para porte para consumo pessoal. Recurso ministerial. Revisão da pena-base, fixação do regime inicial fechado e afastamento da substituição de pena. Provimento do recurso ministerial e desprovimento do recurso da defesa.

I – CASO EM EXAME

1 - O réu foi condenado pelo crime de tráfico privilegiado, razão pela qual a defesa pleiteia a desclassificação para o crime de porte para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06). A acusação, por sua vez, recorre para que a pena-base seja revista, levando em consideração os maus antecedentes do réu, com o afastamento da benesse do § 4º do art. 33, e a imposição de regime inicial fechado, além de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

II – QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2 - As principais controvérsias a serem analisadas são: (I) a possibilidade de desclassificação do crime para porte para consumo pessoal; (II) a adequação da pena-base, considerando os maus antecedentes do réu; (III) a viabilidade da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e (IV) a adequação do regime prisional, considerando os maus antecedentes.

III – RAZÕES DE DECIDIR

3 - A prova testemunhal dos policiais militares foi consistente e corroborada por outros elementos probatórios, como laudos químicos e circunstâncias da apreensão, afastando a possibilidade de desclassificação, inclusive pela confissão espontânea do réu. O depoimento dos policiais foi firme e coerente, sendo reconhecida a validade do testemunho dos agentes públicos, conforme entendimento consolidado pelo STF e STJ.

4 - A pena-base deve ser imposta acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do réu. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que condenações definitivas,

ainda que não anteriores ao fato, configuram maus antecedentes.

5 - O § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não se aplica ao réu, visto que ele possui maus antecedentes, condenado em processo anterior. A aplicação dessa benesse exige que o réu seja primário e tenha bons antecedentes, o que não é o caso, consoante disposto no tipo especial acima anotado.

6 - O regime inicial fechado é adequado, considerando o quantum da pena imposta e os maus antecedentes do réu, que demonstram sua dedicação ao tráfico de drogas. A fixação de regime mais brando seria incompatível com a gravidade do crime e a necessidade de prevenção e reprovação do narcotráfico.

IV – DISPOSITIVO E TESE

7 - Recurso da acusação provido para reformar a sentença, aumentando a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com a fixação do regime inicial fechado, afastando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Recurso da defesa desprovido.

Fabício Diogo Pinheiro dos Santos, qualificado nos autos, foi processado e ao final condenado por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Gabriel Albieri, no processo nº 1501042-45.2024.8.26.0559, que tramitou pela Vara Única da Comarca de Nova Granada – SP, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por violar o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária (fls. 188/192).

Inconformado, pleiteia a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei de Drogas.

A Justiça Pública, por sua vez, requer a readequação da pena-base, reconhecendo-se os maus antecedentes; o afastamento da benesse do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, fixando-se,

via de consequência, o regime inicial fechado e afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Processados e contra-arrazoados os recursos, manifestou-se o Procurador de Justiça pelo improvimento do apelo defensivo e pelo provimento do reclamo ministerial.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual contrariedade 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.

O réu foi processado e condenado pela prática do crime de tráfico de drogas porque, segundo a denúncia, no dia 13 de maio de 2024, por volta das 12h30, nas dependências da rodoviária municipal, localizada na Avenida Balbino Ribeiro da Silveira, Centro, município de Icém, comarca de Nova Granada/SP, transportava, para fins de tráfico ilícito, 2 (dois) invólucros plásticos contendo *crack*, pesando 138,620g (cento e trinta e oito gramas e seiscentos e vinte miligramas), substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, o acusado reside em São José do Rio Preto e foi até a cidade de Icém buscar droga a pedido de pessoa identificada como “*Neguim*”.

Quando chegou na cidade de Icém, Fabrício se

dirigiu até uma praça, próximo a uma escola, local indicado para que a droga fosse entregue por um indivíduo não identificado da cidade de Fronteira/MG.

O referido indivíduo entregou duas porções de *crack* para o réu que, logo em seguida, dirigiu-se à rodoviária local.

Enquanto aguardava o ônibus chegar, Fabrício deixou os invólucros plásticos contendo droga no chão, para que não fosse levantada qualquer suspeita acerca da autoria delitiva.

No entanto, policiais militares que faziam patrulhamento de rotina, ao passarem nas proximidades da rodoviária, notaram que o acusado não era morador da cidade de Icém, razão pela qual resolveram efetuar a abordagem.

Durante a busca pessoal nada de ilícito foi encontrado com o réu. Porém, próximo a ele, foram encontrados os dois invólucros plásticos contendo *crack*. Indagado, ele confessou que a droga lhe pertencia, razão pela qual foi preso em flagrante e encaminhado a autoridade policial.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 6/9), auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), fotografias (fls. 16/17), laudos de constatação (fls. 23/28) e de exame químico-toxicológico, com resultado positivo para *cocaína* (fls. 171/173), além dos demais elementos acostados aos autos.

A autoria é incontroversa.

Senão vejamos.

O policial militar Márcio Aparecido Devechi informou que fazia patrulhamento e avistou o réu em frente ao terminal rodoviário, resolvendo abordá-lo, uma vez que não era conhecido na cidade. Durante a busca pessoal, revistou uma sacola que estava no chão, próxima a ele, oportunidade em que apreendeu a droga e uma blusa. Questionado a respeito, ele admitiu que o entorpecente fora encomendado por um indivíduo de São José do Rio Preto (vídeo). No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Patrik Carlos da Silva, ouvido somente na fase administrativa (fl. 3).

Em juízo, Fabrício confessou a prática delitiva, dizendo que tinha ido a Icém para buscar drogas, a pedido de um traficante de São José de Rio Preto (vídeo).

Não foram ouvidas testemunhas de defesa.

Dessarte, verifica-se que manutenção do édito condenatório é de rigor.

Oportuno 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.

Ressalte-se, outrossim, que não existe dispositivo legal que vede ao agente da lei servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais 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

eskorreitamente.

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em voto do e. Ministro Celso de Mello, nos autos do HC nº 73518/SP:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAI - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR POLICIAIS - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de

servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do *habeas corpus*.

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

Dessa forma, a responsabilidade de Fabrício está comprovada pela robustez das provas carreadas aos autos e nenhum elemento trazido foi capaz de amparar genuína e objetivamente a defesa, de modo a macular a certeza da demonstração de sua conduta ilícita pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Não apenas a natureza e a significativa quantidade da droga, a forma como as porções estavam acondicionadas, além das circunstâncias da apreensão e os depoimentos firmes e coesos dos policiais militares, justificam o reconhecimento da prática delitiva, com a imposição de uma reprimenda que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do narcotráfico.

Para configuração do crime imputado ao réu, não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio* para consumação do delito. Assim, a forma de acondicionamento (2 porções contendo 138,620g de *crack*) são circunstâncias que revelam que sua destinação seria a entrega ao consumo de terceiros.

Ademais, o próprio réu admitiu ter ido àquela cidade para buscar as drogas a pedido de um traficante, indivíduo que não quis identificar, o que basta para a caracterização do delito. Afasta-se, assim, a possibilidade de desclassificação da conduta para o crime de porte para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Quanto ao pleito da Justiça Pública, o recurso merece provimento.

Com efeito, o acusado ostenta maus antecedentes (processo nº 1500342-69.2024.8.26.0559, fls. 30 e 200),

ostentando condenação definitiva pelo mesmo delito, razão pela qual não faz jus à causa de diminuição preconizada no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

É de se consignar que, havendo condenação definitiva relativa a fato anterior, transitada em julgado após o cometimento do delito apurado no feito criminal, como no caso em apreço, ficam caracterizados os maus antecedentes.

Esse é o entendimento pacificado nas Turmas Criminais do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

1. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não sirva para configurar reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado (...). (STJ — Resp nº 1.711.015-RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 23.08.2018).

(...) 4. Configuram-se maus antecedentes se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior. A exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é apenas para a caracterização da reincidência. Precedentes. (...)''. (STJ — *Habeas Corpus* nº 419.100-SP, Sexta Turma Relatora Ministra

Maria Thereza de Assis Moura, j. 15.03.2018).

Tal incursão deixa entrever que o réu não merece nenhuma benesse legal. Ao contrário, deve ser penalizado, como bem ponderaram os representantes do Ministério Público de primeiro e segundo graus. Assim, a reforma da sentença é a medida adequada e a resposta necessária imponível.

Individualização. Finda a fundamentação do voto, passa-se ao cálculo da reprimenda a ser lançada em desfavor do acusado.

1ª fase. Diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, em razão dos maus antecedentes, impõe-se a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa.

2ª fase. Ausentes agravantes, mas presente a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda retorna ao patamar mínimo, isto é, **5 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa.**

3ª fase. Nesta derradeira etapa, inexistentes causas de aumento ou diminuição, a sanção torna-se definitiva à míngua de elementos modificadores.

Como ponderado acima, face aos maus antecedentes, era incabível a aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, que expressamente faculta tal benesse apenas àqueles que sejam primários, possuidores de bons antecedentes e não tenham envolvimento com organizações criminosas ou dedicação a atividades

delituosas.

Regime Prisional. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do art. 33, do Estatuto Repressivo, fixa-se o **regime inicial fechado**, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, tendo em vista o *quantum* de pena imposto e os maus antecedentes do réu, que evidenciaram sua dedicação ao narcotráfico e deixam patente sua culpabilidade elevada, a exigir maior rigor na penalização.

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

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

Afasta-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos concedida pelo juízo de piso, uma vez que a reprimenda ora imposta é superior a 4 anos. Ademais, tal medida não se mostraria adequada, tendo em vista as circunstâncias do crime, bem como o comportamento e a personalidade do acusado que se revelaram voltados ao delito, dedicando-se ao narcotráfico.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso da Justiça Pública** para consignar a condenação de **Fabício Diogo Pinheiro dos Santos** por infração ao **art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06**, elevando sua pena a **5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, estabelecendo o regime inicial fechado e cancelando a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**. Por outro lado, **nega-se provimento ao recurso defensivo**.

Jayme Walmer de Freitas
Relator