



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000397418

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501129-52.2023.8.26.0618, da Comarca de Taubaté, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado KAWAN PEREIRA VICTOR BRAGA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao recurso ministerial para condenar o réu KAWAN PEREIRA VICTOR BRAGA SANTOS como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9707

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1501129-52.2023.8.26.0618

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Kawan Pereira Victor Braga Santos Comarca: Taubaté

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Sentença absolutória. Recurso Ministerial. Nulidade das provas encartadas aos autos por força da teoria dos frutos da árvore envenenada. Ofensa à inviolabilidade de domicílio não demonstrada. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade do relato dos policiais. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Condenação do réu que se impõe. Dosimetria. Necessário o recrudesimento da pena-base em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas. Inteligência do artigo 42 da Lei de Drogas. Inaplicável o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Elementos concretos que demonstram a dedicação do réu às atividades criminosas. Necessária a fixação de regime fechado para o início de cumprimento da pena. Recurso Ministerial provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 195/203) que julgou improcedente o pedido acusatório e absolveu Kawan Pereira Victor Braga Santos da imputação prevista no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

O Órgão Ministerial, em suas razões recursais (fls. 220/232), pugnou pela condenação do réu Kawan Pereira Victor Braga Santos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, nos exatos termos da denúncia.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 239/244), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **provimento** do recurso Ministerial (fls. 406/410).

É o relatório.

Consta dos autos que KAWAN PEREIRA VICTOR BRAGA SANTOS foi processado como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, em 08 de junho de 2023, por volta das 20h, na Rua São Caetano, 270, Campos Elíseos, no Município e Comarca de Taubaté, tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, 36 porções de crack, pesando 8,12g, e 49 invólucros contendo cocaína, de peso líquido de 19,68g, conforme auto de constatação provisório de fls. 12/14 e exame químico-toxicológico a ser oportunamente juntado, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado “(...) o denunciado, visando à obtenção de lucro, ingressou na posse de drogas. Chegou a vender certa quantidade, vindo a arrecadar a quantia de R\$ 447,00.

Na data dos fatos, Kawan se encontrava na porta de sua moradia, sediada no local acima, quando foi surpreendido por policiais militares, que haviam recebido a informação de que naquela casa haveria tráfico de drogas. Ao chegar ao local, os policiais visualizaram o denunciado na porta e optaram por abordá-lo. Em revista pessoal, os policiais apreenderam o dinheiro arrecadado. Indagado, Kawan afirmou que não cometia ilícitos, vindo a franquear a entrada dos policiais em sua casa. No interior do imóvel, porém, os policiais encontraram as drogas apreendidas. Neste momento, o indiciado admitiu a prática do tráfico, o que vinha fazendo havia aproximadamente um mês. Assim, foi ele preso em flagrante delito.

Tendo em vista a variedade e quantidade de droga apreendida, além de relevante quantia em dinheiro, verifica-se que elas se destinavam ao tráfico ilícito. (...).”

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença que absolveu o réu Kawan Pereira Victor Braga Santos com fulcro artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, contra a qual se insurge o Órgão Ministerial, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem. Com a devida vênia do ilustre magistrado sentenciante, razão assiste ao órgão ministerial, pois, não se impunha a absolvição do acusado.

No presente caso, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas

por afronta ao direito a inviolabilidade do domicílio.

Os policiais diligenciaram no lugar dos fatos após receberem denúncia de populares que indicaram a prática do tráfico de drogas e ao chegarem no local dos fatos avistaram o réu com a quantia de R\$447,00.

Ademais, verifica-se, pelas imagens gravadas através da “*body cam*” de um dos policiais (fls. 159), que não houve resistência por parte do réu à diligência policial, sendo certo que, logo após a entrada dos agentes de segurança, o réu apontou o local onde as drogas estavam escondidas .

Assim a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência não recomendariam interrupção de continuidade para providência absolutamente prescindível, especialmente, pelo fato de que a diligência policial mostrou dar conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas.

Cumprir destacar que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades “transportar”, “trazer consigo” e “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, o que torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial.

A esse respeito, colaciona-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça: “(...). *Estando o agente em situação de flagrante delito, tornam-se desnecessários para acesso ao seu domicílio, o mandado de busca e apreensão judicialmente autorizado, bem como o consentimento do morador. (...). Agravo regimental a que se nega provimento*”. (AgRg no Ag 1357515/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26/8/2011).

Desse modo, não se extrai ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares. Nesse sentido, decisão recente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINARES DEFENSIVAS:
provas obtidas por meio de irregular: revista veicular e violação de domicílio – prova ilícita – aplicação da teoria 'the fruits of the poisonous tree' – não acolhimento – **nulidade inexistente** – **justa causa configurada** – **abordagem e revista veicular realizadas com observância ao regramento pátrio, assim como**

o ingresso dos agentes no imóvel – presença de fundadas razões a justificar a mitigação da inviolabilidade do domicílio – flagrante delito em crime permanente – precedentes – atendimento aos parâmetros estabelecidos pelos Colendos Tribunais Superiores – PRELIMINARES REJEITADAS. TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: absolvição por insuficiência probatória e desclassificação para porte para uso próprio – inadmissibilidade – palavras dos agentes da lei corroboradas por demais elementos acostados aos autos – materialidade e autoria suficientemente demonstradas – circunstâncias do crime que não deixam dúvidas a respeito do narcotráfico – condenação mantida – NÃO PROVIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: observância do critério trifásico correta – ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis – presente circunstância legal da reincidência – ausentes causas de aumento – regime prisional adequado – quantum da pena, além da reincidência específica, a recomendar o regime prisional mais gravoso – IMPROVIMENTO.

(TJSP; Apelação Criminal 1501319-97.2022.8.26.0408; Relator (a): Jayme Walmer de Freitas; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/03/2025; Data de Registro: 25/03/2025, g.n.)

Apelação criminal. **Tráfico de entorpecentes.** Recurso defensivo. Preliminar. **Ilicitude da prova por invasão ilegal ao domicílio. Inocorrência. Fundadas razões.** Mérito. Autoria e materialidade comprovadas pela prova amealhada aos autos. Traficância evidenciada. Desclassificação descabida. Pena. Básica majorada ante a espécie e quantidade de drogas. Aumento afastado para evitar bis in idem. Confissão não caracterizada. Réu negou a traficância. Ausentes os requisitos do tráfico privilegiado uma vez demonstrada a dedicação ao crime. Investigações prévias

apontando o réu com fornecedor de drogas, celular com conteúdo de tráfico, diversidade e natureza da droga apreendida. Manutenção do regime semiaberto. Quantum de pena, hediondez do delito e natureza da droga. Substituição incabível pelo quantum da pena corpórea. Multa mantida. Incapacidade financeira a ser apurada no momento oportuno e sede própria. Preliminar rejeitada e apelo parcialmente provido para redimensionar a pena para 05 de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal mantida, no mais, a r. sentença condenatória.

(TJSP; Apelação Criminal 1500132-50.2024.8.26.0128; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cardoso - Vara Única; Data do Julgamento: 25/03/2025; Data de Registro: 26/03/2025, g.n.)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) NULIDADE REFERENTE AO INGRESSO NO DOMICÍLIO SEM AUTORIZAÇÃO OU FUNDADAS SUSPEITAS. INOCORRÊNCIA. (...) 1. Inviolabilidade de *domicílio*. Existência de fundadas razões. **A garantia constitucional da inviolabilidade do *domicílio* é excepcionada nos casos de flagrante delito. Tendo em vista que o crime de narcotráfico tem natureza de "crime permanente", admite-se a prisão em flagrante sempre, ainda que esta prisão seja realizada sem mandado judicial.** Inteligência da doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL definiu, em sede de repercussão geral, que a entrada forçada em *domicílio* sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas "a posteriori", que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e

penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados (STF – RE 603.616/RO – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. 05/11/2015 – DJe de 09/05/2016). Em igual sentido, os seguintes precedentes do STF (HC 216.181-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 213.895-AgR/GO – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; RE 1.356.180-AgR/SC – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 04/05/2022; RHC 205.584-AgR/PI – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 16/11/2021 – DJe de 30/11/2021 e HC 192.110 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 11/11/2020 – DJe de 24/11/2020). (...) (TJSP; Apelação Criminal 1501576-40.2023.8.26.0618; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/03/2025; Data de Registro: 14/03/2025)

Assim, por ser prescindível o mandado judicial para o ingresso no domicílio quando decorrente de uma situação de flagrante delito, não se verifica erro procedimental a ser corrigido, afastando-se a alegação de violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Isto posto, a prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01), o boletim de ocorrência (fls. 06/08), termos de declaração (fls. 02/05), fotografia dos itens apreendidos (fls. 15), o auto de exibição e apreensão (fls. 16), BOPM (fls. 70/75), imagens captadas pela *body cam* (fls. 159) e dos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 12/14 e 111/113) que atestaram que as substâncias apreendidas eram proibidas.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelos policiais militares Daniel Trevisan da Silva e Jackson dos Santos Ramos da

Silva, responsáveis pela prisão em flagrante delito do réu.

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pela d. juíza sentenciante posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) As testemunhas Daniel e Jackson, policiais militares, arrolados em comum pelas partes, ouvidos na delegacia (fls. 02/03), relataram que “na posse da denúncia realizada por populares que no imóvel situado no local dos fatos era realizada a atividade de tráfico de drogas. Dirigiram-se então até o local indicado e de pronto visualizaram um indivíduo desconhecido na porta do imóvel, o qual foi abordado e identificado como Kawan Pereira Victor Braga Santos. Em revista pessoal nada de ilícito foi localizado com Kawan, apenas a quantia de R\$447,00. Indagado sobre a denúncia que receberam anteriormente e se ele teria algo ilícito em sua residência, Kawan primeiramente disse que nada sabia sobre a denúncia e que não teria nada ilícito no interior de sua residência, franqueado a entrada da equipe policial no interior do imóvel.

Logo que começaram a realizar buscas na sala da casa, Kawan afirmou que teria em depósito cerca de R\$1.000,00 em drogas em cima de seu guarda roupa, drogas estas destinadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, atividade esta que ele havia começado a se dedicar há aproximadamente 01 mês. Kawan disse ainda que teria 03 “olheiros” que o auxiliavam na traficância, pessoas para as quais pagava a quantia de R\$60,00 por dia.

No local indicado por Kawan lograram êxito em localizar 36 porções de substância aparentemente crack e 49 porções de substância aparentemente cocaína. Assim, foi dada voz de prisão em flagrante delito em desfavor de Kawan Pereira Victor Braga Santos, sendo conduzido até esta distrital para a realização dos trabalhos de Polícia Judiciária.” (sic).

Em juízo, a testemunha Daniel, policial militar, arrolado em

comum pelas partes, disse que se recorda da ocorrência envolvendo o réu. Tinham informações de que no endereço do réu acontecia o tráfico de drogas, então foram até o local, onde identificaram uma pessoa na frente da residência denunciada. Abordaram o indivíduo, que se tratava do réu. Realizaram a busca pessoal e encontraram com ele a quantia de R\$ 447,00, em notas trocadas. Informaram ao réu sobre a denúncia. Perguntaram a ele se havia algo de ilegal na residência, o réu respondeu que não e franqueou a entrada. Perguntou ao réu se poderia verificar o imóvel, então o réu franqueou a entrada na residência e os acompanhou. Quando estava no interior do local, o réu acabou confessando que teria R\$ 1.000,00 em drogas sobre um guarda roupa no seu quarto. O réu indicou o local, então foram até o quarto e lá foram encontradas 36 porções de crack e 49 porções de cocaína. Indagaram ao réu sobre há quanto tempo cometia o delito, e ele respondeu que há um mês e disse que tinham três pessoas que trabalhavam com ele, como olheiros, e que pagava o valor de R\$ 60,00 para cada uma delas. Diante disso, conduziram o réu para a Delegacia. Dentro da residência não havia mais ninguém. Depois, chegou ao local uma mulher que se identificou como amásia do réu. Toda a ação foi filmada. Possuem cópias de todos os policiais que estavam portando câmera. Há um caminho correto para solicitar os vídeos (fls. 128/129).

Em juízo, a testemunha Jackson disse que receberam uma denuncia de terceiros a respeito da residência em que o réu morava. Não o conheciam. Encontraram -no em frente a residência e o abordaram. Ele não tinha nada de ilícito, só dinheiro. Ele disse que não sabia de nada. Disse que podiam entrar. Lá dentro, falou que sobre o guarda roupa tinha mil reais em drogas. Acharam crack e cocaína. Ele disse que estava no tráfico e tinha três olheiros, para os quais pagava 60 reais por dia. Ele disse estar no tráfico há um mês. Pediram autorização, ele autorizou. Acha que

ele não esperava. Foi tudo filmado. O dinheiro estava com ele. (...).”

Isto posto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016).

Os agentes descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante do recorrente. Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer

indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição dos policiais no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes da autoridade não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Por sua vez, o réu, na fase inquisitorial (fls. 05), alegou que “(...) *no tocante à abordagem policial realizada, nada de ilícito foi encontrado, mesmo assim os Policiais Militares insistiram em entrar no interior de sua residência. Informa que não autorizou a entrada dos milicianos em sua casa. Quanto às drogas, reserva-se ao direito de manter-se em silêncio (...).*”. Em Juízo (193/194 - mídia audiovisual), indicando sua capacidade moral para delinquir, experiente em figurar no polo passivo de relação jurídica-processual criminal, condenado em definitivo pela prática de crime de roubo, afirmou que “(...) *Está preso por tráfico de drogas. Foi comprar maconha na biqueira, foi pego lá e acharam a droga. O dinheiro era para pagar o aluguel. Estava esperando ele na frente da casa. Estava com seu filho no colo. Disseram que tinham uma denuncia de tráfico de droga, não autorizou. Depois que conversaram com ele, ligaram a câmera. Falaram que tinha denuncia, que iam entrar. Nem pediram. Não falou nada. Eles que acharam a droga. Tinha droga na casa, mas não era tudo isso. Eram uns 15 pinos para seu uso mesmo. Não tinha crack. Usava cocaína. Faz uns dois anos que parou. Trabalha com seu avô. Ganha 850 reais por mês. Sua mulher recebe auxílio. Têm um filho. O dinheiro estava no seu bolso, eram 450 reais, três em moedas. Não conhecia os policiais. (...).*”

Cumprir destacar que as alegações eleitas no sentido de excessos e desvios policiais são desgastadas. Nesse sentido: “*Registre-se, aqui, que tem se tornado cada vez mais comum a invocação de flagrantes forjados, como forma de ilidir o honesto e competente trabalho de agentes da lei*” (Apelação nº 0003316-21.2012 – TJSP, Colenda 4ª Câmara Criminal - Rel. Exmo. Des. **EDISON BRANDÃO**, julg. 25.06.2013).

De nenhuma originalidade a versão de autodefesa. Nesse sentido: “(...) *Não afasta, nem diminui, a responsabilidade dos apelantes a alegação*

exagerada de violência policial feita nos interrogatórios judiciais. Já é conhecida a tática dos traficantes de, quando pegos em flagrante, investirem contra os policiais que os prenderam, atribuindo-lhes, falsamente, abusos e violências, para se passarem por vítimas e desqualificarem os testemunhos deles. (...)” (APELAÇÃO CRIMINAL nº 286.247-3/5-00, da Comarca de MOGI DAS CRUZES, Colenda 4ª Câmara Criminal de Janeiro/2000 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel.: Exmo. Des. **HÉLIO DE FREITAS**, julg., em 19 de setembro de 2000).

Não parece crível que os policiais – agentes da autoridade, encarregados de combater o crime – fossem falsear, distorcendo as circunstâncias em que foi praticado o crime pelo réu, lembrando-se ainda do princípio da obrigatoriedade e o dever funcional de ofício.

Assim, sem credibilidade alguma, a palavra do acusado, que não encontrou eco na prova, revelado o profissionalismo de quem pactua com o crime organizado ou, quando menos, com ele simpatiza, disseminando o vício em drogas de grande procura e de conhecida potencialidade letal: cocaína e crack com *animus lucrandi*. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 239 e 155, todos do Código de Processo Penal e art. 375 do Código de Processo Civil.

Os policiais descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, o encontro de considerável quantidade de drogas diversas em poder do acusado, que, em Juízo, após, acompanhado de Defensor constituído, silenciar na fase administrativa, por nada lhe ocorrer de melhor para alegar, saiu-se com inaceitáveis alegações.

A ingênua versão do acusado foi, com superioridade, afastada pelo relato das circunstâncias feito pelos policiais, sob o crivo do contraditório, que lançaram com clareza todos os elementos de informação colhidos, delineadores do tráfico de entorpecentes, espancando as alegações de autodefesa.

O réu não empreendeu esforços suficientes para demonstrar o alegado alibi, como lhe competia, nos termos do que disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal. Ensina **Guilherme de Souza Nucci**: “*Alibi é a alegação feita pelo réu, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de*

onde ocorreu o delito, razão pela qual não poderia tê-lo cometido. É, como regra, ônus seu provar o álibi, embora tal mecanismo não possa levar à isenção da acusação de demonstrar o que lhe compete (...).” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 346).

Nesse sentido: “**TJSC**: “*Quem afirma o álibi deve comprová-lo sob pena de não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria*” (**JCAT** 59/288-9). **TACRSP**: “*Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela Justiça Pública (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedora situação em que se viu preso em flagrante*”. (**RT** 747/692)”, in Código de Processo Penal Interpretado. **Júlio Fabbrini Mirabete**. São Paulo. Atlas. 8ª edição. p. 412. Provada a conduta criminosa, o ônus da prova se inverte. Neste sentido: “**Álibi. Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão** (4º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 116.058, em 22.9.82 -v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzoni; 5º Grupo de Câmaras do **TACRIM-SP**, RvCrim 218.820, em 26.8.91, v.u. - Rel. Juiz **Sérgio Pitombo**)” (**Damásio E. de Jesus**, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 19ª ed., p. 156). E mais, “*Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação*” (**JTACRESP** 51/342). Nesse sentido: “**PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.**” (**JUTACRIM** 54/243, Rel. **VALENTIM SILVA**). No mesmo sentido, já se decidiu que “*de acordo com a jurisprudência do STJ a defesa deve comprovar o álibi apresentado.*” (STJ, Col. 5ª Turma, **Habeas Corpus** nº 44.376/SP, Rel. Min. **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, j. 17.11.2005); “*O álibi incomprovado depõe contra o réu que o ofereceu, pois a ele incumbiria fazer prova de total alheamento com a imputação que lhe é lançada, principalmente quando, na fase do inquérito, confessara a prática do delito*” (Revisão n.º 353.184/3 —Col. 6º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal

—Relator Juiz **RENATO NALINI** –j. 15-5-2000).

Posto isso, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado ao réu, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas (*36 porções de crack, pesando 8,12g, e 49 invólucros contendo cocaína, de peso líquido de 19,68g*), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu guardava e mantinha em depósito drogas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, “caput”, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, *"para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente"* (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas: cocaína e crack, como dito, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, e de conhecida potencialidade letal; a forma como estavam acondicionadas, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, a conduta não se pode afastar do tipo do art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da ilustre defesa, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta do acusado às formas puníveis do art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, verificada a procedência do pedido contido na petição inicial acusatória, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do respectivo regime inicial de cumprimento de pena.

Na primeira fase, atento aos ditames do artigo 59, “caput”, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, sopesando negativamente as circunstâncias judiciais, em especial, a quantidade considerável (*36 porções de crack, pesando 8,12g, e 49 invólucros contendo cocaína, de peso líquido de 19,68g,*), a diversidade e nocividade da droga apreendida, - de grande poder destrutivo e alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, e de aptidão letal, fixo a pena-base, acrescida de 1/6, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Importa notar que o crime de que se cuida tem suas particularidades que o distinguem da generalidade dos crimes de mesma espécie, porquanto o réu agiu com intenso dolo e distinta consciência da ilicitude que, destacando-se a considerável quantidade e a nocividade das drogas apreendidas de aptidão letal.

O bem jurídico foi violado com intensidade significativa. Convém sublinhar que: “*A alta nocividade da **cocaína** está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefasta mercancia acarreta à saúde pública*” (TJRS – AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda – RJTJRS 130/154), *in* HC nº 2023748-42.2014.8.26.0000 – 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes -, Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **TOLOZA NETO**, em 13.05.2014).

Aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade, em tese, demonstra personalidade malformada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: “*A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morféutico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo*” (**Habeas Corpus** nº 2049710-67.2014.8.26.0000 – Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **GERALDO WOHLERS**).

Segundo escólio de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “*É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação,*

maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização.” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, RT, 7ª edição, pág 350).

Não bastasse, “*Não há nulidade na decisão que fixa a pena-base considerando fundamentação idônea, na qual estão compreendidas a natureza e a quantidade do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06*” (STF - HC nº 112798 /AC Rel. Exma. Min. **CÁRMEN LÚCIA**. j. 18/12/2012); “*PENA - Entorpecente - Tráfico - Fixação da pena-base acima do mínimo legal - Admissibilidade, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida - inteligência do art. 59 do CP. (STJ) RT 783/594; ENTORPECENTE - Tráfico - Pena - Fixação da reprimenda-base acima do mínimo legal em virtude da espécie e da quantidade de droga apreendida. Admissibilidade. (STJ) - RT 786/599*”.

Isto posto, no caso dos autos, irrepreensível o aumento aplicado à pena-base, posto que em conformidade com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “*Na hipótese, a pena-base imposta ao agravante foi exasperada em razão da quantidade, variedade e lesividade da droga apreendida (118,2g de cocaína, 1,5g de crack e 20,4g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes.*” ([STF](#); [RHC 213695](#); [MC](#) Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 22/04/2022; Publicação: 02/05/2022, gn). Ainda: “*No tocante a primeira fase da dosimetria, as instâncias ordinárias, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade de entorpecentes - 53,67g de crack e 27,78g de maconha (fl. 96) -, para exasperar as reprimendas-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.*” (AgRg no HC n. 803.848/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023, gn). Da mesma forma: “*A pena-base de RAFAEL pelo delito de tráfico de entorpecentes foi exasperada em l*

ano e a pena-base pelo delito de associação para o tráfico foi exasperada em 8 meses em razão da valoração negativa da quantidade e da natureza da droga apreendida - 6,530kg de cocaína (fls. 715 e 776) - o que encontra respaldo no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, não havendo desproporcionalidade no quantum de elevação da reprimenda aplicado.” (AgRg no HC n. 809.720/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023, gn).

Ademais, não se olvide, que o “*legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado*” (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Na segunda fase, ausente circunstâncias agravantes, deve ser reconhecida a atenuante etária prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, retornando a reprimenda ao mínimo legal.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torna-se a reprimenda definitiva tal como fixada na fase anterior.

Destaca-se que inviável a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “*traficante privilegiado*”, também chamada de “*traficância menor*” ou “*traficância eventual*”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a natureza - mais procurada e disseminada que outras drogas, de grande poder destrutivo e alto índice viciante, e geradora de invencíveis problemas na saúde pública -, e a considerável quantidade da droga apreendida revelam que o réu se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, seu modus vivendi*.

O réu apesar de tecnicamente primário, foi condenado em definitivo por crime de roubo praticado em 28/08/21, demonstrando que, posto em liberdade, não tardou novamente a praticar crimes, circunstância que indica que a ação do Estado não lhe serve de mínima advertência e de que faz do crime seu *modus vivendi*, inviabilizando a concessão do benefício.

Nesse sentido já entendeu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.”

(Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018).

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas. Nesse sentido: “*De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo*” (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na resp. sentença.

Por fim, fixo o regime fechado, diante de todas as circunstâncias do caso concreto, consoante disciplina o artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, o que também obsta a substituição da pena privativa de liberdade por

restritivas de direitos nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido: “(...) 2. No caso, a Corte de origem manteve a imposição do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, motivo pelo qual não há falar em inobservância ao enunciado nas Súmulas ns. 718 e 719 do STF e 440 do STJ. 3. Consoante entendimento desta Corte Superior de Justiça, a fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado nas peculiaridades do caso analisado, tal como ocorreu na hipótese dos autos. (...)”. (AgRg no HC n. 753.518/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.); Da mesma forma: “(...) No presente caso, a quantidade de droga apreendida (231,680g de maconha) revela maior gravidade, o que justifica a manutenção do regime inicial fechado, pois está de acordo com os parâmetros legais expressos no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. (...)” (AgRg no REsp n. 2.010.296/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 17/11/2022.); Ainda: “(...) O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de crack. (...)”. (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023.); Em reforço: “(...) Embora diminuída a reprimenda do acusado, não há nenhum ajuste a ser feito em relação ao regime de cumprimento de pena, devendo ser mantida inalterada a fixação do modo inicial fechado, sem que isso implique eventual violação do enunciado nas Súmulas ns. 440 do STJ, 718 e 719 do STF. Isso porque, não obstante a pena-base haja sido estabelecida no mínimo legal, o réu foi apreendido com elevada quantidade de drogas, circunstância concreta e específica dos autos que autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da pena aplicada. (...)”. (HC n. 777.870/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.); No mesmo sentido: “(...) In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão,

conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. (...)” (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

*Por oportuno: “(...) O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas. Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante. Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios. Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta da ré, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)” (Apelação nº 0034838-30.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**, julg., em 6 de outubro de 2016).*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, **dá-se provimento** ao recurso ministerial para condenar o réu **KAWAN PEREIRA VICTOR BRAGA SANTOS** como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator