



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000396773

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501499-66.2025.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL ANATOLIO DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente) E MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.404.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1501499-66.2025.8.26.0228.

ORIGEM: Foro Central Criminal Barra Funda - 18ª Vara Criminal.

MAGISTRADO: DR. MARCELLO OVÍDIO LOPES GUIMARÃES.

APELANTE: RAFAEL ANATOLIO DE OLIVEIRA.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Preliminar de nulidade da busca pessoal não verificada. Réu que foi encontrado em local conhecido como ponto de tráfico, portando sacola com entorpecentes em atitude suspeita, tal que autorizava a busca pessoal. Pleito de nulidade por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria sobejamente demonstradas. Relato firme e coerente dos policiais, os quais possuem idoneidade em suas palavras. Condenação incensurável. Penas favoráveis ao réu. Não considerada a quantidade e natureza das drogas na primeira fase, o que seria de rigor. Atenuante da confissão que não pode ser reconhecida, réu silente na fase policial, além de ter negado a imputação em sede judicial. Regime inicial fechado adequado ao réu reincidente e portador de maus antecedentes. Custódia necessária para a manutenção da ordem pública. Afasta a preliminar, no mérito, negado o provimento ao recurso.

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença de fls. 135/137, a qual condenou o réu **RAFAEL ANATÓLIO DE OLIVEIRA**, como incurso no artigo 33, caput, da lei nº 11.343/06, a cumprir a pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime inicial fechado.**

Irresignada, a Defesa interpõe recurso (fls. 142/153), pleiteando, em sede preliminar, a nulidade da busca pessoal e, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a pena-base no mínimo legal, reconhecimento da atenuante da confissão, além da fixação de regime inicial mais brando.

Por sua vez, o Ministério Público, em suas contrarrazões (fls. 174/178), pugna pelo desprovimento do recurso, posicionamento este que encontra eco no parecer exarado pela Douta Procuradoria de Justiça (fls. 196/200), igualmente favorável ao improvimento recursal.

Ressalte-se que não houve oposição expressa das partes quanto à submissão do feito ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Preliminarmente, a Defesa sustenta a nulidade das provas obtidas no momento da prisão em flagrante do acusado, em razão da ilegalidade da busca pessoal. Sem razão, entretanto.

É consolidado o entendimento de que a busca pessoal somente se legitima diante de **fundada suspeita**, nos termos da jurisprudência pacífica. No caso em apreço, os policiais, durante diligência, em local já amplamente conhecido pelo tráfico de drogas, entraram na comunidade “Cruzeirinho” e avistaram o réu com uma sacola preta nas mãos. As circunstâncias do local e o comportamento do acusado gerou suspeita, o que motivou, acertadamente, sua abordagem.

Isso porque, o comportamento do réu, aliado com a circunstâncias do local, constitui **elemento suficiente para configurar a fundada suspeita**, legitimando, assim, a realização da busca pessoal pelos policiais.

Nesse aspecto, pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. ATUAÇÃO POLICIAL REGULAR. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, não se admite a impetração de habeas corpus como sucedâneo de recurso próprio, salvo em hipóteses de flagrante ilegalidade.

2. A busca pessoal realizada pelos agentes de segurança pública foi devidamente justificada pela existência de fundada suspeita, consubstanciada na abordagem do agravante em local conhecido pelo tráfico de drogas e na identificação de volume significativo em sua cintura, circunstâncias que ensejaram diligência legítima, posteriormente confirmada pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes.

3. O afastamento do redutor do tráfico privilegiado previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 foi devidamente fundamentado pelo Tribunal de origem, considerando-se os antecedentes do agravante, que registrava atos infracionais por infrações equiparadas ao tráfico de drogas, demonstrando envolvimento contínuo com a prática delitiva.

4. A decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que admite a utilização de atos infracionais anteriores como elemento idôneo para afastar a incidência da causa de diminuição de pena, desde que demonstrada a dedicação do réu à atividade criminosa.

Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 979.080/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/3/2025, DJEN de 28/3/2025.)

No mesmo sentido, por esta C. 5ª Câmara Criminal:

Apelação. Tráfico de drogas. Art. 33, "caput", da Lei 11.343/06. Nulidade das provas obtidas não verificada. Validade da busca pessoal - Fundada suspeita verificada pela mudança de comportamento da pessoa ao avistar os policiais - Conhecido ponto de tráfico. Preliminar afastada. Absolvição por insuficiência probatória inviável. Materialidade e autoria suficientemente comprovadas. Idoneidade do depoimento policial. Desclassificação para tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas incabível. Circunstâncias da prisão a indicar a traficância. Dosimetria. Aumento da pena base de acordo com as vetoriais verificadas e consideradas. Fração moderada de elevação da intermediária, em se tratando de recidiva específica. Ne reformatio in pejus. De outro lado, corretamente não aplicado o redutor previsto no § 4º da Lei 11.346/06 em face da reincidência específica. Pena de multa fixada de acordo com os critérios adotados para pena corporal. Eventual impossibilidade de pagamento deve ser apreciado pelo juízo da execução. Regime inicial fechado como o único cabível ao caso. Custódia necessária para o resguardo da ordem pública. Competência originária para a análise de eventual progressão de regime a cargo da Vara das Execuções Criminais. Afastada a preliminar, no mérito, negado provimento ao apelo.

(TJSP; Apelação Criminal 1500280-50.2024.8.26.0552; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Leme - Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/02/2025; Data de Registro: 19/02/2025).

Ademais, a **fundada suspeita** que ensejou a abordagem policial mostrou-se **plenamente legitimada no instante em que os agentes de segurança pública lograram êxito em apreender expressiva quantidade de**

substâncias entorpecentes no interior da sacola que o réu trazia consigo.

No ponto, pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame¹. Agravo regimental interposto contra decisão que considerou válida a busca pessoal e veicular realizada por policiais, justificada pela observação de comportamento suspeito do acusado, que estava em um veículo com som alto e fez sinal de dinheiro para um conhecido usuário de drogas, que entrou no veículo antes da chegada da viatura.

2. Decisões anteriores confirmaram a legalidade da busca e apreensão, com base no art. 244 do Código de Processo Penal, considerando a fundada suspeita.

II. Questão em discussão³. A questão em discussão consiste em saber se a busca pessoal e veicular realizada sem mandado judicial foi justificada por fundada suspeita, conforme o art. 244 do CPP.

III. Razões de decidir⁴. A abordagem foi justificada por gesto suspeito do acusado, observado por policial, indicando possível tráfico de drogas.

5. A busca resultou na apreensão de drogas e outros elementos que corroboraram a suspeita inicial, configurando justa causa para a ação policial.

6. A análise dos fatos e provas pelas instâncias antecedentes confirmou a justa causa para a ação policial, não cabendo reexame em recurso especial, diante da incidência da Súmula 7/STJ.

IV. Dispositivo e tese⁷. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A busca pessoal e veicular sem mandado é válida quando há fundada suspeita, conforme art. 244 do CPP, corroborada por elementos concretos observados pelos agentes estatais. 2. A análise de justa causa para busca foi justificada pelas provas colhidas durante a instrução, não cabendo o reexame em recurso especial, diante da incidência da Súmula 7/STJ".

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 244. **Jurisprudência relevante citada:** STF, AgRg no ARE 1.458.795, Min. Alexandre de Moraes, DJe

de 28/2/2024; STJ, HC n. 774.140/SP, Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 28/10/2022; STJ, AgRg no HC n. 891.076/MG, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/5/2024, STJ, AgRg no HC n. 883.286/SE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 19/6/2024.

(AgRg no REsp n. 2.155.724/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/11/2024, DJe de 7/11/2024).

Desse modo, não há qualquer ilegalidade na busca pessoal realizada.

Rechaçada a preliminar, passemos à análise do mérito.

Narra a denúncia (fls. 01/03) que: “no dia 14 de janeiro de 2025, por volta das 13 horas, na Rua João Veloso de Oliveira, altura do numeral 127, São Domingos, nesta cidade e Comarca da Capital/SP, RAFAEL ANATOLIO DE OLIVEIRA, qualificado a fls. 14 dos autos, trazia consigo e guardava, para entrega e comercialização a terceiros pessoas, drogas, consistentes em 105 porções de Cannabis Sativa L prensada, contendo TETRAHIDROCANNABINOL (THC), vulgarmente conhecido por maconha, com massa líquida de 69,1g (sessenta e nove gramas e dez decigramas), 233 porções de cocaína, com massa líquida de 50,3g (cinquenta gramas e trinta decigramas), bem como 10 porções de crack, com massa líquida de 1,2g (um grama e vinte decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 10 e laudo de constatação de fls. 20/23.”

Apurou-se que, na data dos fatos, policiais civis, em diligência

vinculada a investigação prévia, deslocaram-se em viatura descaracterizada até a Comunidade Cruzeirinho, local notoriamente associado ao tráfico de drogas. Após breve vigilância, **identificaram Rafael em área comumente utilizada para a comercialização de entorpecentes, portando uma sacola preta. Diante da fundada suspeita, procederam à abordagem.**

Durante a busca pessoal, foram localizadas, no interior da sacola, **105 (cento e cinco) porções de maconha, 233 (duzentos e trinta e três) de cocaína e 10 (dez) de crack**, todas embaladas de modo compatível com a prática do tráfico.

Rafael foi preso em flagrante e conduzido à Delegacia de Polícia, onde, ao ser interrogado, exerceu seu direito ao silêncio. As circunstâncias do flagrante apontaram a destinação mercantil dos entorpecentes.

A materialidade restou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 04; boletim de ocorrência de fls. 09/12; auto de exibição e apreensão de fls. 13; exame químico-toxicológico preliminar de fls. 23/26; exame químico-toxicológico definitivo de fls. 132/134.

A autoria é indubitosa e recai sobre o réu.

Em juízo, **o réu negou a prática do tráfico de drogas**. Alegou que não portava entorpecentes no momento da abordagem e afirmou que os policiais apresentaram os ilícitos somente após a dispersão de indivíduos que correram ao avistá-los. Segundo sua versão, os agentes teriam retornado de uma viela com os entorpecentes e, após indagarem sobre eventuais antecedentes, o acusaram.

Sua versão, entretanto, resta divorciada dos autos.

Paulo Bezerra dos Santos, também policial militar, corroborou o relato anterior, informando que, na data dos fatos, encontrava-se em diligência na comunidade conhecida como "Cruzeirinho", onde já havia efetuado outras prisões por tráfico de drogas. **Ao visualizarem o acusado na entrada de uma viela, segurando uma sacola preta, entenderam haver elementos suficientes para a abordagem. Nada de ilícito foi localizado em sua posse direta, contudo, no interior da sacola, foram encontradas aproximadamente trezentas porções de entorpecentes**, acondicionadas individualmente. Narrou, ainda, que o réu, de maneira informal, teria admitido que aquele seria seu primeiro dia na prática do comércio ilícito de drogas.

No mesmo sentido, **Eliel dos Santos Nascimento**, policial militar, declarou que o local onde ocorreram os fatos era notoriamente conhecido pela habitualidade do tráfico de entorpecentes. No exercício de diligência policial, avistou o acusado na entrada de uma viela, portando uma sacola, circunstância que lhe despertou fundada suspeita. **Procedida a abordagem, localizaram-se, no interior da referida sacola, diversas porções de substâncias entorpecentes**. Segundo o depoente, o réu, de forma informal, teria assumido a posse dos ilícitos, afirmando tratar-se de seu primeiro envolvimento com o tráfico. Ressaltou ainda não ter conhecimento prévio da identidade do acusado.

Consolida-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que os depoimentos prestados por policiais em juízo, sob o crivo do contraditório e com o compromisso legal da verdade, **possuem plena aptidão probatória, ressalvada a existência de elementos objetivos que possam demonstrar eventual parcialidade ou inveracidade**. Ademais,

impende destacar que as declarações dos agentes de segurança pública encontram-se **em harmonia com os demais elementos probatórios constantes dos autos**, conferindo robustez à comprovação tanto da materialidade quanto da autoria do delito.

No ponto:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EVIDENCIAM A DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RÉU REINCENTE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. In casu, as instâncias ordinárias consideraram que o acervo probatório é firme para subsidiar a condenação do agravante pelo delito de tráfico de drogas e associação ao tráfico, especialmente a partir da prova oral produzida e investigação prévia na Delegacia de Polícia, o que culminou com a expedição de mandado de busca e apreensão na residência do réu, onde foram apreendidas as drogas.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "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" (AgRg no HC n. 672.359/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe 28/6/2021).

3. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de sorte a absolver o agravante pelo delito de tráfico de drogas e associação ao tráfico, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, conforme o disposto na Súmula n. 7/STJ.

Precedentes.

4. A instância de origem indeferiu a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base em dados concretos que evidenciavam a dedicação do agravante às atividades criminosas. Além disso, o agravante possui maus antecedentes e é reincidente, o que afasta a aplicação da causa de diminuição de pena.

5 . Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 833.004/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/12/2024, DJEN de 23/12/2024).

Outrossim, não se vislumbra qualquer indicativo de parcialidade na conduta dos policiais responsáveis pela diligência, tampouco há nos autos elementos que sugiram a ocorrência de imputação criminosa inverídica ao acusado ou a utilização de meios coercitivos que comprometam a voluntariedade de suas declarações.

Pois bem.

A Defesa pugna pela absolvição do acusado, amparando-se na alegada insuficiência probatória —**pretensão, todavia, destituída de amparo fático e jurídico.**

Cumprе destacar que o artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, **estabelece de forma abrangente o tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes**, contemplando não apenas a comercialização direta de substâncias proscritas, mas também **uma série de outras condutas que integram a cadeia do tráfico**, tais como importar, exportar, oferecer, transportar, guardar, ter em depósito, entre outras.

Trata-se, portanto, de **tipo penal de múltiplas condutas, cuja**

configuração prescinde da concretização da venda da droga, bastando, para sua consumação, a prática de qualquer das ações descritas no dispositivo legal.

Assim, a efetiva transação comercial — embora frequentemente presente — **não constitui elemento indispensável para a caracterização do crime**, sendo suficiente, por exemplo, o simples ato de transportar ou manter sob sua guarda a substância ilícita com finalidade de tráfico.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, *mutatis mutandis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO É MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESTABILIDADE DA PROVA. PRECEDENTES. COTEJO COM AS DEMAIS PROVAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS ROBUSTAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

4. Por fim, com relação a alegação de inexistência de prova da traficância, com pedido subsidiário de desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas, também não assiste razão à defesa. Primeiro, porque as instâncias anteriores concluíram que o conjunto probatório evidenciou a ocorrência do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como que a droga era destinada à venda, dadas as circunstâncias, e desconstituir tal conclusão demandaria uma reanálise das provas do processo, inviável em sede de recurso especial. Segundo, porque foram apreendidos 35,40g de cocaína, quantidade bastante relevante, que estavam acondicionados em “sacolés”. Terceiro, porque

para a configuração do tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 basta que o agente pratique qualquer dos verbos ali descritos, não precisando ficar comprovada necessariamente a mercancia da substância. Ou seja, ainda que não estivesse demonstrado o destino comercial da droga, a tipificação pelo art. 33 poderia, por exemplo, ocorrer pelo fato de “trazer consigo” ou “ter em depósito”. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.703.590/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 23/12/2024).

In casu, o réu foi surpreendido pelos policiais em **local amplamente reconhecido como ponto habitual de comercialização ilícita de substâncias entorpecentes**, estando de posse de expressiva quantidade de drogas, já fracionadas e aptas à mercancia.

Conforme o auto de exibição e apreensão de fls. 13 e laudo pericial acostado às fls. 23/26, foram apreendidos: **105 (cento e cinco) porções de maconha**, com massa líquida de 69,1g (sessenta e nove gramas e dez decigramas), **233 (duzentos e trinta e três) porções de cocaína**, com massa líquida de 50,3g (cinquenta gramas e trinta decigramas), bem como **10 (dez) porções de crack**, com massa líquida de 1,2g (um grama e vinte decigramas). **Totalizando a expressiva quantidade de 348 (trezentos e quarenta e oito) porções de entorpecentes.**

Ademais, a versão exculpatória apresentada pelo réu revela-se inverossímil e destituída de elementos que lhe confirmem credibilidade. Em sentido oposto, os relatos dos policiais militares se mostraram harmônicos, firmes e coerentes entre si, descrevendo de maneira clara a abordagem realizada em local reconhecidamente associado à prática do tráfico de drogas. **Não há nos autos qualquer indício capaz de abalar a veracidade das**

declarações prestadas pelos agentes públicos, que afirmaram, com segurança, ter encontrado o réu na posse de uma sacola contendo expressiva quantidade de entorpecentes.

A quantidade, a forma de acondicionamento e o contexto em que se deu a apreensão reforçam o enquadramento da conduta no tipo penal previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06

Diante desse contexto, a manutenção da **condenação do réu nos termos da r. sentença da origem, é medida necessária e justa.**

Passemos à análise da pena.

Na primeira fase da dosimetria, ao fixar a pena-base pelo crime de tráfico de drogas, o Juízo considerou as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Em razão dos maus antecedentes do réu, a reprimenda foi exasperada em 1/6, resultando na pena-base de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

Ressalte-se que a pena aplicada ao réu se **mostrou sobremaneira favorável**, notadamente porque não se atribuiu valoração negativa à natureza e à expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos, **em manifesta inobservância ao disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06** — dispositivo de aplicação obrigatória e dotado de caráter preponderante na fixação da pena-base nos delitos de tráfico de drogas.

Dessa forma, não apenas era possível, **como também juridicamente recomendável, que a pena-base fosse fixada acima do mínimo legal**, diante da gravidade concreta da infração penal. A ausência de tal valoração configura **indulgência incompatível com a política criminal delineada pela Lei de Drogas**, especialmente no que tange à repressão efetiva ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

Nesse sentido, pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PENA-BASE, REDUÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Tribunal a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu que, do caderno instrutório, emergiram elementos suficientemente idôneos de prova, colhidos nas fases inquisitorial e judicial, aptos a condenar o acusado pelo delito de tráfico. Assim, rever os fundamentos utilizados pela Corte de origem, para concluir pela desclassificação do crime para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. Em relação à pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus.

3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do

Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. No presente caso, a quantidade total do entorpecente apreendido (78 porções totalizando 9g de crack) não justifica a majoração da pena-base, apesar de sua natureza altamente deletéria, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.

4. Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial. Concedido habeas corpus de ofício para reduzir a pena-base.

(AREsp n. 2.800.217/RO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/3/2025, DJEN de 26/3/2025).

No mesmo sentido por esta E. 5ª Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE DROGAS – Materialidade e autorias evidenciados – Abordagem válida – Atitude suspeita presente, consistente em ocultar o entorpecente com posterior fuga (tentativa) ao avistar a viatura policial – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – "Confissão informal" corroborada pelo arcabouço probatório, utilizados como "argumento de convicção" – "Delação" caracterizada – Policiais que abordaram apenas o corréu, após o relato de Gabriel, portando drogas semelhantes – Notório ponto de tráfico – Abordagens próximas (mesma rua) – Incoerências das versões dos acusados - Condenação como medida certa – Perniciosidade das drogas em razão da natureza não observada na origem, favorecendo a ambos - Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06 – Ausência de exasperação – Conclusão mantida, forte no "ne reformatio in pejus" - Dupla reincidência, inclusive com específica, que impediria a integral compensação com a confissão – Ausência de modificação, também ante inexistência de impugnação Ministerial – Agravante citada que também serve, como pressuposto vedatório para obstar o "tráfico-privilegiado" – Ausência de bis idem, já que utilizado em fase diversa e em contraposição à primariedade – Regime inicial fechado proporcional e necessário – Inaplicabilidade da Súmula nº 269 do STJ - Prisão preventiva

mantida, visando o acautelamento da ordem pública, com escopo nas reincidências específicas em detrimento de ambos os envolvidos – Medidas cautelares insuficientes – Nada por ser modificado no presente caso - Recursos desprovidos. (TJSP; Apelação Criminal 1500878-57.2024.8.26.0599; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/02/2025; Data de Registro: 28/02/2025).

Importa sublinhar que o réu foi surpreendido na posse de mais de **370 (trezentas e setenta)** porções de substâncias entorpecentes, das quais **243 (duzentas e quarenta e três)** correspondiam a drogas de elevado potencial lesivo à saúde pública, a saber, **crack e cocaína**, circunstância que, por si só, justificaria a exasperação da reprimenda, diante da gravidade concreta do fato.

Além disso, a exasperação pelos maus antecedentes **também se mostrou benéfica**. Frise-se que, em consulta às fls. 104/114, o réu é contumaz, possuindo **4 condenações** que podem ser consideradas como maus antecedentes (autos nº: 0003490-87.2008.8.26.0248, 0006178-90.2006.8.26.0248, 0014589-88.2007.8.26.0248, 0014880-25.2006.8.26.0248).

Diante desse contexto, a exasperação da pena-base **poderia ter sido significativamente maior, em razão da pluralidade de registros condenatórios e da gravidade concreta dos antecedentes**, os quais demonstram que o réu não apenas voltou a delinquir, como o fez de forma reiterada, sem qualquer sinal de ressocialização. Assim, a resposta penal aplicada, ao limitar-se a um acréscimo moderado em decorrência dos antecedentes, **mostra-se, sob certo aspecto, até indulgente, diante da**

reprovabilidade social de sua conduta e da reincidência delitiva como padrão comportamental.

Entretanto, ausente qualquer insurgência do Legitimado e forte o *ne reformatio in pejus*, mantém o já fixado.

Na segunda fase, **reconheceu-se a reincidência**, mas o Juízo optou por não agravar a pena por esse fundamento, alegando que a condição reincidente já havia sido utilizada para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, destinada a réus primários e de bons antecedentes.

Entretanto, *data vênia*, **não haveria incidência de *bis in idem*** na valoração desta agravante, vez que há elementos suficientes, além da reincidência, para afastar a incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Ademais, presentes dois processos que poderiam ser utilizados como reincidência 0012037-05.2013.8.26.0196, 0000213-49.2013.8.26.0196, uma vez que ambos ainda estão em cumprimento de pena definitiva cf. processo de execução de nº 7002123-04.2010.8.26.0032. Dessa forma, **novamente benéfica a não valoração desta agravante.**

Ademais, insurgiu-se a Defesa pelo reconhecimento da atenuante da confissão nesta fase, entretanto, sem razão a Defesa.

O réu manteve-se silente em sede policial (fls. 7) e em juízo negou serem dele os entorpecentes. Desse modo, não há qualquer chance de acolher o pedido da Defesa. Conforme entendimento desta E. 5ª Câmara de Direito Criminal, ter o acusado confessado informalmente para os policiais não enseja em reconhecimento da atenuante da confissão, *in verbis*:

Apelação. Tráfico de drogas. Art. 33, "caput", da Lei 11.343/06. Absolvição com base na ilicitude das provas obtidas. Impossibilidade. Validade da busca pessoal. Mudança de comportamento ao avistar os policiais, demonstrando excessivo nervosismo. Fundada suspeita - Precedentes - Preliminar afastada Absolvição por insuficiência probatória inviável. Materialidade e autoria suficientemente comprovadas. Idoneidade do depoimento dos policiais. Desclassificação para o tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.346/06, inviável ante a comprovação da traficância. Dosimetria. Fração da exasperação pela recidiva específica benéfica ao réu. Ne reformatio in pejus. Impossibilidade de reconhecimento da confissão informal, feita aos policiais militares, como atenuante da pena. Regime inicial fechado como o único cabível ao caso telado nestes autos. Custódia necessária para o resguardo da ordem pública. Competência originária para a análise de eventual progressão de regime a cargo da Vara das Execuções Criminais. Afastada a preliminar, no mérito. negado provimento ao apelo. (TJSP; Apelação Criminal 1500966-13.2024.8.26.0594; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/02/2025; Data de Registro: 20/02/2025).

Na terceira fase da dosimetria da pena, não se identificaram causas legais de aumento ou de diminuição da reprimenda. Cumpre destacar, por oportuno, que o acusado não faz jus à incidência da causa especial de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista não preencher os requisitos legais exigidos para sua concessão.

Em especial, observa-se que o réu **não ostenta a condição de primariedade**, o que, por si só, inviabiliza a aplicação do redutor, que exige, cumulativamente, a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e a inexistência de integração em organização criminosa. Trata-se de benefício de natureza excepcional, reservado àquele agente que, de maneira clara, demonstra circunstâncias pessoais favoráveis — o que, manifestamente, não se verifica na hipótese dos autos.

Desta forma, restou a pena definitivamente fixada em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**.

No que se refere à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, embora tenha a Defesa pleiteado a adoção de modalidade mais branda, mostra-se impositiva a determinação do **regime fechado**, em consonância com os elementos concretos dos autos.

Apesar do quantum de pena aplicado não ultrapassar oito anos, o réu ostenta **maus antecedentes** e é **reincidente**, circunstâncias que autorizam, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “b”, do Código Penal, a fixação do regime mais gravoso. Ademais, conforme se verifica da certidão de antecedentes (fls. 104/114), o réu encontrava-se, à época dos fatos, **em cumprimento de pena em regime aberto**, decorrente de condenações anteriores (processo de execução n.º 7002123-04.2010.8.26.0032), o que evidencia sua persistência na prática delitiva e o descumprimento reiterado das oportunidades de reinserção social que lhe foram concedidas.

Tal conjuntura reforça a inadequação de regimes menos severos, que já se demonstraram ineficazes para alcançar os fins preventivos e ressocializadores da pena. Assim, diante da personalidade voltada à reiteração criminosa e do histórico de descumprimento de sanções penais anteriores, impõe-se a fixação do **regime fechado como o único compatível com a gravidade concreta da conduta e com a finalidade da sanção penal.**

Tudo conforme entendimento consolidado do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE PROVAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CORRÉUS OUVIDOS COMO TESTEMUNHAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Os temas suscitados no remédio constitucional - violação de domicílio e oitiva de corréus como testemunhas - não foram debatidos pelas instâncias estaduais. Assim, fica impossibilitada a manifestação deste Sodalício, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de configuração do chamado habeas corpus per saltum, a ensejar verdadeira supressão de instância e violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Casa, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior

aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. Ainda, "mostra-se devida a fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstradas, de forma concreta, as razões pelas quais foram consideradas desfavoráveis à paciente as circunstâncias e as consequências do delito." (HC n. 190.933/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2012, DJe 21/3/2012).

4. No caso, o aumento pela culpabilidade está devidamente justificado no fato de o agravante ostentar a condição de comandante do ato criminoso, a evidenciar que, no ponto em que necessário, foi devidamente individualizada a conduta.

5. Ademais, quanto às circunstâncias do delito, ao citar como motivos para desfavorecer esse vetorial, as instâncias ordinárias, que a prática do crime se deu por meio da introdução de cápsulas de drogas no organismo de terceiros, expondo-os a risco, foram descritas as particularidades em que perpetrado o delito e a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada, parecendo-me, portanto, suficientemente fundamentado o aumento operado na origem.

6. No que toca aos antecedentes, esta Corte Superior entende majoritariamente que condenações pretéritas cuja extinção da pena tenha ocorrido mais de 10 anos anteriormente à prática do delito superveniente não podem ser utilizadas para fins de valoração negativa dos maus antecedentes.

7. Na hipótese, a condenação utilizada para o reconhecimento dos maus antecedentes do agente teve sua punibilidade extinta em intervalo inferior a 10 anos em relação à prática do crime ora imputado ao réu, de modo que não há ilegalidade no desabono do vetor dos antecedentes.

8. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador, ao fixar o regime prisional, deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). No caso concreto, o quantitativo de pena, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, autorizam a manutenção do agravante no regime mais gravoso.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 878.628/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/3/2025, DJEN de 11/3/2025).

A manutenção da custódia cautelar revela-se **indispensável** diante da **gravidade concreta das condutas atribuídas ao réu**, evidenciada ao longo dos autos. No caso em apreço, **não se trata de mera presunção abstrata de periculosidade**, mas de circunstâncias objetivas que denotam seu descompromisso com a legalidade e a ordem pública.

Além de reincidente e possuidor de antecedentes criminais, o réu **foi flagrado na posse de significativa quantidade de entorpecentes**, individualmente fracionados e prontos para comercialização, circunstância que reforça a natureza mercantil da atividade ilícita. Ademais, **encontrava-se em cumprimento de pena em regime aberto, evidenciando a ineficácia das medidas judiciais anteriormente impostas e seu desrespeito às normas penais**.

Diante desse cenário, **a custódia cautelar não apenas se justifica, mas se impõe como medida essencial** para a garantia da ordem pública e a prevenção da reiteração delitiva, resguardando, assim, a segurança da coletividade.

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão que denegou habeas corpus

impetrado em favor do Agravante, cuja prisão preventiva foi decretada pela suposta prática do delito de tráfico de drogas.

2. A decisão agravada fundamentou a prisão preventiva em dados concretos, como a quantidade e a natureza da droga apreendida (três tijolos de cocaína, pesando 1015g), evidenciando a necessidade de encarceramento provisório para garantia da ordem pública.

II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em saber se a prisão preventiva do Agravante está devidamente fundamentada e se há elementos que justifiquem a sua manutenção, afastando a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

III. Razões de decidir 4. A prisão preventiva foi considerada devidamente fundamentada em elementos concretos que indicam a gravidade da conduta e a periculosidade do agente, justificando a necessidade de segregação cautelar.

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida são fundamentos idôneos para a decretação da prisão preventiva, conforme precedentes jurisprudenciais.

6. Condições pessoais favoráveis, como ocupação lícita e residência fixa, não são suficientes para revogar a prisão preventiva quando há elementos que recomendam a manutenção da custódia cautelar.

IV. Dispositivo e tese 7. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A prisão preventiva pode ser mantida quando fundamentada em elementos concretos que indicam a gravidade da conduta e a periculosidade do agente. 2. A quantidade e a natureza da droga apreendida são fundamentos idôneos para a decretação da prisão preventiva. 3. Condições pessoais favoráveis não são suficientes para revogar a prisão preventiva quando há elementos que recomendam a manutenção da custódia cautelar".

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 312. Jurisprudência relevante citada: STF, HC 93.498/MS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 18.10.2012; STJ, AgRg no HC 751.585/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 30.09.2022.

(AgRg no HC n. 961.057/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 24/2/2025).

Além disso, a aplicação da **detração penal** é matéria a ser analisada na **fase de execução da pena**, nos termos do artigo 66, inciso III, alínea "c", da Lei de Execução Penal, razão pela qual não cabe sua apreciação neste momento processual.

Por fim, considerando que todas as teses suscitadas foram examinadas, **restam os pontos controvertidos prequestionados**.

Ante o exposto, pelo meu voto, **AFASTA-SE a preliminar e, no mérito, NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo defensivo, subsistindo a r. sentença guerreada em seus termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

RELATOR