



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000363552

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1500406-74.2022.8.26.0648, da Comarca de Urupês, em que é apelante MAICON CESAR DE ASSIS SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Já deleteiPor votação unânime, afastaram a preliminar ventilada e, por maioria de votos, deram provimento parcial ao apelo para, afastada a agravante da reincidência, aplicar o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzir as penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, substituir a pena privativa de liberdade por limitação de fim de semana e 10 dias-multa, no piso, alterar o regime prisional para o aberto e determinar que se restitua ao apelante o aparelho celular Samsung e os quatrocentos reais em dinheiro apontados no auto de apreensão de fl. 11, comunicando-se, vencido o relator sorteado, que negava provimento ao recurso. Acórdão permanece com o relator sorteado e fará declaração de voto vencedor o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 1500406-74.2022.8.26.0648
Comarca de Urupês - Vara Única
Apelante: MAICON CESAR DE ASSIS SOUZA
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
TJSP - 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
VOTO Nº 49.564

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RECURSO DA DEFESA: I – Preliminar: NULIDADE DA SENTENÇA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - Inexiste nulidade, caso em que a decisão se encontra suficientemente fundamentada. II – Mérito: Absolvição – INADMISSIBILIDADE – Autoria e materialidade devidamente evidenciadas. III – Subsidiariamente: Desclassificação para o artigo 28, da Lei nº 11.343/06 – INADMISSIBILIDADE - Prova idônea e suficiente à condenação. Afastamento da agravante da reincidência – IMPOSSIBILIDADE – Réu reincidente específico. Manutenção do regime inicial fechado - REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inteligência do artigo 44, inciso I, do Código Penal, bem como a concessão do Sursis. Justiça gratuita – IMPOSSIBILIDADE.

Preliminar afastada, e recurso improvido.

VISTOS.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela r. Defesa de Maicon Cesar de Assis Souza, contra a r. Sentença datada de 18 de junho de 2024, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Urupês, que o condenou as penas de 05 (cinco) anos e 10

(dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal, como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls.235/236).

Em suas razões, a r. Defesa do Apelante pugna, preliminarmente, pela nulidade da r. decisão diante da ausência de fundamentação. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas, conforme dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o artigo 28, da Lei nº 11.343/06; o afastamento da agravante da reincidência; o reconhecimento do privilégio; a fixação do regime semiaberto, bem como o deferimento da assistência judiciária gratuita, inclusive com relação aos dias-multa estabelecidos (fls.250/258).

O recurso foi processado e contrariado (fls.262/266), e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo seu improvimento (fls.277/284).

É o relatório.

2. Da preliminar

A r. Defesa sustenta a nulidade da r. Sentença condenatória, tendo em vista a ausência de fundamentação quanto a concessão do privilégio.

Sem razão tal pretensão. Senão vejamos.

O artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal dispõe que a Sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Ao afastar o privilégio, o Juízo *a quo* fundamentou sua impossibilidade ante a reincidência, ou seja, circunstância específica do Apelante que impede a incidência da causa de

diminuição de pena.

O que se busca, através do Princípio do Livre Convencimento, é que o Julgador demonstre sua convicção mediante a análise da prova constante dos autos, o que de fato ocorreu.

Nestes termos, o Douto Magistrado fundamentou a decisão, ainda que de forma sucinta.

Ainda que a r. Defesa ventile a hipótese de falta de fundamentação, em afronta ao mandamento constitucional do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, de plano, salienta-se que não é de se confundir fundamentação sucinta com falta de motivação, existindo violação ao princípio constitucional somente nesta última hipótese, inócua na espécie.

Assim, se a r. Sentença atendeu aos requisitos do artigo 381, do Código de Processo Penal, não há nulidade a ser declarada.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade da r. Sentença.

3. Consta da denúncia que, no dia 09 de julho de 2022, por volta das 11 horas, na Rua José Machado, 100, Favelinha, no município de Irapuã, o Apelante trazia consigo, sem autorização legal e para fins de tráfico, 2 porções de crack, com peso bruto aproximado de 1,0 grama, conforme auto de exibição e apreensão de fl.11 e laudo de exame químico toxicológico de fls.38/40.

Segundo o apurado, o autor foi abordado em via pública quando trazia consigo as porções de crack acima descritas.

É dos autos que a Polícia Militar recebeu informações anteriores dando conta do envolvimento do réu com o tráfico de drogas.

No dia dos fatos, os policiais estavam em serviço quando receberam informação, via COPOM, de que Maicon estava traficando drogas no local dos fatos, conhecido no pequeno município de Irapuã como ponto de venda de entorpecentes.

Assim, os PMs dirigiram-se para o local apontado e, ao visualizar a presença policial, o autor dispensou algo ao solo, no entanto, foi abordado em seguida.

Submetido à revista pessoal, com o recorrente foram encontrados R\$ 400,00 em dinheiro e um aparelho celular.

Verificou-se, ademais, que o objeto dispensado por Maicon consistia em duas porções de crack.

Após autorização judicial, o aparelho celular do autor foi periciado e constatada a troca de mensagens típicas do tráfico de drogas (Ae tem como vc mandar a caminhada pelo Bryan; Ae João tem como vc mandar a maconha pelo Bryan parceiro; Quiser pegar maconha de so ta um salve Tlgd; Boa, o maluco veio aqui em casa com o dinheiro, falou q depois q acertar o restante ele vai querer uma quadrada), com oferta e procura de entorpecente, além de imagens com características semelhantes à maconha capturadas pela câmera do próprio celular (fls.69/110).

Portanto, as circunstâncias da abordagem, as notícias pretéritas do envolvimento do réu com a narcotraficância e as mensagens e imagens encontradas no telefone celular de sua propriedade, revelam que as porções de entorpecentes localizadas em poder de Maicon eram destinadas a entrega ao consumo alheio.

A denúncia foi oferecida em 10 de janeiro de 2023 (fls.147/149), e recebida em 11 de janeiro de 2023 (fl.151). A r.

Defesa ofertou resposta à acusação (fls.164/166).

A r. Sentença foi publicada em 27 de junho de 2024 (fl.244).

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls.03/05); auto de exibição e apreensão (fl.11); representação de quebra de sigilo telefônico (fl.32); decisão (fl.47); laudo pericial (fls.38/40); laudo do celular (fls.69/104), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria também é inconteste.

Interrogado em Juízo, o réu negou a prática do delito. É usuário de drogas. A droga foi encontrada no chão, e o policial o acusou da prática do delito por ter passagem pelo mesmo delito. Muitas pessoas foram abordadas no local.

O policial militar Diego Henrique Xavier, ouvido em Juízo, afirmou que recebeu a informação que o Apelante estava traficando drogas no local descrito na denúncia. Ao se aproximar do recorrente, notou que o mesmo dispensou algo no chão. Abordado, localizaram um celular, a importância de R\$ 400,00 e 02 (duas) porções de droga (crack). O réu afirmou que era usuário, mas várias denúncias anônimas via 190 davam conta que o Apelante era traficante de drogas na região.

O policial militar Claudinei Fernandes Leme, ouvido em Juízo, afirmou os mesmos fatos que seu colega de farda acima. Acrescentou que já conhecia o recorrente e já havia o prendido por tráfico de drogas.

A testemunha de Defesa Maicon Dobrado, ouvido em Juízo, afirmou que conhece o réu, o conheceu pela igreja.

Desconhece que o réu é traficante, mas sabe que ele é usuário. Não sabe se o réu já foi internado.

A testemunha de Defesa Evandro, ouvido em Juízo, afirmou que conhece o Apelante, que trabalhava para o depoente. Tem conhecimento que ele é usuário de drogas. Era um bom funcionário.

A Sra. Marli, genitora do réu, foi ouvida em Juízo, e declarou que seu filho tem problemas com drogas desde os 15 anos de idade. O réu foi internado, mas quando saía parava com medicamento e voltava a usar droga.

A manutenção da condenação pela prática do delito de tráfico de drogas é medida de rigor. Senão vejamos.

Analisando os depoimentos dos policiais que de forma coesa, segura e harmônica, afirmaram estavam em patrulhamento quando avistaram o réu, em um conhecido ponto de tráfico de drogas na região. Assustado com a presença da polícia, dispensou algo no solo. Foi abordado e na sacola por ele dispensada fora encontrada 02 porções de crack. Havia inúmeras denúncias nominando o réu como sendo o traficante do local.

Como é cediço e acima mencionado, o testemunho dos policiais é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos do recorrente ou quisessem indevidamente prejudicá-lo, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

In casu, não há dúvida razoável de que os policiais aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar o Apelante, razão pela qual, deve ser, como foi, devidamente considerado

tais depoimentos testemunhal na formação do juízo de condenação e de tipicidade.

A propósito:

“(...) A absolvição pela negativa de autoria do agente, não se sustenta quando a condenação é amparada em elementos seguros de convicção, como o depoimento prestado por policiais, as quais formam um conjunto probatório para embasar um decreto condenatório. A palavra de policial tem o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos, por serem revestidos de presunção de veracidade(...)”. TJMS, AC nº 2011.000352-9/0000-00, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Segunda turma Criminal, j. 14.02.2011.

“(..) O depoimento testemunhal de policiais, especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mormente quando corroborado com o interrogatório do réu na fase inquisitiva(...)”. TJMS, AC, nº 2011.013791-6/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Primeira Turma Criminal, j. 15/08/2011.

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte”. (STJ - AgRg no Ag 1158921/SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO

2009/0117484-5 - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - T6
- SEXTA TURMA – julg. 17/05/2011 – DJe 01/06/2011).

Não entendo que os depoimentos dos policiais devam ser tomados com cautelas.

Isto porque, os depoimentos dos mesmos evidenciam a dinâmica dos fatos.

Não se infere dos autos qualquer prova de abuso de autoridade pelos policiais, ou de que teriam qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando situação inexistente e incriminando um inocente. Não havendo, dessa forma, razão alguma para se desconfiar de suas palavras.

Acerca da validade do depoimento de policiais explica Julio Fabbrini Mirabete:

“Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha” (Processo penal, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira segue o entendimento de Damásio E. de Jesus:

“A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). Assim, como já foi decidido, é -inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de 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- (TACrimSP, RT 530/372)” (Código de processo penal anotado. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167).

“PROVA - TESTEMUNHA – Depoimentos de policiais militares – Valor Probante - Inexistência de testemunhas civis – Irrelevância: “O simples fato das testemunhas de acusação serem policiais não é obstáculo para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas. É óbvio que pelas múltiplas atividades desenvolvidas pelos policiais seria demasiado rigor exigir-se a pompa de testemunhas presenciais, quando se sabe que o usual é a recusa de estranhos para testificarem o caso.” (TJSP – 3ª Câmara – AP. 206.259-3/4 – j. 04.06.1996 – rel. Des. Segurado Braz – RT 732/623).

É importante destacar que, não obstante a prova testemunhal seja composta, basicamente, dos depoimentos dos policiais que estavam presentes no dia do delito, esta circunstância não tem o condão de, por si só, e tirar a credibilidade necessária à formação de um juízo de condenação, mormente quando harmônica com os demais elementos existentes nos autos.

Ademais, é sabido que em delitos da natureza do caso ora em comento, a prova testemunhal, de regra, restringe-se às declarações dos policiais envolvidos na operação, uma vez que é muito difícil que outras pessoas, sejam consumidores, traficantes ou testemunhas, na maioria das vezes temerosas pelas consequências que tal ato possa acarretar, forneçam informações ou prestem depoimentos em feitos

envolvendo tóxicos.

A jurisprudência pátria já firmou entendimento nesse sentido, conforme demonstra o aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça que a seguir transcrevo:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. 2 Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida, 24 (vinte e quatro) invólucros com crack, revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. 1, 3 e 4- Omissis.” (HC 162131/ES; Rel. Min. Og Fernandes; Sexta Turma; j. 25/05/2010; p. DJe 21/06/2010).

Os policiais rechaçaram qualquer dúvida acerca da autoria delitiva, uma vez que não se verifica, repito, qualquer motivo ou circunstância fática que justifiquem a falsa incriminação do réu por parte dos agentes públicos

Além disso, inexistente prova nos autos que possa desabonar as declarações dos policiais inquiridos em Juízo. Seus depoimentos não apresentam qualquer contradição ou dubiedade, mostrando-se uníssonos e harmônicos desde a fase inquisitória com os demais elementos de provas colacionados aos autos, merecendo, desse

modo, credibilidade necessária para ensejar o decreto condenatório.

Pouco plausível, ainda, que os policiais durante suas rotinas, mantenham estoque de drogas destinadas ao enxerto com o objetivo de imputar, falsamente, a terceiros, a prática de ilícitos penais.

Nesse contexto fático, para afastar a presumida idoneidade dos policiais, seria necessária a constatação de importantes contradições em seus relatos, ou mesmo a demonstração de interesse em prejudicar o réu, fato que não ocorreu no caso em tela.

Importante referir que este julgador possui entendimento no sentido de recepcionar a validade dos depoimentos policiais como meio de prova, sendo estes, como no caso, convergentes e harmônicos em relatar, tanto na fase administrativa quanto judicial, os detalhes do caso em tela, corroborado pelos elementos de prova carreados aos autos. Sob este prisma, vislumbro que os relatos dos agentes de segurança, além de firmes e coerentes na sua essência, apresentam-se de modo muito mais robusto a explicar e delinear a dinâmica do fato, mesmo porque não há sinais de tendenciosidade ou outra marca a colocar em dúvida as suas assertivas.

Ressalta-se, que o objetivo maior da polícia deve ser a abordagem e detenção do indivíduo que está perpetrando o tráfico, buscando, inclusive, garantir a segurança dos agentes e também do suspeito.

Em havendo suspeita de prática delitiva, como no caso dos autos, em que a diligência se iniciou em razão de denúncia anônima, é dever dos policiais proceder diligências. Também é importante lembrar que, em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, a

consumação se protraí no tempo, ou seja, a qualquer momento pode ocorrer o flagrante, independentemente da existência de denúncia anônima.

Não se pode olvidar que as notícias-crime levadas ao conhecimento do Estado através de denúncias anônimas, tem sido de suma importância para a repressão ao crime. Tanto é que foram criados diversos “disque-denúncias”. Tendo à Polícia” o dever de apurar as infrações penais que chegam a seu conhecimento, mesmo que decorrentes de comunicações anônimas.

Á propósito:

“o depoimento dos policiais que permanecem em campana é suficiente para a condenação em crimes desta espécie, na medida em que as campanas realizadas pela polícia têm justamente o objetivo de identificar quem comercializa substância entorpecente de forma ilícita.” (TJDFT 2004.11.78242-4APR, Relator Edson Smaniotto, 1ª Turma, DJ 21/09/2005 p. 116).

Decidindo caso semelhante ao presente, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no mesmo sentido, veja-se:

“[...] as notícias-crimes levadas ao conhecimento do Estado sob o manto do anonimato têm auxiliado de forma significativa na repressão ao crime (HC 64.096/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04/08/2008). À propósito, na mesma linha, recentemente decidiu a c. Sexta Turma desta Corte no HC 97.122/PE, Relª. Minª. Jane Silva Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJ de 30/06/2008. Enfim, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a determinar a instauração de inquérito

policial, desde que contenham elementos informativos idôneos suficientes para tal medida, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado” (HC 44.649/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 08/10/2007). Habeas corpus denegado. (STJ; HC 93.421; Proc. 2007/0254278-7; RO; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 24/11/2008; DJE 09/03/2009).

O laudo do celular do recorrente não deixa qualquer dúvida quanto à prática delitiva, com conversas explícitas sobre drogas e imagens (fls.69/104).

Em que pese todo o empenho levado a efeito pelo ilustre causídico na defesa do Apelante, tem-se que as provas carreadas não padece de nenhuma irregularidade, sendo suficientes para permitir a formação de um Juízo de certeza de que o recorrente, efetivamente praticou o delito pelo qual foi processado e encontra-se condenado.

Pugna a r. Defesa do Apelante pela desclassificação do delito de tráfico para o previsto no artigo 28, da Lei de Drogas.

Diante do forte conjunto probatório a demonstrar que o recorrente trazia consigo a droga com a finalidade de comercializá-la motivo pelo qual, não há falar em desclassificação para o artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Insta salientar que embora façam o uso da droga, tal fato não escusa a conduta de traficante que restou suficientemente configurada pelas provas colacionadas nos autos.

Dos relatos apresentados pelos policiais deduzem-se, que o recorrente estava na posse dos referidos entorpecentes e a forma como foram encontradas dão mostras evidentes que àquelas drogas

serviam para o comércio ilícito.

Os depoimentos dos policiais, que participaram da diligência que culminou com a apreensão da droga e prisão em flagrante do Apelante são firmes e coerentes, acerca da comprovação do tráfico de drogas descrito na peça acusatória.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DO MENOR. SÚMULA Nº 74 DO STJ. I. No tráfico de drogas, praticado de modo sub-reptício e às escondidas, especial valor deve ser conferido aos indícios e às provas indiretas. II. O local e as condições da apreensão, além da prova testemunhal, indicam a traficância. III. A condição de usuário, por si só, não afasta o delito do art. 33 da Lei de Drogas. As condutas comumente agregam-se. IV. O enunciado da Súmula nº 74 do STJ não exige expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do adolescente. No caso, presente termo de declarações prestadas na DCA. V. Apelo desprovido”. (TJDF; Rec. 2010.01.1.196177-3; Ac. 535.390; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/09/2011; Pág. 284).

“CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, “CAPUT”, DA LEI Nº11.343/06, C.C. ARTIGO 62, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu como incurso nas

sanções do artigo 33, “caput”, da Lei nº11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição, por insuficiência probatória ou mesmo a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Tóxicos. A condição de usuário ou dependente alegada pelo réu não afasta a possibilidade de tráfico, pois é comum que o dependente trafique, até para sustentar seu vício. De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios. [...]. Apelo improvido”. (TJRS; ACr 191253-87.2011.8.21.7000; Taquari; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez; Julg. 14/07/2011; DJERS 11/08/2011).

Ressalte-se, que para a caracterização do crime de tráfico ilícito de drogas não é necessário apreensão de grande quantidade de droga, ainda mais quando outros fatores comprovam a prática do delito.

A propósito:

“A alegação no sentido de que o réu estava guardando as drogas para o consumo próprio deve ser provada pela defesa; não se desincumbindo a parte desse ônus, é inviável o pedido de desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei n.º 11.343/06. (...)”. (Apelação Criminal N. 2009.002133-1 – Rel. Des. Carlos Eduardo Contar – 2ª Turma. J. 08/02/2010).

“Cumpre ainda asseverar que “a condição de usuário, concomitantemente à de traficante, não permite a pretendida desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei antidrogas” TJMT, Ap 11.489/2009, 1ª Câm. Crim., rel. Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, j. 15/09/2009, p. 39.

“A lei não descriminaliza o fato em razão da quantidade de entorpecente apreendido como agente. O crime de uso de entorpecente é de perigo abstrato, sendo a saúde pública o interesse penalmente tutelado” (TJRJ – Apelação Criminal 852/89 - Rel. Eugênio Sigaud).

“ENTORPECENTE - Tráfico - Pequena quantidade de maconha apreendida em poder do acusado – Irrelevância Caracterização do delito previsto no ar 12 da Lei de Tóxicos” (STF) RT 701/401.

"Tráfico - Caracterização - Pequena quantidade de droga apreendida - Irrelevância - Existência de outros elementos capazes de orientar a convicção do julgador, no sentido da ocorrência do referido delito (STJ) "RT 808/559.

Desta forma, ante as circunstâncias elencadas nos autos, a demonstrar a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2003, resta inviável o pleito desclassificatório para o delito previsto no artigo 28 do mesmo diploma legal.

Consigno, por fim que:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.”

(RJTJESP 115/207).

A propósito:

"4.2. "[...] Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019). □

DA DOSIMETRIA DA PENA

A pena foi estabelecida sob os seguintes fundamentos (fl.235):

“O Réu é reincidente específico, pelo que aumento sua pena em 1/6 na segunda fase de fixação, sem outra alteração, não sendo cabível a redução do §4º do Art. 33. Fica em 05 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado seja pela hediondez, seja pela reincidência, e sem substituição. Assim, JULGO PROCEDENTE a AÇÃO para CONDENAR MAICON CESAR DE ASSIS SOUZA a 05 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado e 580 dias multa no piso pela prática do crime previsto no art. 33 caput da Lei 11.343/06. Autorizo que o réu recorra em liberdade.”.

A pena permanece inalterada, pois fixada no

mínimo legal e agravada na fração mínima (1/6), pela reincidência, o que perfaz em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Do afastamento da reincidência

De fato a certidão de fls. 138, referente ao processo nº 0001208- 30.2014.8.26.0648, onde o peticionário foi condenado à pena de oito anos e nove meses de reclusão e 875 dias-multa, em regime fechado, em consulta no sistema SAJ, verificou-se que o foi interposto Revisão Criminal sob nº 0030896-31.2020.8.26.0000 julgado aos 13 de outubro de 2022, deram provimento ao recurso, desclassificando a conduta de Maicon Cesar de Assis Souza para o tipo penal constante do artigo 28, da lei 11.343/06 ao cumprimento de pena de 10 meses de prestação de serviços à comunidade, mantendo-se, no mais, o v. acórdão por seus próprios fundamentos, tendo em vista que o acusado se encontra recolhido em regime fechado por mais de 10 meses, verifica-se que a pena se encontra integralmente cumprida.

No entanto, ao contrário do alegado peça defesa, o apelante é reincidente conforme certidão de fls.141, referente ao processo nº1500791-27.2019.8.26.0648, condenado pelo delito do artigo 309 do CTB, a sete (7) meses de detenção, no regime aberto, e desclassificar o crime de tráfico para o tipo penal do artigo 28, inciso II, da Lei11.343/06, pelo prazo de dez meses, e julgar extinta a punibilidade desse crime pelo cumprimento da prisão processual e, julgado extinto apenas em 01/11/2022.

O art. 64, I, do CP, prescreve o prazo depurador da reincidência nos seguintes termos:

"Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou

extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;"

No caso, os fatos criminosos apurados nestes autos ocorreram na data 09/07/2021 e nos autos de nº nº1500791-27.2019.8.26.0648, em 18/10/2019 - Foi extinta em 01 de novembro de 2022.

Com efeito, conclui-se que não ocorreu o prazo depurador de cinco anos entre a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena e a prática do delito em apuração, o que inviabiliza a exclusão da agravante.

Portanto, tendo em vista que entre a extinção da pena do crime anterior e a data do cometimento do novo delito não transcorreu o prazo de cinco anos, está plenamente configurada a agravante prevista no art.61, inciso I, do Código Penal.

Assim sendo, é correta a incidência da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena na sentença condenatória. Logo, não há que se falar em afastamento da agravante de reincidência, devendo ser mantida a sentença condenatória em todos os seus termos.

A propósito:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE INJUSTIÇA OU ERRO TÉCNICO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DECURSO DO PRAZO DEPURADOR. INOCORRÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO. Não transcorrido o prazo depurador do art. 64, I, do Código Penal, o cometimento de novo crime dá ensejo à reincidência e, assim, permite o

reconhecimento da agravante do art. 61, I, do Código Penal. (TJSC, Revisão Criminal n. 4004574-62.2017.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Seção Criminal, j. 24-05-2017).

Na terceira e última fase, diante da ausência de causas de aumento e/ou diminuição de pena, esta resta definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Saliento que a reincidência, além de necessariamente agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Note-se que, no caso, a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do artigo 61, inciso I, do Código Penal, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários após sofrer sanção penal anterior em pouco período de tempo. Ao mesmo tempo, evidencia o descumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do *non bis in idem* quando aplicada a agravante pela reincidência e ao mesmo tempo considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 2. Reconhecida pelo Colegiado Estadual a reincidência específica do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. 3. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. 4. Ordem denegada”. (HC 147.271/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 30/05/2012).

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. I - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois expressamente reconhecido na r. sentença

condenatória que o paciente, por ser reincidente, não preenche os 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente, por ser reincidente, não preenche os requisitos legais. II - Dentro dos limites legais, uma vez configurada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. III - Não resta caracterizado bis in idem na utilização da reincidência como causa ensejadora da não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como agravante da pena, ante expressa previsão legal. Habeas corpus denegado”. (STJ - HC 200901869590, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 04/10/2010).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. PENA AGRAVADA NA SEGUNDA ETAPA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REDUÇÃO PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 VEDADA. AGENTE NÃO PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Não há o que se falar em bis in idem mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico - a reincidência - quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente. 2. Ordem denegada”. (STJ 200802265148, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 15/12/2009).

A reincidência do Apelante impede não só a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, mas também a concessão de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mantém-se o regime inicial fechado ao recorrente, conforme dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal.

No caso em apreço, inviável a fixação de regime mais brando ao Apelante, ante a quantidade da reprimenda corporal fixada e sua reincidência, nos estritos termos do artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, não incidindo, *in casu*, o enunciado da Súmula nº 269, do Superior Tribunal de Justiça.

Ao Magistrado compete fixar o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.

Nesse sentido, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, capaz de incutir no acusado a terapêutica prisional.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Súmula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Além do mais, deve ser consignado que Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, continuam com o mesmo entendimento sobre a matéria, consoante se infere dos julgados abaixo resumidos:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO REITERADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – O art.33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto). II – A prisão preventiva pode ser mantida após a sentença condenatória, quando necessária à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. III – A prisão preventiva poderá ser mantida pela sentença condenatória, desde que devidamente fundamentada. Inteligência do art. 315, do CPP. III – Recurso Ordinário em Habeas Corpus improvido”. (STF – RHC 134829 – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Órgão julgador: Segunda Turma – Julgamento: 28/03/2017 – Publicação: DJe-069, 06/04/2017).

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO. Mostra-se harmônica com a ordem jurídica decisão que, ante a reincidência do condenado, revele, presente a majoração da pena-base na metade, o regime inicial fechado. HABEAS CORPUS – PREJUÍZO. Observado o trânsito em julgado da condenação, cumpre declarar o prejuízo da impetração quanto ao pedido de afastamento da prisão preventiva. (STF – HC 127484 – Relator: Ministro Marco Aurélio –

Órgão julgador: Primeira Turma – Julgamento: 30/08/2016 – Publicação: DJe-251, 25/11/2016). Destacamos AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE DENEGOU A ORDEM TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E REINCIDÊNCIA. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos a decisão monocrática que denegou a ordem de habeas corpus. 2. Hipótese em que a reprimenda aplicada (5 anos e 10 meses de reclusão), aliada à reincidência do ora agravante, autoriza a fixação do regime inicial mais gravoso. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC 405.228/SP – Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior – Órgão julgador: Sexta Turma – Julgamento: 07/12/2017 – Publicação: DJe 15/12/2017). Destacamos PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDIMENSIONAMENTO. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na

escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade é que se admite às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente. Necessidade de readequação da pena-base. Precedentes. 4. Fixada a pena em 6 anos e 5 meses de reclusão e verificada a reincidência do paciente, o regime inicial fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art.33, § 2º, b, do Código Penal. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, ficando a reprimenda final em 6 anos e 5 meses de reclusão mais pagamento de 641 dias-multa, mantido o regime inicial fechado”. (STJ – HC 418.601/RJ – Relator: Ministro Ribeiro Dantas – Órgão Julgador: Quinta Turma – Julgamento: 28/11/2017 – Publicação: DJe 01/12/2017).

“Apelação criminal. Roubo. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES. PENA DE 4 ANOS E 8 MESES. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. RECURSO. NÃO PROVIMENTO. O art. 33, § 2º, b, do Código Penal, estabelece que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. In casu, aplicada a pena do crime de roubo em 4 anos e 6 meses, e sendo o réu reincidente em crime

patrimonial, além de possuir maus antecedentes por crime de igual natureza, inviável a modificação do regime inicial fechado para outro mais brando”. (Apelação, Processo nº 0003580-45.2016.822.0501 Relator (a) do Acórdão: Juiz José Gonçalves da Silva Filho, Data de julgamento: 25/08/2016, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal).

Destaco desse modo, que é imperativo reconhecer que, apesar de a pena final imposta ao Apelante ser inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime inicial fechado para o início do seu cumprimento foi devidamente justificada pelo Juízo de primeira instância.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sobretudo em razão do *quantum* de pena fixada, conforme dispõe o artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Considerando o *quantum* da pena, inviável, de igual forma, a concessão da *Sursis*.

Com relação a isenção do pagamento dos dias-multa, verifico ser inviável tal pedido, uma vez que decorrem do preceito secundário do tipo e não há previsão legal para tanto.

Da justiça gratuita

Incabível, no caso sob exame, a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao Apelante, isentando-os das custas e despesas processuais, pois assistido por defensor constituído no decorrer de toda a tramitação do feito, não se vislumbrando *a priori* condição

socioeconômica desfavorecida a justificar a gratuidade processual, limitando-se a afirmar, tão somente na fase recursal, a necessidade da benesse, sem nenhuma comprovação idônea de sua hipossuficiência econômica.

A propósito:

“EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE PARA CONSUMO. INVIABILIDADE. 1. Os depoimentos não deixam margem a qualquer dúvida quanto à prática do tráfico de drogas, inclusive em relação à quantidade de drogas apreendidas (528g de maconha e 274g de Crack), o que certamente exclui a possibilidade de posse para consumo. TRÁFICO PRIVILEGIADO. 2. Para a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33, da nova Lei de Tóxico, é necessário o preenchimento de todos os requisitos ali previstos (primariedade, bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa), o que não é o caso, pois o apelante é reincidente específico. EXCLUSÃO DA MULTA. 3. O pedido de exclusão da multa, não deve ser atendido, uma vez tratar-se de pena de natureza cumulativa. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. 4. Não há como acolher o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária, na isenção prevista no art. 3º e incisos, da Lei nº 1.060 /50, ao processado assistido por defensor constituído no decorrer de toda a tramitação do feito, limitando-se a afirmar, tão somente na fase recursal, a necessidade da benesse, sem nenhuma comprovação idônea de sua hipossuficiência econômica. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO”. (Tribunal de Justiça de Goiás



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TJ-GO - Apelação Criminal: APR 5523482-75.2020.8.09.0010 - 1ª
Câmara Criminal - Relator Des(a). DESEMBARGADOR EUDÉLCIO
MACHADO FAGUNDES - Assinado e Publicado Digitalmente em
19/09/2022). (grifei)

Logo, ausente a indispensável comprovação do estado de hipossuficiência financeira da parte, nos termos do artigo 99, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente por força do artigo 3º, do Código de Processo Penal, incabível a concessão do pedido.

3 - Ante o exposto, afasto a preliminar ventilada, e nego provimento ao recurso interposto em favor de Maicon Cesar de Assis Souza, mantendo-se a r. Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR



Voto nº 34248

Apelação Criminal nº 1500406-74.2022.8.26.0648

Comarca: Urupês

Apelante: MAICON CESAR DE ASSIS SOUZA

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Peço licença ao eminente relator – cujo relatório adoto, nos termos regimentais, a fim de evitar cansativa repetição – para, divergindo em parte, afastar a agravante da reincidência, aplicar o privilégio, reduzir as penas e alterar o regime para o aberto, com substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, pelas razões a seguir apresentadas.

2. Antes de tratar dos pontos de divergência, anoto que em econômicas alegações finais que duraram alguns segundos (arquivo audiovisual anexado à fl. 236) o patrono do apelante se limitou a requerer a absolvição ou a desclassificação para a hipótese de posse de droga destinada a uso, ocasião em que, ademais, sem agregar qualquer pedido, disse ser lícita a origem dos quatrocentos reais apreendidos com o réu.

O Juízo de piso proferiu em audiência sentença não menos econômica, redigida em um parágrafo, a seguir transcrita:

"MAICON CESAR DE ASSIS SOUZA foi denunciado como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 conforme denúncia de fls. 147/149. O RÉU foi citado e apresentou Defesa Escrita a fls. 164/166. DECIDO. O Policial Xavier disse que receberam notícia de que o réu estaria traficando em local conhecido da cidade. Foram até lá e o Réu, vendo a viatura, teria dispensado algo no chão. Encontraram a droga apreendida jogada no local da dispensa e R\$ 400,00 em seu poder. Disse que o Requerido negou o tráfico e disse que era usuário. O mesmo foi dito pelo policial Claudinei. O auto de apreensão de fls. 11 e o laudo pericial de fls. 38/40 confirmam a materialidade do porte de drogas. A finalidade mercantil vem não só da situação da prisão, conforme depoimento dos Policiais, mas da perícia no celular do acusado com diversas conversas voltadas para o comércio ilegal, sem qualquer sombra de dúvida (fls. 69/104). A diminuta quantidade de drogas, por si, não significa porte para uso e dadas as demais provas existentes nos autos. À pena. O Réu é

reincidente específico, pelo que aumento sua pena em 1/6 na segunda fase de fixação, sem outra alteração, não sendo cabível a redução do §4º do Art. 33. Fica em 05 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado seja pela hediondez, seja pela reincidência, e sem substituição. Assim, JULGO PROCEDENTE a AÇÃO para CONDENAR MAICON CESAR DE ASSIS SOUZA a 05 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado e 580 dias multa no piso pela prática do crime previsto no art. 33 caput da Lei 11.343/06. Autorizo que o réu recorra em liberdade."

Vê-se que, ainda que de forma extremamente sucinta, as duas teses apresentadas pela Defesa foram respondidas – e a questão atinente ao dinheiro será resolvida de outra forma, adiante apresentada. Logo, não há nulidade a declarar.

3. Prosseguindo, sem mencionar qualquer documento constante dos autos, o MM. Juiz sentenciante reconheceu a reincidência nos seguintes termos (sem destaque no original):

O Réu é reincidente **específico**, pelo que aumento sua pena em 1/6 na segunda fase de fixação.

Claro está que, dentre as anotações acerca da vida pregressa do réu constantes dos autos, o MM. Juiz **invocou unicamente condenação pelo crime de tráfico ilícito de drogas**, pois é a única que autoriza se utilize a locução "*reincidente específico*".

Todavia, **o eminente relator afastou a condenação pelo crime de tráfico** porque, conforme explicado em seu voto: "*De fato a certidão de fls. 138, referente ao processo nº 0001208-30.2014.8.26.0648, onde o peticionário foi condenado à pena de oito anos e nove meses de reclusão e 875 dias-multa, em regime fechado, em consulta no sistema SAJ, verificou-se que o foi interposto Revisão Criminal sob nº 0030896-31.2020.8.26.0000 julgado aos 13 de outubro de 2022, deram provimento ao recurso, desclassificando a conduta de Maicon Cesar de Assis Souza para o tipo penal constante do artigo 28, da lei 11.343/06*" - destaquei.

Ocorreu que Sua Excelência optou por preservar a agravante da reincidência, **porém com fundamento em outra condenação**, aquela noticiada à fl. 141 (art. 309, do CTB – pena de 7 meses de detenção, com trânsito para a Defesa em 12/08/2020, sendo que os fatos aqui tratados são de 09/07/2022).

Sempre respeitando entendimento em sentido contrário, tenho que essa condenação não pode ser valorada porque não consta da sentença contra a qual **somente a Defesa recorreu**, condenação que a toda evidência jamais passou pela cabeça do MM. Juiz sentenciante. A valoração de condenação, no cenário desenhado nestes autos, além de apanhar a Defesa de surpresa, implica *reformatio in pejus* e, por via reflexa, concessão de revisão criminal em prol do órgão acusatório, hipótese não contemplada no direito pátrio.

Afastada a reincidência, deve o apelante ser considerado primário para todos os efeitos e, neste novo cenário, ausente na sentença qualquer outro fundamento apto a obstar o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, concedo-o e procedo à redução máxima – por se tratar de tráfico de somente 1g de *crack* –, de forma a redimensionar as penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, com subsequente substituição da pena privativa de liberdade por limitação de fim de semana (modo de cumprimento a cargo do Juízo das Execuções Criminais) e 10 dias-multa, no piso – medidas aplicadas diante da ínfima quantidade de droga apreendida, quantidade que nulifica sua natureza mais perniciosa ao bem jurídico tutelado –, com fixação do regime aberto para o caso de descumprimento das medidas ora impostas.

3. Por fim, diante da compreensão de que a decretação de perdimento de bem ou valor não é automática e considerando que a sentença recorrida não abordou esta questão, determino sejam restituídos ao apelante o aparelho celular Samsung e os quatrocentos reais em dinheiro apontados no auto de apreensão de fl. 11.

3.1 Anoto que o réu apelou solto.

4. Por votação unânime, afastaram a preliminar ventilada e, por maioria de votos, deram provimento parcial ao apelo para, afastada a agravante da reincidência, aplicar o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, reduzir as penas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, substituir a pena privativa de liberdade por limitação de fim de semana e 10 dias-multa, no piso, alterar o regime prisional para o aberto e determinar que se restituam ao apelante o aparelho celular Samsung e os quatrocentos reais em dinheiro apontados no auto de apreensão de fl. 11, comunicando-se, vencido o relator sorteado, que negava provimento ao recurso, nos termos de sua declaração de voto. Acórdão com o revisor, desembargador Amable Lopez Soto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Amable Lopez Soto
relator designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	30	Acórdãos Eletrônicos	PAULO ANTONIO ROSSI	2A604C02
31	34	Declarações de Votos	AMABLE LOPEZ SOTO	2A62A2F6

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1500406-74.2022.8.26.0648 e o código de confirmação da tabela acima.