



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000370465

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500305-22.2022.8.26.0556, da Comarca de Araraquara, em que é apelante EDNAN BATISTA SOUZA DA SILVA, 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: **Deram parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, e 194 dias-multa, bem como corrigir erro material no dispositivo da r. sentença para retirar a menção ao artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas. 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, 15 de abril de 2025.

HUGO MARANZANO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1500305-22.2022.8.26.0556

3ª Câmara Criminal

Apelante: **EDNAN BATISTA SOUZA DA SILVA**

Apelado: **JUSTIÇA PÚBLICA**

Voto nº 6397

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO.

Mérito. Absolução por insuficiência probatória – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Palavras dos agentes públicos corroboradas por demais elementos acostados aos autos – Visualização prévia pelos policiais do acusado entregando algo a Marcelo, seguida da abordagem de ambos e confissão, ainda no calor do acontecimentos, do comprador de que acabara de adquirir droga do apelante, o que se ajusta à apreensão de outra porção de crack com Ednan, embalada de maneira idêntica àqueles encontradas com Marcelo, além da quantia de R\$ 300,00.

Condenação mantida.

Dosimetria. Correto o aumento da básica em um sexto em razão da nocividade das drogas apreendidas. Afastada a agravante da calamidade pública. Fatos ocorreram após a edição da portaria do Ministério da Saúde GM/MS Nº 913, de 22 de abril de 2022 que declarou o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revogou a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena deve ser reduzida no máximo legal (dois terços), uma vez que a natureza da droga apreendida (crack) foi utilizada como fundamento para aumentar a pena base. Tema nº 712 do E. Supremo Tribunal Federal. Mantido o regime inicial aberto e a substituição por restritivas de direito.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA reduzir a pena aplicada para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, e 194 dias-multa, bem como corrigir erro material no dispositivo da r. sentença a fim de retirar a menção ao artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas.

EDNAN BATISTA SOUZA DA SILVA, qualificado nos autos, foi denunciado e processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e, ao final, por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Roberto Raineri Simão, no processo nº 1500305-22.2022.8.26.0556, que tramitou pela 3ª Vara Criminal da comarca de Araraquara/SP, condenado à pena de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção penal acima imposta, e prestação pecuniária no valor correspondente a 01 salário-mínimo), além do pagamento de 340 (trezentos e quarenta) dias-multa, fixados unitariamente no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06 c/c art. 61, II, alínea “j”, do Código Penal (fls. 265/270).

Inconformada, a Defesa requer a absolvição ante a precariedade probatória. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base ao mínimo legal, afastamento da agravante descrita na denúncia e redução máxima em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado (fls. 291/304).

Processado e contra-arrazado o recurso (fls. 309/313), manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça parcial provimento do apelo para fixação da pena base no patamar mínimo legal, afastamento da agravante da calamidade

pública e redução da sanção em dois terços na derradeira etapa (tráfico privilegiado) (fls. 322/333).

Instadas as partes a se manifestarem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 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.

Consta que, no dia 28 de maio de 2022, por volta das 21h15min, e portanto, durante estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 06 de 2020 e Decreto Estadual 64.879 de 20 de março de 2020), na Rua do Tody, altura do nº 230, cruzamento com a rua Francisco Metidieri, na cidade de Nova Europa, comarca de Araraquara/SP, **o apelante** foi surpreendido por policiais militares vendendo e trazendo consigo, para fins de tráfico, drogas, no caso, vendendo 02 (dois) invólucros plásticos contendo “crack” (cocaína), com peso líquido total de 0,6g, para a pessoa de Marcelo Ribeiro da Silva, bem como trazendo consigo, para fins de tráfico, outro igual invólucro contendo “crack” (cocaína), com peso líquido total de 0,3 g, e 02 (dois) invólucros plásticos contendo cocaína (em pó), com peso líquido total de 1,9g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado: “... *policiais militares, dirigiam para atendimento de uma ocorrência de perturbação do sossego em uma área de lazer, quando, quase chegando ao local, avistaram em uma esquina, EDNAN, pessoa conhecida nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico de drogas, entregando 02 (duas) porções de crack a MARCELO, o qual, por sua vez, efetuava o pagamento correspondente, entregando a ele a importância de R\$ 65,00 em dinheiro.*

Ambos foram abordados, oportunidade em que MARCELO admitiu que estava adquirindo drogas de EDNAN. Em seu poder foram apreendidas as 02 (duas) porções de crack e a importância que seria entregue a EDNAN (R\$ 65,00). EDNAN também foi submetido à busca pessoal e em suas vestes foram localizados outro invólucro contendo crack, embalado de maneira idêntica ao vendido para MARCELO, e 02 (duas) porções de cocaína (em pó), acondicionadas em saquinhos Zip Lock, que ele trazia consigo para fins de tráfico, que promovia no local aproveitando-se da Pandemia que assola o País.

Além disso, com EDNAN os policiais encontraram também a importância de R\$ 300,00, em dinheiro, proveniente do comércio espúrio, além de 01 (um) aparelho de telefone celular.

Interrogado, MARCELO admitiu ter adquirido droga de EDNAN, mediante pagamento (fls. 04). EDNAN negou a traficância, asseverando que apenas fazia uso de droga com MARCELO (fls. 05) ...” (fls. 106/108).

Esses são os fatos.

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 23/25), auto de exibição e apreensão (fls. 26/27) e laudo pericial (fls.161/163).

A autoria é incontroversa.

Senão vejamos.

No auto de prisão em flagrante (fls. 06/07), o policial militar Luiz Carlos relatou que “... estava em patrulhamento de rotina juntamente com o Policial Militar Claudio Lopes, quando foram até uma área de lazer, para atender uma ocorrência de perturbação de sossego. Porém, durante o trajeto, visualizaram EDNAN, pessoa conhecida nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico de drogas, entregando porções de drogas a MARCELO e este, por sua vez, efetuando o pagamento. Efetuada a abordagem, apurou-se que MARCELO recebeu dois invólucros plásticos contendo um pó branco (crack) e pagando a EDNAN a quantia de R\$ 65,00 em dinheiro. Indagado, informalmente, MARCELO confessou que ali se encontrava para adquirir drogas de EDNAN. Este foi submetido a busca pessoal e em suas vestes foram localizados R\$ 300,00 em dinheiro e dois invólucros plásticos, tipo ZipLock, contendo cocaína e um

invólucro plástico contendo crack...”. No mesmo sentido foi o depoimento de seu colega Cláudio (fl. 02).

Em juízo, os policiais militares relataram que, em patrulhamento por local conhecido como ponto de venda de drogas, visualizaram o apelante entregando algo a Marcelo. Abordaram ambos e Marcelo confirmou que havia acabado de comprar a droga do acusado, o qual negou o tráfico. O apelante já era conhecido dos meios policiais pela prática do comércio ilícito de entorpecentes. Posteriormente aos fatos, a esposa do réu entregou várias embalagens de drogas e confirmou que ele praticava o comércio ilícito.

Ouvido na fase policial, a testemunha Marcelo Ribeiro da Silva admitiu ter comprado crack de Ednan, para uso pessoal, na ocasião dos fatos, pelo valor de R\$ 65,00 (fl. 04). Em juízo, apresentou relato diverso. Afirmou que ele e o réu estavam consumindo drogas quando foram abordados. Não leu o que estava escrito em seu depoimento prestado na delegacia. As quatro porções de droga e o dinheiro apreendido lhe pertenciam.

Interrogado, o apelante negou envolvimento com a venda de droga. Afirmou que, no dia dos fatos, estava fazendo uso de drogas com Marcelo, com quem as drogas foram encontradas. Foi agredido pelos policiais e levado à delegacia. Não deixaram que seu advogado o acompanhasse no

exame de corpo de delito. Quando seu Defensor viu o depoimento de Marcelo, levou os dois para prestar um outro depoimento na delegacia de Ibitinga. Não sabe se seu advogado ouviu o depoimento de Marcelo na delegacia de Nova Europa.

Os agentes públicos, observe-se, não deram indícios de que agiam com tendenciosidade; tampouco transpareceram qualquer sorte de motivo escuso na incriminação do acusado. Daí que, com efeito, não é possível, simplesmente, presumir sua parcialidade. Mesmo porque, note-se, não faria sentido o Estado atribuir a agentes públicos a função de realizar investigações, monitoramentos e prisões em flagrante, porém negar credibilidade aos depoimentos prestados em decorrência desse mister.

Não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Ao contrário, os funcionários públicos têm a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente.

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente constitui meio de prova idôneo a

fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, bem como as reiteradas informações anônimas sobre a traficância que foram confirmadas pelos agentes públicos, como ocorreu no presente caso. Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte). Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.” (STJ, Habeas Corpus nº 633.615 — SP, Decisão Monocrática, j. 27/01/2021).

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.**

Anote-se que a atuação dos agentes públicos se revestiu de legalidade, não havendo nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado.

Portanto, nada há nos autos que possa sugerir que tenham artificialmente engendrado esse episódio de modo e para o fim de prejudicarem o réu.

As circunstâncias da apreensão, assim como os depoimentos firmes e coesos das testemunhas, justificam o reconhecimento da prática delitiva.

A visualização prévia pelos policiais do acusado entregando algo a Marcelo, seguida da abordagem de ambos, e confissão, ainda no calor do acontecimentos, de Marcelo aos policiais de que acabara de comprar droga do apelante, versão igualmente ofertada ao prestar depoimento na

fase policial (fl. 04), está em sintonia com a apreensão de duas porções de crack e R\$ 65,00 com Marcelo, além de outra porção de crack com Ednan, embalada de maneira idêntica àqueles encontradas com Marcelo, além de R\$ 300,00, circunstâncias aptas a revelar que a destinação dos tóxicos apreendidos com Ednan era a entrega ao consumo de terceiros, afastando-se, assim, o pleito desclassificatório para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Além disso, anote-se que a condição de usuário não afasta, por si só, a de traficante.

Enfim, a negativa do acusado não convence, pois se mostra desacompanhada de credibilidade e comprovação, ostentando feições de mera tentativa de dissimular a realidade do ocorrido para evitar a responsabilização, insuficiente para sequer colocar em dúvida os firmes elementos probatórios que pairam em seus desfavores.

Nessa toada, competia à Defesa, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, trazer elementos seguros a comprovar suas alegações e assim desconstituir a higidez da prova produzida pela acusação; todavia, nada fez nesse sentido. O depoimento da testemunha Marcelo em juízo, contrário aquele apresentado na fase policial, deve ser encarado com reservas, considerando se tratar de conhecido do acusado, com natural interesse no deslinde do feito, além do medo que atinge usuários ao depor em relação ao

fornecedor da droga.

Desse modo, a responsabilidade do réu pela traficância 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 da conduta ilícita pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

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

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

1ª fase. O MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base acima do patamar mínimo legal, assim justificando: “... *observo que apesar de sua primariedade, o réu comercializava pedras de crack, em quantidade diminuta, mas não irrelevante, cuja natureza possui alta nocividade. Logo, fixo a pena base acima do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa...*” (fl. 269).

O artigo 42 da Lei de Drogas dispõe que, quando da fixação das penas, o Juiz deve dar prevalência à

natureza e à quantidade da substância apreendida (circunstâncias objetivas); em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas). Tais circunstâncias objetivas se sobrepõem às demais preconizadas no artigo 59 do Código Penal, por serem mais nocivas e acarretarem maior dano à saúde pública.

Assim, no caso em tela, ainda que a quantidade de droga apreendida não tenha sido significativa, entendo que aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de especial nocividade, como é o crack, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido é o entendimento desta Câmara:

“A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública” (TJRS AC 687055624 Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda RJTJRS 130/154), in
Apelação Criminal nº 1502594-20.2024.8.26.0535 Exmo. Des. TOLOZA NETO, em 17.02.2025).

Nesse cenário, desde que apresentados fundamentos concretos e idôneos - justamente como neste caso, o magistrado não só pode como deve impor a sanção inicial acima do piso legal.

Assim sendo, não há que se falar em redução da fração aplicada nesta fase: 05 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa, no patamar mínimo legal.

2ª fase. Ausentes agravantes ou atenuantes.

Não restou caracterizada a agravante da calamidade pública, em virtude da pandemia da Covid, uma vez que os fatos ocorreram em 28 de maio de 2022.

Portaria do Ministério da Saúde GM/MS Nº 913, de 22 de abril de 2022 declarou o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revogou a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.

3ª Fase. Inexistentes as causas de aumento de pena, foi reconhecido o redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06 e a pena reduzida na metade considerando que o réu comercializava crack, droga de alta potencialidade lesiva para a sociedade.

Neste ponto, entendo assistir razão ao

inconformismo defensivo em busca da incidência máxima prevista em relação à causa de diminuição de pena mencionada no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que a natureza da droga apreendida (crack) já foi utilizada como fundamento para aumentar a pena base.

Respeitado entendimento do d. Magistrado, as Cortes Superiores consolidaram entendimento no sentido de ser inviável utilizar a quantidade ou a natureza dos entorpecentes na primeira fase e, simultaneamente, na terceira etapa, como critério para se definir o patamar de redução a ser aplicado, sob pena de se incorrer em inaceitável *bis in idem* e em consonância com enunciado do Tema nº 712 do E. Supremo Tribunal Federal, com caráter de repercussão geral (“*As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena*”).

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL (MP). TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MODULAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. READEQUAÇÃO DA PENA. 1. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas são circunstâncias que podem ser consideradas para a modulação da minorante prevista no

art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06, desde que não tenha influenciado na fixação da pena-base (STJ. HC n. 725.534/SP. STF. Tema 712). No presente caso, a significativa quantidade de drogas apreendidas em poder do apelado deve limitar a fração de minoração de sua pena.
2. Recurso ministerial parcialmente provido (TJSP; Apelação Criminal 1500110-02.2022.8.26.0600; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Promissão - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 25/09/2023; Data de Registro: 25/09/2023)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS. **BIS IN IDEM**. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem apontou como único elemento concreto para impedir a aplicação do redutor a própria quantidade e **nocividade** dos entorpecentes, elementos que já haviam sido valorados na primeira etapa da dosimetria, sendo certo que o alto valor da droga é mera consequência destas circunstâncias.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o

entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial. Foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. Agravo regimental desprovido. AgRg no REsp 1998161 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2022/0115386-6 Relator Ministro TEODORO SILVA SANTOS Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 04/03/2024

Desse modo, imperiosa a aplicação do redutor em seu patamar máximo (2/3), perfazendo 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.

A pena corporal foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo, estabelecido o regime aberto para o caso de reconversão, o que fica mantido.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, e 194 dias-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

multa, bem como corrigir erro material no dispositivo da r. sentença para retirar a menção ao artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas.

HUGO MARANZANO

Relator