



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000408032

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503288-65.2024.8.26.0542, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante MESSIAS ROSA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM parcial provimento para, mantida a condenação do réu Messias Rosa Santos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, reduzir sua pena a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Mantida, quanto ao mais, a r. sentença condenatória. 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, 28 de abril de 2025.

HUGO MARANZANO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1503288-65.2024.8.26.0542

3ª Câmara Criminal

Apelante: MESSIAS ROSA SANTOS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 6527

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, LEI 11.43/06). Recurso defensivo: Preliminar. Reconhecimento de ilegalidade da abordagem e busca pessoal feita pelos policiais militares. Prova ilícita. Inocorrência. Presente justa causa (fundada suspeita) para a abordagem e busca pessoal. Ação dos agentes públicos pautada na licitude. Crime permanente. Hipótese de flagrante ilicitude. Rejeitada.

Mérito. absolvição por insuficiência probatória. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Palavras dos agentes públicos corroboradas por demais elementos acostados aos autos. Réu que confessou e a traficância e a posse de parte das drogas apreendidas. Condenação mantida.

Dosimetria que comporta reparos. Pena-base reduzida. Deslocamento dos vetores do art. 42 da Lei de Drogas (quantidade e natureza) para a terceira etapa a fim de se evitar bis in idem. Reconhecimento da atenuante da confissão. Réu que admitiu que efetivamente estava traficando e que parte das drogas encontradas estavam em sua posse. Aplicação do redutor do §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Circunstâncias que evidenciam que o réu se dedicava com habitualidade a atividades ilícitas, fazendo disso seu meio de vida. Prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico. Natureza e quantidade que autorizam, em conjunto com os demais fatores, o afastamento do tráfico privilegiado. Não comprovação de atividade laboral regular lícita. Quantum da pena aliado à quantidade e natureza do tóxico e à dedicação a atividades criminosas que autorizam a manutenção do regime fechado. Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação do réu Messias Rosa Santos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, reduzir sua pena a 05 (cinco) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Mantida, quanto ao mais, a r. sentença condenatória.

Messias Rosa Santos, qualificado nos autos, foi processado e ao final condenado, por sentença prolatada pelo MM^a. Juíza de Direito Carolina Hispagnol March, no processo nº 1503288-65.2024.8.26.0542, que tramitou pela 1^a Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba – SP, à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) e 20 (vinte) dias de reclusão, em inicial fechado, e ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no mínimo legal, por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 94/103).

Inconformada, a il. Defensoria Pública pleiteia, preliminarmente, o reconhecimento da ilicitude da prova decorrente da abordagem e busca pessoal por ausência de justa causa. Em consequência, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pede o afastamento da exasperação da pena-base, fixando a basilar no mínimo legal ou reduzida a fração de aumento para 1/8 ou, no máximo, 1/6. Requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da causa de diminuição prevista no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo. Por último, almeja a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fls. 106/126).

Processado e contra-arrazado o recurso (fls. 137/147), manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo

não provimento do apelo (fls. 158/168).

Instadas as partes a se manifestarem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Preliminar.

Inicialmente, quanto à preliminar de ilegalidade/ilicitude da prova, extrai-se do conjunto probatório amealhado, como bem fundamentado pela d. Magistrada sentenciante, que o atendimento de uma ocorrência dos policiais militares que resultou na abordagem e busca pessoal, com consequente prisão em flagrante delito do réu, porque trazia consigo drogas ilícitas visando ao consumo de terceiros, portanto, ao tráfico, ocorreu de modo regular, com espreque em fundada suspeita de prática delituosa, inexistindo qualquer violação ao disposto no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal.

Nos termos do que dispõe o art. 244 do Código de Processo Penal: *“A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos*

ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”

Como bem fundamentado pela Juíza *a quo* quanto à alegação de ilegalidade da busca pessoal:

A despeito dos argumentos defensivos, não há que se falar em nulidade da prova, vez que a busca pessoal fundou-se na conduta suspeita do acusado, que aparentava estar perdido correndo pela comunidade quando da chegada da polícia na posse de uma sacola nas mãos. Ademais, o acusado foi flagrado trazendo as drogas apreendidas, conduta esta inserida nos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, sendo ato de consumação permanente, estando em flagrante delito a todo momento.

Desse modo, a realização da abordagem e posterior busca (revista) pessoal pelos agentes públicos não se revelaram ilegais, visto que baseada num juízo objetivo de probabilidade (justa causa) acerca da suspeita, pois, realizavam atendimento de uma suposta ocorrência de roubo de motos, no interior da comunidade CSU, quando o acusado correu na direção da guarnição portando uma sacola, estando, assim, todos os elementos indiciários presentes no momento precedente à abordagem.

Não se cogita, pois, da aventada revista exploratória, sem olvidar que a fundada suspeita foi, de fato, confirmada por meio da apreensão do mencionado material proscrito, a evidenciar que a abordagem e busca pessoal, deram-se com finalidade estritamente probatória.

Em sintonia:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravante, reincidente, preso com drogas, arma e balança. 3. A Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, ao contraditório e à inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 4. **Fugir ao avistar viatura, pulando muros, gesticular como quem segura algo na cintura e reagir de modo próprio e conhecido pela ciência aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública.** 5. Alegação de violação a domicílio. Caso concreto. Inocorrência. 6. Agravo improvido. (STF. Ag. Reg. RHC 229.514. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Decisão Unânime, p. 23/10/2023).

Confira-se também:

É incabível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca pessoal, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência. O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. **A atitude suspeita do acusado, abordado por policiais militares que realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de tráfico de drogas, evidencia a existência de justa causa para a revista pessoal, que resultou na apreensão de diversas porções entorpecentes destinados à mercancia ilícita, além de expressiva quantidade de dinheiro.** (STF, AgR no ARE 1.470.989, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 25.3.2024).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES PRESENTES. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É manifesta a existência de fundadas razões

para a abordagem do corréu, uma vez que este passou apressadamente pelo policial, demonstrando nervosismo ao se aproximar de uma motocicleta, contexto que revela dados concretos, objetivos e idôneos aptos a legitimar as diligências. Desse modo, a busca pessoal traduziu exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial. - Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública" (RHC 229.514/PE, julgado em 28/8/2023). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 900.035/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/04.2024, p. 16.04.2024)

Eis precedente deste E. Tribunal de
Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Abordagem e busca pessoal que estão justificadas, pois de acordo com a lei: fundada suspeita (art. 244 do CPP). Policiais que apontaram de forma segura que, ao visualizar a aproximação da guarnição, o acusado, que se encontrava sentado em uma guia num local

conhecido como ponto de tráfico, adotou atitude evasiva, denotadora de fundada suspeita de que tivesse algo ilegal consigo. Desnecessidade, inclusive diante do encontro de drogas com ele e de ser desmentido quanto a estar em outro local, que os policiais expusessem de forma mais elaborada a suspeita que os levara à revista pessoal, que, bom que se diga, independe de mandado judicial e pode ser realizada a qualquer momento, mesmo que não se trate de situação de flagrante (não há que se confundir busca pessoal com busca domiciliar). Expertise policial que merece ser prestigiada, assim como são os depoimentos dos agentes da lei. Prova segura da autoria e materialidade. Condenação bem aplicada, merecendo, a r. sentença, ser ratificada na forma do art. 252 do Regimento Interno inclusive no que tange à dosimetria, fixada com critério. Recurso não provido.” (Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, 13ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Xisto Rangel, j. 08/08/2022).

A inviolabilidade da intimidade pessoal, norma constitucional de eficácia contida, está insculpida e consagrada no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, dispondo da seguinte maneira: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Contudo, ela pode ser mitigada, dentre outras

possibilidades, diante da constatação de ocorrência de crime, como *in casu*.

Por sua vez, considerando-se que o tráfico ilícito de drogas é crime permanente, verifica-se permitido pela Carta Magna a ação dos agentes em revistas pessoais de pessoas suspeitas, em locais públicos ou privados, com vistas às providências necessárias e cabíveis para a prisão em flagrante do agente criminoso e consequente apreensão do material ilícito, desde que presente a justa causa.

Nesse sentido:

“TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. REVISTA REALIZADA ANTE A EXISTÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA DE QUE O ACUSADO ESTAVA NA POSSE DE OBJETOS ILÍCITOS. EIVA INEXISTENTE. 1. Nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. (...)”. (STJ – Habeas Corpus nº 552.395-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 20.02.2020).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. PRISÃO REALIZADA

POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. OCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. USO DE DROGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. BUSCA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO FRANQUEADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REITERAÇÃO DE OUTRO HC. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Considera-se lícita a revista pessoal executada por guardas municipais, com a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal. (...)" (STJ – AgRg no Habeas Corpus nº 597.923-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 20.10.2020).

Ainda, cumpre trazer à baila decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a justa causa autorizadora das ações policiais de busca pessoal, veicular e domiciliar:

“O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito.

Essa é a orientação que vem sendo adotada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em julgados recentes (HC 201.874 AgR/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 30/06/2021; HC 202.040 MC/RS, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 11/06/2021; RHC 201.112/SC, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 28/05/2021; HC 202.344/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 28/05/2021; RE 1.305.690/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/03/2021; RE 1.170.918/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 03/12/2018), da qual destaco o RHC 181.563/BA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/03/2020, que registrou:

“O crime de tráfico é permanente e, portanto, a busca domiciliar no imóvel não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República. No caso dos autos, há, ainda, a notícia judicialmente adotada pelo Tribunal de origem de que “...constata-se que agentes policiais, após receberem denúncias sobre a ocorrência de tráfico de drogas, apontando a alcunha e o endereço do recorrente, empreenderam diligências a fim de averiguar o quanto informado e lograram surpreendê-lo com excessiva quantidade de maconha, tendo, posteriormente, com o consentimento do réu, consoante extrai-se do seu próprio interrogatório, dirigido até sua residência, local onde encontraram mais drogas”. (RE 1447374 / MS - MATO GROSSO DO SUL. RECURSO

*EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min.
ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento:
30/08/2023. Publicação: 31/08/2023)*

Superada a preliminar, passa-se ao mérito.

Messias Rosa Santo foi processado pela prática do artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/0, porque, na noite de 18 de novembro de 2024, por volta das 19h30min, na Rua Nova Prata, 117, Vila Helemar, na cidade de Carapicuíba/SP, trazia consigo, para fins de traficância, nas imediações de estabelecimento de ensino, 465 (quatrocentas e sessenta e cinco) pedras da droga cocaína na forma de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, consoante auto de exibição e apreensão (fls. 08/09) e laudo de constatação provisória(fl. 11/13).

Segundo apurado, na data dos fatos, o acusado se encontrava no local sobredito, fomentando o tráfico de entorpecentes.

O réu foi então abordado por policiais militares, ainda na posse das drogas acima elencadas.

Além dos entorpecentes, foi apreendida em poder do acusado a quantia de R\$130,00 (cento e trinta reais) em dinheiro, fruto da traficância.

As circunstâncias da prisão, bem como a natureza e a quantidade de entorpecentes, evidenciam que a droga apreendida se destinava ao comércio espúrio.

Outrossim, o delito foi cometido nas imediações do estabelecimento de ensino “EMEI Letrinhas Mágicas”, que fica a apenas 52 metros de distância do local dos fatos, conforme consta no Google Maps.

Esses são os fatos.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/04), auto de exibição e apreensão (fls. 08/09), laudo de constatação (fls. 11/13 e 63/65), laudo de exame químico toxicológico (fls. 66/68), bem como pela prova oral colhida no curso da instrução.

A autoria é igualmente certa.

Senão vejamos.

O policial militar Rodrigo Muniz Borges de Paula, na delegacia (fls. 05/06), relatou que se encontravam em patrulhamento, quando foram informados pelo COPOM que duas motocicletas com queixa de roubo estavam circulando no interior da Comunidade do CSU. Em posse das informações, deslocaram-se até o referido endereço, mas não lograram localizar as

motocicletas. Contudo, quando ingressaram na comunidade, um indivíduo, que logo depois passaram a saber chamar-se Messias Rosa Santos, veio correndo na direção da equipe trazendo consigo uma sacola nas mãos. Realizada a abordagem em Messias constataram que no interior da sacola que ele trazia consigo existiam 465 pedras amareladas semelhante a crack e R\$ 130,00 (cento e trinta reais) em espécie. Questionado sobre as substâncias que trazia consigo, Messias disse que era seu primeiro dia na venda de drogas, não sabendo o quanto iria receber. Diante dos fatos, deram-lhe voz de prisão e conduziram-no ao distrito policial.

Em juízo, a referida testemunha ratificou em essência seu depoimento da fase inquisitiva. Acrescentou que o acusado caiu enquanto corria antes da abordagem. Provavelmente, o acusado foi avisado pelos olheiros, se perdeu e acabou por dar de frente com os policiais, vindo na direção deles. A abordagem foi no horário noturno. Não havia testemunhas presentes. Próximo do local tem uma escola; não se recordou se estava no horário escolar. Não conhecia o acusado anteriormente.

Roberto Francisco Alves Junior, policial militar, em solo policial (fl. 07), narrou que acompanhava seu colega de farda Rodrigo durante a diligência, confirmando os fatos de maneira análoga.

Judicialmente, afirmou que não conhecia o acusado antes. Quanto aos fatos, relatou que estavam averiguação referente ao roubo de duas motocicletas que estariam na comunidade. Durante a incursão pelas vielas, o réu correu de encontro com a guarnição, escorregou, e foi detido pela equipe policial na posse de uma sacola contendo crack e determinada quantia em espécie. Na ocasião, o réu alegou que realmente estava traficando e que era seu primeiro dia no “ramo”. A ocorrência se deu no horário noturno.

O acusado Messias Rosa Santos, na presença da autoridade policial (fls. 14/15), ficou em silêncio.

Sob o crivo do contraditório, a respeito dos fatos, admitiu que estava no tráfico. Na ocasião, afirmou que estava parado de costas, os policiais o pegaram e caiu no chão. Perguntado, disse que tinha apenas 30 unidades de pedra e que era seu primeiro dia na traficância. As demais 435 pedras não estavam consigo, não viu essas drogas lá. As 30 unidades de pedra estavam na sacolinha. Nunca viu os policiais antes.

Essas são as provas dos autos, suficientes para sustentar a condenação do réu pelo delito de tráfico de drogas.

Com efeito, destaca-se que ambos os policiais militares, ouvidos ao longo do procedimento, relataram de forma congruente, segura e coesa como se deram os fatos

que culminaram com a apreensão dos tóxicos, em meio à averiguação de um suposto roubo de motos.

Os agentes públicos, observe-se, não deram indícios de que agiam com tendenciosidade; tampouco transpareceram qualquer sorte de motivo escuso na incriminação do acusado. Daí que, com efeito, não é possível, simplesmente, presumir sua parcialidade. Mesmo porque, note-se, não faria sentido o Estado atribuir a agentes públicos a função de realizar investigações, monitoramentos e prisões em flagrante, porém negar credibilidade aos depoimentos prestados em decorrência desse mister.

Não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Ao contrário, os funcionários públicos têm a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente.

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, bem como as reiteradas informações anônimas sobre a traficância que foram confirmadas pelos

agentes públicos, como ocorreu no presente caso. Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte). Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, 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, o que não ocorreu no presente caso.” (STJ, Habeas Corpus nº 633.615 – SP, Decisão Monocrática, j. 27/01/2021).

No mesmo sentido: STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1.661.191 – AM, Min. Jorge Mussi, Decisão Monocrática, j. 22/06/2020; STJ, Habeas Corpus nº 485.534 – SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 21/05/2019; STJ Habeas Corpus nº 382.206 – RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 10/02/2017.

Ademais, como já exaustivamente explicado em sede preliminar, não houve qualquer ilegalidade na abordagem policial que culminou na apreensão dos entorpecentes, inexistindo demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de

mudar o quadro formado.

Portanto, nada há nos autos que possa sugerir que tenham artificialmente engendrado esse episódio de modo e para o fim de prejudicar o réu, a quem, repita-se, sequer conheciam previamente.

O réu, vale dizer, confessou a prática do delito de tráfico e a posse de parte das drogas encontradas (apenas 30 pedras de crack).

Tal confissão apresenta-se autêntica e livre de indicativos de falsidade. A propósito, não foi alegado ou emerge da prova motivo ou razão escusos pelos quais iria admitir a prática de crime que não cometeu.

Competia à Defesa, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, trazer elementos seguros a comprovar suas alegações e assim desconstituir a higidez da prova produzida pela acusação; todavia, nada fez nesse sentido.

Com efeito, para configuração do crime de narcotráfico imputado ao réu, não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, transporte, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio*, para consumação do delito.

A quantidade e variedade de entorpecentes apreendida (465 (quatrocentos e sessenta e cinco) pedras de crack), além da quantia de R\$130,00 (centro e trinta reais), proveniente da venda dos tóxicos, evidenciam o dolo e o ânimo de mercancia dos entorpecentes.

Desta forma, a responsabilidade de **Messias Rosa Santos** está comprovada pela robustez do conjunto probatório carreado aos autos que a conduta do réu se coaduna àquela prevista no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e a condenação era mesmo de rigor.

A reprimenda, por sua vez, deve ser reformada.

Individualização. Seguiu-se as diretrizes preconizadas nos arts. 59 e 68, *caput*, ambos do Código Penal, e art. 42, da Lei 11.343/06.

1ª fase. A Juíza de primeiro grau, levando em consideração a quantidade e natureza da droga (crack), elevou a pena-base em 1/3 (um terço), fixando-a em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e sei) dias-multa.

Não obstante seja cediço que a quantidade e a natureza das drogas possam servir para justificar o aumento da basilar, no caso concreto tais vetores serão

utilizados na terceira etapa em reforço aos fundamentos já exarados na sentença condenatória para afastar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, de forma a se evitar a ocorrência de bis in idem, razão pela qual prospera parcialmente o recurso defensivo.

Salienta-se que o deslocamento dos vetores do art. 42 da Lei de Drogas para a terceira fase não caracteriza *reformatio in pejus*, inclusive porque haverá melhora na situação do réu ao final.

Dessa forma, é caso trazer a pena-base do apelante ao mínimo, arbitrando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª Fase. Reconhecida a atenuante da menoridade relativa.

Prospera, no ponto, o reconhecimento da atenuante da confissão, haja vista que o réu admitiu a traficância, ainda que tenha refutado a posse de parte dos entorpecentes apreendidos.

De qualquer forma, considerando que a pena se encontra no mínimo, inviável sua redução aquém disso, nos termos do enunciado sumular 231 do STJ.

3ª Fase. Inexistentes causas de aumento ou diminuição aplicáveis ao caso concreto.

O redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, é facultativo e não obrigatório, cabendo ao magistrado ponderar o comportamento do réu e as circunstâncias em concreto para sua aplicação.

A Juíza sentenciante, na hipótese em testilha, afastou o reconhecimento da benesse aos seguintes fundamentos:

A outro giro, inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, vez que ostenta passagem pela Vara da Infância e Juventude por ato infracional equivalente ao crime de tráfico de drogas, recebendo medida socioeducativa (autos nº 2672-04.2021 ou 1503259-04.2021, fl. 25), o que denota seu envolvimento com atividades criminosas.

Nesse diapasão, imperioso ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, decidido, por ambas as Turmas, que a existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Ou seja, verifica-se que a Juíza de primeiro grau acertadamente concluiu que o réu se dedicava a atividades ilícitas e, por essa razão, rechaçou a aplicação do tráfico privilegiado.

Não se trata de valoração negativa dos atos infracionais como se reincidência ou maus antecedentes fossem. Em verdade, não se pode desprezar o histórico de vida pessoal do réu, haja vista que aponta, indubitavelmente, para a dedicação exclusiva a atividades criminosas.

A respeito dos atos infracionais, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal e pelas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça é pela possibilidade de sua utilização para afastar aplicação do privilégio:

“Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação. Dosimetria. Pretendida aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Utilização da prática de atos infracionais para afastar a causa de diminuição. Possibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido”. (STF - AgRg no Habeas Corpus nº 192.147-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24.02.2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA

PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. "A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento e que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no HC 546.316/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2020). (...)" (STJ – AgRg no Habeas Corpus nº 660.572-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, j. 01.06.2021).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME INICIAL FECHADO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Esta Corte Superior de Justiça tem, reiteradamente, decidido, por ambas as Turmas, que atos infracionais praticados pelo agente quando adolescente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar, na análise do caso concreto, dedicação

a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes também do Supremo Tribunal Federal. (...)" (STJ – Habeas Corpus nº 650.819-SC, Sexta Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 04.05.2021).

Mais não fosse, a significativa quantidade (465 invólucros) e a natureza da droga apreendida (cocaína na forma crack) – circunstâncias sopesadas exclusivamente nesta etapa -, realçam o fato de que o réu se dedicava exclusivamente à prática ilícita.

Reforce-se. A quantidade e a natureza dos estupefacientes, substância altamente nociva e de capacidade de viciar, apta portanto a dar ensejo à ampla difusão do vício em prejuízo da saúde pública e com conhecidos efeitos deletérios às células sociais.

Isso tudo conjugado com a ausência de comprovação de que exercia atividade laboral regular lícita, torna incontestável sua dedicação a atividades criminosas, além do ordinário, que permite concluir que fazia do tráfico seu meio de vida.

Aliás, esses dados concretos sinalizam maior ascendência e vínculo com a cadeia do tráfico, não sendo possível enquadrar o réu como mero traficante ocasional.

Destaca-se que um novato não receberia tamanha quantidade e variedade de drogas; ao contrário, somente um colaborador graduado das hordas criminosas, detentor de credibilidade pelos líderes, faria jus a tal deferência.

Eis os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça que embasam o afastamento do redutor:

“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...].

2. O Tribunal de origem concluiu que o agravante não preencheu os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado, considerando a quantidade de drogas apreendidas, petrechos, valores em dinheiro e ausência de comprovação de trabalho lícito, indicando dedicação a atividades criminosas. [...] 4. A decisão agravada foi mantida com base na jurisprudência que permite o afastamento do redutor do tráfico privilegiado quando há indícios de dedicação a atividades criminosas, como a apreensão de petrechos, dinheiro e grande quantidade de drogas. 5. O acórdão recorrido está em consonância com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se o Enunciado Sumular n. 83 do STJ. IV. Dispositivo e tese 6. Agravo desprovido. Tese de julgamento: "A apreensão de petrechos e grande quantidade de drogas indica dedicação a

atividades criminosas, afastando a aplicação do tráfico privilegiado". Dispositivos relevantes citados: Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 2.521.350/GO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 27/8/2024. (AgRg no AREsp n. 2.707.088/MT, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 22/10/2024, DJe de 4/11/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO DIVERSA QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP, bem como o REsp n. 1.977.027/PR, este último sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1139), firmou o entendimento de que a quantidade, natureza e a variedade de drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para se concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, além da existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso também não serem suficientes para afastar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o princípio da presunção de inocência. 2. **No caso concreto, a**

causa especial de diminuição de pena deixou de ser aplicada em razão de os fatos terem envolvido a atuação do agravante em uma rede organizada e voltada para a prática do tráfico de drogas, que visava o transporte de 5.320kg de maconha. Também foi ressaltado o modus operandi da prática delitiva, em que o entorpecente estava acondicionado em veículo previamente preparado, sob promessa de pagamento em dinheiro, além da participação de terceiro na empreitada criminosa. 3. Desse modo, verifica-se que o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para não aplicar a pretendida causa de diminuição de pena não foi exclusivamente a quantidade de droga apreendida, mas também a sua associação a outros elementos que evidenciavam a dedicação do agente ao tráfico de drogas, o que justifica a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006. 4. Diante da conclusão das instâncias ordinárias, para se acolher a tese de que o agente não se dedicava às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, providência inadmissível na via do apelo nobre, em razão do óbice da Súmula n. 7 do STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.417.079/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 14/6/2024).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **O escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.** 2. **A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu, através do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), que "[a] utilização supletiva desses elementos [natureza e da quantidade da droga apreendida] para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa". (AgRg no HC n. 883.719/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 4/9/2024)**

Assim, não satisfeitos os requisitos cumulativos para concessão da benesse, resta a pena dosada de forma definitiva no patamar anterior.

Regime Prisional. Tendo em vista o *quantum* da pena, a natureza e quantidade dos entorpecentes, e a evidente dedicação a atividades criminosas, o que exige maior rigor na penalização, é o caso de manter o regime inicial fechado para cumprimento da pena, nos termos dos artigos 33 e 59, ambos do CP, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que:

“A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, §3º, do Código Penal - CP (...)” (STJ - HC 414347 / SP - Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - DJe 21/02/2018).

O traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis diretos pela onda de violência que avassala o país. A insuficiência do estabelecimento de qualquer outro regime inicial que não o fechado, para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes é patente de maneira que, frise-se, neste caso, não se amoldaria ao sistema repressor-ressocializador do Direito Penal.

Ademais, a fixação de regime mais brando não atenderia aos princípios da proporcionalidade e

individualização da pena, levando-se em conta, como já mencionado, as circunstâncias e gravidade do crime, e a reincidência do acusado. De modo contrário, injusta seria a situação daquele que pratica conduta menos gravosa, com condenação a pena mais branda, sujeito ao mesmo regime prisional daqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados.

Substituição. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que ausentes os requisitos legais, nos termos do art. 44, do Código Penal ou a concessão de *sursis*.

Pelo exposto, **rejeita-se a preliminar e, no mérito, dá-se parcial provimento** para, mantida a condenação do réu Messias Rosa Santos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, reduzir sua pena a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. Mantida, quanto ao mais, a r. sentença condenatória.

HUGO MARANZANO

Relator