



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000379209

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500596-76.2024.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é apelante KAUE BONIFACIO NICACIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, REJEITARAM A PRELIMINAR e DERAM PROVIMENTO ao recurso a fim de absolver o réu da acusação que se lhe fez, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), SÉRGIO MAZINA MARTINS E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

AMABLE LOPEZ SOTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação: Autos n. 1500596-76.2024.8.26.0483

Comarca: Presidente Venceslau – 3ª Vara

Apelante: Kaue Bonifacio Nicacio

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 36.468

Tráfico de drogas.

Preliminares – Pedido de apelo em liberdade prejudicado pela apreciação do mérito recursal – Ausência de nulidade de corrente da suposta violação ao direito à não autoincriminação quando do interrogatório informal realizado pelos policiais – Diligência que não caracteriza nem prova nem elemento informativo e cuja respectiva versão atribuída ao acusado não se presta para qualquer fim.

Alegação de insuficiência probatória – Procedente – Mochila com drogas localizada atrás do banco do ônibus em que se sentava o acusado, o qual se evadiu dos policiais logo em seguida – Réu que, tanto em audiência de custódia quanto em juízo, negou a prática do delito, justificou ter se evadido por medo das consequências referentes a dívida de pensão alimentícia e que afirmou não ser proprietário da mochila, pois havia trocado de lugar com outro passageiro – Existência do inadimplemento alimentício e da troca de lugares que encontra respaldo em outros elementos probatórios – Passageiros que originalmente ocupavam o assento identificados antes do fim da instrução, mas cujo pleito de inquirição foi indeferido pelo juízo – Perda de uma chance de produção probatória imprescindível – Impossibilidade de se ter certeza quanto à propriedade das drogas – In dubio pro reo – Absolvção.

Preliminar rejeitada e recurso a que se dá provimento.

KAUE BONIFACIO NICACIO foi condenado pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara da comarca de Presidente Venceslau por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de 10 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.020 dias-multa, no piso (fls. 355/367).

Apela a Defesa requerendo, preliminarmente, o direito de recorrer em liberdade e a nulidade da

abordagem policial e das provas dela decorrentes pelo desrespeito ao direito à não autoincriminação. No mérito, postula absolvição por falta ou insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação para porte de entorpecente para consumo próprio, o reconhecimento do tráfico privilegiado e o afastamento da majorante (fls. 406/434).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 486/490), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 521/530).

É o relatório.

O réu foi condenado porque, conforme a denúncia (fls. 111/114), no dia 22 de maio de 2024, por volta de 04h., na Rua Rodovia SP 270, km 616, na cidade e comarca de Presidente Venceslau, transportou, entre Estados da Federação, para fins de tráfico, **3.341,78g de maconha, na forma de “skank”**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pois bem.

Julgo **prejudicado o pedido preliminar de apelo em liberdade**, dada a presente apreciação do mérito recursal.

Visto isso, **o pedido preliminar de nulidade da diligência policial é improcedente.**

O interrogatório informal realizado por policiais militares durante abordagem é diligência que sabidamente não se configura como prova ou tampouco como elemento informativo. Por tal razão, as irregularidades suscitadas pela Defesa em relação a tal fenômeno são de absoluta irrelevância para estes autos, na medida em que referida “entrevista” ou “interrogatório informal” não compõe o contingente probatório **e tampouco foi imprescindível para a produção de qualquer prova.**

Com efeito, a busca pessoal decorreu de vistoria de rotina a ônibus que fazia trajeto interestadual e do “nervosismo, inquietação e respostas desencontradas” do réu nessa ocasião. Não há, portanto, qualquer indicativo de que as apreensões tenham dependido de suposta confissão informal, que veio ocorrer,

segundo os policiais, apenas quando os entorpecentes já tinham sido apreendidos.

E não bastasse isso, a Defesa não demonstrou qualquer prejuízo concreto e diretamente decorrente do ato em questão, inexistindo nulidade à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.

Quanto às demais questões levantadas pela Defesa às fls. 408/415, não são preliminares, mas sim questionamentos referentes à prova da autoria delitiva e, conseqüentemente, ao mérito da imputação, que passo a enfrentar.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), laudos de constatação (fls. 24/29), laudos de exame químico-toxicológico (fls. 103/105), relatório de investigações (fls. 166/167), informações fornecidas pela empresa de viação (fls. 226/227 e 254) e provas orais.

Passo ao exame da autoria.

Em uníssonos relatos extrajudiciais, os policiais militares Marcelo Ferreira da Silva e Alexandre Castalani Cardoso narraram que em fiscalização rodoviária, abordaram um ônibus que fazia o trajeto Ponta Porã/MS a São Paulo/SP. Durante a vistoria o passageiro da poltrona 03 apresentava grande nervosismo e inquietação, bem como respostas desencontradas. Solicitados os documentos pessoais e ticket de bagagem, constataram que ele possuía passagem para a poltrona 05, mas disse que havia trocado de lugar. Atrás da poltrona 03, onde estava sentado, localizaram uma mochila contendo dois tijolos, três pacotes e oito invólucros de *skank*, cuja propriedade foi inicialmente negada pelo réu. Ato contínuo, em entrevista pessoal do lado de fora do coletivo, ele empreendeu fuga, por mais de 300 metros, inclusive no meio do matagal, mas foi capturado. Em revista pessoal, localizaram com ele trezentos e sessenta reais e, novamente indagado, confessou informalmente que havia recebido a droga de um desconhecido, em Ponta Porã, para transportá-la até Presidente Prudente por dois mil reais (fls. 09/10). Em juízo, foi inquirido apenas o policial Marcelo, o qual forneceu harmônicos relatos. Durante a fiscalização ao ônibus, ao entrevistar o réu, percebeu certa inquietação de sua parte, pois ficava se levantando e sentando, demonstrando nervosismo. Além disso, ele

forneceu respostas desconexas sobre a viagem. Atrás da poltrona em que ele se sentava, havia uma mochila sem identificação. Convidaram o réu a desembarcar e, fora do coletivo, ele se evadiu, correndo em direção a uma vegetação. Perseguiram-no e o detiveram, ocasião em que ele confessou informalmente os fatos, dizendo que transportaria a mochila para um desconhecido, em troca de pagamento. Foi o depoente quem conversou com o réu dentro do coletivo, ao passo que o policial Alexandre foi quem desceu com ele do ônibus. Não se recorda do número da poltrona em que o réu se sentava, mas ele disse que havia pedido para trocar com outro passageiro. Questionou ao referido passageiro sobre o fato e ele confirmou que o réu havia pedido para trocar de lugar. Foi feita vistoria em relação aos demais passageiros e nada de ilícito foi encontrado. Nenhum outro passageiro fugiu do local (cf. mídia audiovisual).

Silente em solo policial (fl. 11), o acusado negou a prática do crime em juízo. Correu dos policiais porque possuía dívida de pensão alimentícia e eles haviam pegado sua identidade e iriam descobrir sobre o débito. Quando correu, ouviu um disparo de arma de fogo vindo de longe. Quando a abordagem policial começou, estava no banheiro e, ao sair, havia um rapaz desconhecido em sua poltrona, que propôs ao réu para que trocasse de lugar com ele, para que pudesse se sentar com um amigo. Assim, pegou sua bolsa e foi ao local indicado pelo outro passageiro. Colocou a bolsa nos pés e mostrou ao policial quando ele pediu, sendo que nada de ilícito havia ali. Posteriormente, foi encontrada outra bolsa atrás da poltrona, cujo conteúdo o policial verificou e, em seguida, foi indagar ao passageiro que antes ocupava o local. Após, o indagaram e, ao ser perguntado se possuía “passagem”, disse que devia pensão, momento em que ele disse que “se devia pensão tinha passagem” e que a bolsa, portanto, era sua. O policial Marcelo em nenhum momento estava próximo à abordagem e apenas apareceu depois, para pegar seu documento de identidade (cf. mídia audiovisual à fl. 193).

Ressalto que, em audiência de custódia, o acusado forneceu a mesma negativa (cf. mídia audiovisual à fl. 61).

Sendo estas as provas produzidas, **a absolvição é medida de rigor.**

Não consta nos autos que tenha sido

noticiada a prática de qualquer ato de mercância por parte dos policiais e tampouco de que tivesse qualquer notícia prévia quanto ao envolvimento do réu com a traficância. Trata-se, ademais, de indivíduo que não ostenta condenação anterior por crime de tráfico (fls. 42/45) e de cujo celular, apreendido nestes autos, não foi possível extrair dados telemáticos que pudessem, eventualmente, comprovar sua contratação para o transporte dos entorpecentes (fls. 210/217).

No mais, como já dito, a confissão informal é absolutamente imprestável para sustentar qualquer decreto condenatório, de modo que as únicas versões do acusado a serem consideradas foram aquelas fornecidas em juízo, tanto na ocasião de sua audiência de custódia quanto em audiência de instrução, debates e julgamento. Em ambas, o réu negou a prática do delito.

Portanto, os únicos elementos que restam para sustentar a condenação são a localização da mochila com as drogas atrás do banco em que se sentava o apelante e o fato de ter corrido dos policiais após a apreensão dos ilícitos.

Quanto à tentativa de fuga, para além de não estar diretamente relacionada ao delito, a justificativa fornecida pelo acusado em ambas as suas oitivas não é incoerente, pois de fato possui contra si ação civil referente ao descumprimento de acordo de alimentos, iniciada poucos cerca de três meses antes dos fatos (autos nº 0000164-10.2024.8.26.0491), não se podendo descartar a hipótese de que, enquanto pessoa leiga, temesse, diante dos policiais, pelas consequências do inadimplemento civil.

No que tange à localização do entorpecente, o fato de estarem em mochila atrás da poltrona em que se sentava o réu é forte indício da autoria delitiva, mas que não se converteu no juízo de certeza necessário para a condenação.

Com efeito, a mochila não estava propriamente em poder do réu quando de sua abordagem e os policiais alegaram que não possuía identificação. Entretanto, com ainda mais relevância, restou pacificado pela prova oral que **o acusado não se sentava na poltrona correspondente a seu bilhete.**

Assim sendo, se a troca de lugares

ocorreu para que, conforme a sentença (fl. 361), fosse dificultada a elucidação da autoria, não faria sentido algum que o acusado levasse consigo, para o novo lugar, a mochila cujo conteúdo seria justamente o motivo de sua incriminação.

No mais, enquanto os policiais alegaram que o titular do assento ocupado pelo réu disse ter efetuado a troca a pedido do apelante, o acusado, em ambas as suas oitivas, relatou que apenas atendeu ao pedido do outro passageiro.

A fim de elucidar tais fatos, seria pertinente buscar inquirir referido passageiro, cuja identificação veio à tona antes mesmo do fim da instrução (cf. fl. 254), entretanto, ignorando a possibilidade conferida pelos artigos 209 e 402 do Código de Processo Penal, o magistrado de piso indeferiu o pedido defensivo para localização e intimação de referidas pessoas (fls. 270/272). Tal fato consiste na perda de uma chance de produção de prova com grande potencial elucidativo.

Segundo a teoria da perda de uma chance, quando o Estado deixa de produzir provas que estavam em seu alcance (como é o caso da elaboração de perícia no aparelho telefônico apreendido), instaura-se dúvida razoável sobre a narrativa acusatória, eis que o conteúdo da prova poderia desacreditar a versão ministerial e confirmar aquela defensiva. Em tais casos, deve vigorar o princípio constitucional de presunção de inocência, conforme admite o col. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Além das sérias inconsistências e das indevidas interferências no procedimento de reconhecimento, **houve grave falha na persecução penal, relativamente à produção de provas**. De fato, os crimes teriam sido praticados no interior de um ônibus e a própria denúncia indica que haveria outros passageiros no referido veículo no momento dos fatos, todos eles, in casu, potenciais testemunhas da ação delitiva. No entanto, nenhum dos referidos passageiros, à exceção da ofendida, foi ouvido, seja em juízo ou em solo policial. Ainda, durante a investigação preliminar, a autoridade policial requisitou à empresa responsável pelo ônibus em que praticados os crimes informações sobre a existência de imagens do momento da conduta. A referida empresa indicou não notar "nenhuma ação anormal em nenhum dos 12

coletivos" no interregno de tempo mencionado pela autoridade, e se **prontificou a enviar os arquivos contendo as imagens para os órgãos estatais competentes, os quais, contudo, se mantiveram inertes e não solicitaram o traslado das imagens ao caderno probatório**, o que chama a atenção, pois, em um contexto de fragilidade probatória, o depoimento dos demais passageiros do veículo coletivo e a filmagem do circuito interno de monitoramento do ônibus onde foi praticado o crime poderiam pôr a termo esse cenário de incerteza, comprovando a tese acusatória ou até mesmo atestando a inocência do Acusado.

3. **Aplica-se, ao caso, a teoria da perda de uma chance probatória, a qual dispõe que "o Estado não pode perder a oportunidade de produzir provas contra o acusado, tirando-lhe a chance de um resultado pautado na (in)certeza. Todas as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, já que a vida e a liberdade do sujeito estão em jogo"** (ROSA, Alexandre Morais da. RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. In Revista Brasileira de Direito. v. 13, n. 3, dez. 2017, p. 464; sem grifos no original. Disponível em: <<https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095/1483>>).

4. **Apesar de os fatos serem gravíssimos e ser dever do Estado não incorrer em proteção insuficiente aos bens jurídicos merecedores de tutela penal, essa obrigação não pode ser cumprida da maneira mais cômoda, com a prolação de condenações baseadas em prova frágil, mormente quando possível a produção de elemento probatório que, potencialmente, possa resolver adequadamente o caso penal. É de se concluir, portanto, que a prova produzida não pode lastrear, por si só, o decreto condenatório, impondo-se a absolvição do Paciente.** De fato, em razão da grave falha instrutória, a condenação foi amparada tão somente no reconhecimento fotográfico realizado com a interferência direta de agentes estatais e no depoimento da vítima prestado em juízo que apresentou inconsistências substanciais na descrição do sujeito. Não foram ouvidas outras testemunhas, não houve confissão por parte do Réu e a res furtiva não foi apreendida em seu poder.

5. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(HC n. 706.365/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/5/2023 – grifos nossos.)

Portanto, não havendo elementos que permitam excluir a possibilidade de que os entorpecentes pertencessem a outro passageiro que também se encontrava no ônibus averiguado, a incerteza deve ser solucionada em favor do apelante, conforme o brocardo *in dubio pro reo*.

Por votação unânime, **REJEITARAM A PRELIMINAR e DERAM PROVIMENTO** ao recurso a fim de absolver o réu da acusação que se lhe fez, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado.

Amable Lopez Soto
relator