



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000405778

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500953-53.2024.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é apelante ANDRE MELLÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

ROBERTO PORTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1500953-53.2024.8.26.0581

Apelante: André Mellão

Apelado: Ministério Público

Comarca: São Manuel

Voto nº 22.009

APELAÇÃO — Tráfico de entorpecentes — Materialidade e autoria demonstradas — Confissão corroborada pelos depoimentos dos policiais militares - Intuito mercantil comprovado nos autos - Impossibilidade de desclassificação para o crime do art. 28 da Lei 11.343/06 - Alegação de uso desvinculada do conjunto probatório - Condenação inevitável — Penas adequadamente fixadas e bem fundamentadas — Maus antecedentes que justificam a elevação da pena-base — Atenuante da confissão que reconduziu a reprimenda ao patamar mínimo legal - Redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de 11.343/06 corretamente afastado - Regime fechado mantido - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por expressa vedação legal — Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **André Mellão** contra a r. sentença de fls. 205/208 que julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento das penas de **05 (cinco) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, bem como ao **pagamento de 500 (quinhentos)** dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, recorre a **Defesa** requerendo:
a) a desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei 11.343/06; b) a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas; c) a fixação do regime semiaberto para o

início do cumprimento da pena (fls. 239/246).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 252/254).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 263/268).

Relatei.

O apelo não merece provimento.

Consta da denúncia que, no dia 22 de setembro de 2024, por volta das 10h, na Rua Wenceslau da Silva, 160, na cidade de São Manuel, André Mellão trazia consigo 41 (quarenta e um) pinos de cocaína (4,13 gramas); 15 porções de crack (4,33 gramas) e 17 porções de maconha (64,44 gramas), drogas que causam dependência física e psíquica e que se destinavam ao comércio nefando, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de um aparelho celular e a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais), proveniente da venda de drogas.

Segundo narra a inicial, na data dos fatos, o acusado, para o exercício do tráfico, se dirigiu até a Rua Wenceslau da Silva, com os entorpecentes acima mencionados e iniciou sua comercialização.

Ocorre que a polícia militar recebeu informações anônimas de que havia uma pessoa traficando no local, sendo informado suas características, em especial sua vestimenta. Mediante tais informações, a polícia se dirigiu ao local, por volta das 10h, oportunidade em que visualizaram o réu com as vestimentas descritas pelo informante, razão pela qual decidiram realizar a

abordagem. Ao se aproximarem, André tentou fugir, mas foi contido, sendo localizado em sua posse um estojo preto contendo 41 porções de cocaína, 17 porções de maconha e 15 porções de crack, todas individualmente embaladas e aptas para a venda e entrega a terceiros. Além disso, foi apreendida a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais) e um aparelho celular.

Pois bem.

A materialidade do delito ficou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 23/24), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 104/106), bem como pela prova oral amealhada aos autos.

A autoria está igualmente comprovada. O acusado confessou a prática do delito, confirmando que estava vendendo entorpecentes para pagar uma dívida.

Como é sabido, a confissão judicial é elemento importantíssimo de prova, que somente pode ser afastada por circunstâncias excepcionais que tornem duvidoso o seu valor. Assim, na medida em que segura, coerente e sem desmentidos, cumpre dar valor absoluto a essa prova, pois ninguém iria assumir a autoria de um crime se realmente não o tivesse cometido.

Nesse sentido já se decidiu:

“A confissão judicial, sem margem para divagações doutrinárias, ou tertúlias hermenêuticas, constitui seguríssimo elemento de convicção. Apenas incomum circunstância, aqui não vislumbrada, que lhe evidencie a insinceridade, justifica sua recusa. Assim, se o acusado admite, sem explicações ou justificações plausíveis, a verdade do gesto criminoso que lhe vem atribuído, não há como fugir à proclamação da procedência da pretensão

punitiva deduzida” (Apelação Criminal nº 297.351-3/5, 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, rel. Des. Canguçu de Almeida, julgado em 20/10/2003).

E a confissão ofertada pelo réu encontra respaldo nas demais provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório.

Jorge Portioli Marques de Oliveira e Sérgio Rodrigo Mendes, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante, por sua vez, ratificaram os termos da denúncia. Confirmaram a apreensão das drogas na posse do réu, bem como a confissão informal por ele ofertada.

Por oportuno, cumpre ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes policiais que tenham participado das diligências que culminaram na captura do investigado ou em sua prisão em flagrante. Isso porque não se afigura razoável afastar a validade de depoimentos prestados por policiais com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que estes também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

Ademais, seria um contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, prestam conta de suas atividades.

Nesse sentido, confira-se:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 157, CAPUT, CP. ROUBO CONSUMADO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO

PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição do recorrente seria necessário novo exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quanto à suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido que, "estando a sentença condenatória, quanto à autoria delitiva, respaldada em outros elementos probatórios e não somente no reconhecimento por parte da vítima na delegacia, não há que se falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP" (AgRg no REsp n. 1.314.685/SP, Rel. o Ministro JORGE MUSSI, DJe de 14/9/2012). 3. De acordo com o entendimento desta Corte, "o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal" (HC 267.025/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp nº 1011751/BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 04/05/2017)".

Vê-se que os policiais militares se mostraram firmes e uníssonos, corroborando os termos da denúncia de maneira detalhada, não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar tivessem eles motivos quaisquer para imputar, falsa e levemente, a autoria dos fatos ao acusado, pessoa desconhecida e com quem não guardam relação, em nada lhes aproveitando condenação de quem sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que estão sujeitos às

penas do artigo 339 do Código Penal, como qualquer testemunha.

Além disso, os agentes públicos não foram contraditados e nem tiveram a idoneidade contestada com base em argumentos sólidos ou confiáveis.

Destaca-se, ainda, que o tipo penal do tráfico prevê diversas condutas, bastando uma delas para consumação do crime. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, já consumou a infração. Ou seja, para configuração do delito de tráfico de drogas, não seria necessária prova da mercancia, o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Descabida, do mesmo modo, a tese defensiva de desclassificação para o delito de uso de entorpecentes.

Para aferição se a droga se destinava a consumo pessoal ou ao tráfico, deve-se verificar a quantidade de substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente, conforme dispõe o artigo 28, § 2º, da Lei nº 11343/06.

No presente caso, a confissão do acusado, as circunstâncias em que se deram o flagrante, bem como a natureza, quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do réu (sendo a cocaína e o crack de alto potencial lesivo), já prontas para venda, além de certa quantia em dinheiro sem comprovação de sua origem lícita, evidenciam a traficância.

Assim, resta evidente que a condição de usuário foi aventada a fim de afastar a responsabilidade do

Recorrente sobre os fatos ora apurados, os quais foram devidamente comprovados pela prova oral e pericial acostada aos autos, aliadas às demais circunstâncias.

Acrescente-se que eventual condição de usuário do acusado não afasta, por si só, a incidência do delito de tráfico de drogas, visto ser plenamente possível — e comum, encontrar, em uma mesma pessoa, as figuras de usuário e traficante, sem que com isso o agente saia ileso do crime de maior gravidade.

Nessa esteira, é entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“(…) Destaco ainda, que muito embora o acusado tente se apresentar como mero usuário, é sabido que nada impede que possam coexistir, numa mesma pessoa, as duas figuras - usuário e traficante - daí, pois, ainda que no caso focado o agente seja usuário, restou demonstrado que o mesmo praticava conduta dirigida para a vontade de traficar ilicitamente substância entorpecente. A rigor, o crime de tráfico de entorpecentes não exige para a sua configuração a venda da substância tóxica a terceiros. A ratio legis pretende antecipar a proteção ao bem jurídico saúde pública, não exigindo a ocorrência de um dano concreto, mas tão somente uma situação onde: ocorra perigo à saúde de um grupo indeterminado de pessoas.” (STJ - REsp 1708569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, data de publicação: 06.03.2018).

Destarte, a condenação do Apelante nos termos da r. sentença era mesmo medida que se impunha.

A dosimetria das penas não merece reparo.

Em observância aos artigos 59 do Código

Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, notadamente os maus antecedentes (autos nº autos 0004357-85.2007.8.26.0581 - fls. 45/50), a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, partindo de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

É cediço que na primeira fase de aplicação da sanção, é concedida ao Magistrado ampla discricionariedade, desde que obedecidos os limites mínimo e máximo para a fixação da pena base, como ocorreu no presente caso.

Registre-se, ademais, conforme melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 05 (cinco) anos previstos no artigo 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base. Confira-se:

“Penal e processual penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso especial. Não conhecimento do writ. Crime de roubo majorado. Dosimetria da pena. Pleito de redução da pena-base. Condenações anteriores atingidas pelo período depurador. Utilização como maus antecedentes. Possibilidade. Circunstâncias do delito. Fundamentação idônea. Modus operandi. Consequências do delito. Dificuldade da vítima em voltar a trabalhar. Tentativa de mudança de profissão. Bis in idem. Não ocorrência. Aumento da pena-base. Desproporcionalidade não verificada. Atenuante inominada. Inaplicabilidade. Habeas corpus não conhecido. [...] 2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem o reconhecimento dos maus antecedentes.[...] 7. Habeas corpus não conhecido” (HC 338.967/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Dje 29/02/2016).

Portanto, devidamente justificado o aumento aplicado.

Presente a circunstância atenuante da confissão, a pena foi reduzida em 1/6 (um sexto), retornando ao patamar mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso,

Inviável o acolhimento do pleito da Defesa quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11343/06. O acusado é portador de maus antecedentes (pela prática do delito de homicídio) e as circunstâncias em que se deram a prisão em flagrante, aliada à variedade, quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos, já embalados e prontos para a venda, demonstram, de maneira inequívoca, rotina de proceder, fator impeditivo da aplicação do referido benefício.

Ademais, a aplicação deste redutor somente pode ser feita em casos excepcionais, devendo o eventual beneficiário comprovar que preenche os requisitos legais, o que não acontece no presente caso.

Nesse sentido tem entendido este E. Tribunal e está Colenda Câmara:

“A diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é para casos especialíssimos, tendo como intuito beneficiar os infratores que agiram ocasionalmente, sendo primários, de forma que não integram organização criminosa ou se dedicam à atividade. In casu, embora os réus sejam primários, não demonstraram o exercício de atividade laboral lícita e estavam na posse de considerável quantidade de entorpecente, não sendo crível que traficante tenha confiado a desconhecidos o transporte de droga de

alto valor, sem que esta pessoa fosse envolvida com sua atividade ou organização. Os réus não faziam jus à concessão do benefício, que fica afastado” (TJSP – Apelação nº 0021966-74.2011.8.26.0344 – 5ª Câmara Criminal – Rel. José Damiano Pinheiro Machado Cogan – j. 11.06.2015).

“EMENTA: Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/2006), mais posse ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003). Crimes caracterizados, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento, quantidade e variedade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares e Cíveis. Confissão judicial, ademais. Necessidade condenatória imperiosa. Responsabilização inevitável. Apenamento que comporta reparos, nos termos do recurso ministerial. Manutenção da majoração da base (art. 42 da Lei de Drogas). Redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser afastado. Regime inicial fechado único possível. Pena de multa mantida. Apelo ministerial provido, improvido o da defesa.” (Apelação nº 0027119-92.2016.8.26.0577, Relator Desembargador Luis Soares de Mello, j. 31/07/2018).

E a colenda 3ª Câmara deste Egrégio Tribunal de Justiça já sedimentou posição no sentido que “... *essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, não de uma contumácia, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder*”. (Apelação Criminal nº 990.09.111160-0, Relator Desembargador Luiz Antônio Cardoso, j. 25/05/2010).

Diante da gravidade concreta do delito

praticado pelo Recorrente, além dele ser portador de maus antecedentes, o regime inicial fechado é o único possível para o caso em análise, sendo de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo proporções sem precedentes, merecendo a conduta do acusado maior repressão por parte do Estado.

A respeito, confira-se:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCENTE. REGIME ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. I - A fixação da reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos, somada à reincidência, afasta a incidência do enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que declara que "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". II - Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC 410836/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 06/02/2018).

Inviável, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento ao recurso defensivo, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Roberto Porto
Relator