



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000409895

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502979-84.2023.8.26.0540, da Comarca de Rio Grande da Serra, em que é apelante CAIO CESAR SILVA DE ANDRADE, 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: **negaram provimento ao apelo defensivo e, ex officio, readequaram a pena imposta a Caio Cesar Silva de Andrade para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três reais) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal, mantendo-se no mais a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. 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, 29 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9715

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1502979-84.2023.8.26.0540

Apelante: Caio Cesar Silva de Andrade

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Rio Grande da Serra

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. (artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu reincidente. Readequação ex officio da reprimenda na segunda fase da dosimetria. Exegese do Tema Repetitivo n.º 1172, do STJ. 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. Regime fechado mantido. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caio Cesar Silva de Andrade contra a r. sentença (fls. 178/184), em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condená-lo como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 193/199), o apelante pugnou por sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 207/212), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo

desprovemento do apelo (fls. 225/230).

É o relatório.

Infere-se dos autos que **Caio Cesar Silva de Andrade** foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 17 de novembro de 2023, por volta de 15h30min, na Avenida Jean Lieutaud, altura do n.º 100, Vila Lavínia, na Cidade e Comarca de Rio Grande da Serra, trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 162 porções contendo maconha, com peso líquido de 341,2g, 198 porções contendo cocaína na forma de “crack”, com peso líquido de 27,7g, 314 porções contendo cocaína, com peso líquido de 334,4g, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 08/09, laudo de constatação de substância entorpecente de fls. 12/15 e laudo toxicológico definitivo de fls. 157/159.

Segundo restou apurado, “(...) nas circunstâncias supramencionadas, o denunciado, determinado a comercializar drogas, posicionou-se em local de mata, conhecido ponto de venda de drogas na cidade e popularmente intitulado como 'pinicão'.

Na oportunidade, policiais civis, em operação conjunta com a Guarda Civil Municipal, conhecedores de que o tráfico ocorre no interior da mata, lá compareceram e cercaram o local.

Enquanto o guarda civil Jucélio ingressou na mata e se posicionou próximo ao final da trilha, em local onde não poderia ser visto pelo traficante e possível rota de fuga desse, o policial civil Alex adentrou na trilha que dá acesso ao local em que ocorre a venda de entorpecentes, fazendo com que as pessoas ali presentes corressem em direção ao final da trilha.

Assim é que o denunciado CAIO, diante de correria que se verificou no local, com diversos gritos de 'molhou, molhou', tentou fugir, mas foi em direção ao GCM Jucélio, sendo por ele abordado, estando na oportunidade sem camisa e trazendo em mãos uma sacola contendo as drogas apreendidas, bem como a quantia de R\$ 582,00 em espécie.

O denunciado, de pronto, anunciou: 'perdi, perdi' e reconheceu a traficância que exercia no local.

Ainda, o policial civil Alex logrou deter um rapaz que se identificou como Felipe, que tentou se esconder na mata, em cujo poder foram localizadas duas porções de droga, sobre as quais indicou ter adquirido do denunciado.

A quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas com o denunciado, além das circunstâncias em que se deu o flagrante e dinheiro apreendido, são elementos que estão a indicar, com a segurança necessária, que os entorpecentes se destinavam ao fornecimento e entrega a consumo de terceiros. (...)”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao apelante.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), boletim de ocorrência (fls. 2/5), auto de exibição e apreensão (fls. 8/9), laudo de constatação de substância entorpecente (fls. 12/15), termos de depoimento e declarações (fls. 16/17, 18 e 36), comprovante de depósito do valor apreendido (fls. 119), relatório final (fls. 120/121), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 157/159), que atestou que as substâncias apreendidas eram proibidas, bem como pelas demais provas coligidas aos autos.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Jucélio Alves de Oliveira (guarda civil municipal) e Alex Adriano dos Santos (policial civil), agentes de segurança responsáveis pela prisão em flagrante do réu e pela testemunha Felipe Almeida Neves Silva, usuário de entorpecentes, (fls. 16, 18, 36 e 170 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo pelo d. Magistrado sentenciante, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos (fls. 179/180):

*“(...) A **testemunha Alex Adriano dos Santos**, policial civil,*

inquirida em juízo, narrou que estavam em local conhecido 'Pinicão'; que foram juntos com a guarda municipal; que os guardas entraram pela mata; que aguardou para entrar pela frente; que avisaram e entrou pela frente; que o pessoal correu; que abordou um rapaz (Felipe), o qual tinha acabado de comprar duas maconhas e um K-9; que Jucélio abordou Caio na parte de trás; que ele carregava uma sacola com drogas (maconha, crack e cocaína); que o rapaz que abordou disse que comprou de Caio; que já conhecia Caio; que o prendeu em 2021 em outra biqueira; e que foram para delegacia.

A testemunha Jucélio Alves de Oliveira, guarda civil municipal, inquirida em juízo, expos que, nesta data, estavam em operação com o GOE; que pediram apoio para operação; que ficou acertado que o GOE iria pela frente; que eles foram pela trilha; que eles entraram pela frente e o pessoal correu; que Caio veio em sua direção; e que ele estava com uma sacola preta com quantidade de drogas.

A testemunha Felipe Almeida Neves Silva, inquirida em juízo, falou que estava indo lá para comprar droga; que estava um rapaz negro do lado de fora da biqueira; que perguntou se tinha como ele buscar a droga; que ele disse que podia; que estava com vinte e um reais; que pediu para ele buscar a droga; que ele foi; que ficou esperando; que ele estava demorando; que falou 'vou entrar na biqueira'; que entrou; que, quando ele estava entrando, olhou para trás e apareceu outra pessoa; que era Caio; que pegou droga com o cara que pagou para buscar; que, na hora que pagou para ele, estava Caio e mais umas três pessoas; que começaram a gritar do lado de fora; que gritaram sobre a polícia; que a polícia chegou lá; que foi todo o procedimento padrão; que já estava com a droga no bolso; que todo mundo lá tinha passagem; que só ele não tinha; que perguntaram quem estava com a sacola de drogas; que ninguém falou; que os policiais escolheram a dedo quem seria

levado para delegacia; que ele foi levado por estar com droga; que escolheram o rapaz Caio; que ninguém sabe quem estava com a sacola e escolheram a dedo; que é o único sem passagem e com quantidade pequena de droga; que disse que, se não falar que comprou de fulano de tal, vão poder 'meter o louco' e falar para o delegado que ele estava traficando; que pegou e falou que comprou de um cara que estava com um colar; que o Caio estava com colar; que o primeiro cara que pagou também estava com um colar também; que foi a primeira vez que tomou enquadro da polícia e ficou em choque; que não era o Caio que estava traficando; que não sabe quem estava com a sacola; que, quando pagou para o cara de fora, ele ficou demorando; que, por isso, entrou e pegou da mão dele; que nem viu quem estava com a sacola de droga; que, no dia, falou por impulso e confirmou que era ele; que entregou o dinheiro para pessoa que não sabe o nome, mas que não é Caio; que ninguém sabia quem estava com a sacola; que os policiais escolheram a dedo e levaram para a delegacia; que pagou para o cara de fora buscar com o traficante; que não sabe com quem estava com a sacola; que não viu Caio com a sacola; que tinham três ou quatro pessoas, quando entrou lá; que, quando estava entrando, Caio havia chegado antes, mas que chegaram praticamente juntos; que acha que Caio estava entrando ali para comprar; que Caio estava chegando antes; que, quando entrou, a polícia fez o procedimento; que todos ficaram sentados; que não sabiam quem era quem; que, como era o único com a pequena quantidade, presumiram que ele era usuário; que escolheram a dedo quem era o traficante; que não sabe quem estava traficando mesmo; que a pessoa do lado de fora também estava com um colar; que não era Caio; e que era uma pessoa negra e baixa. (...)”.

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não tornam, 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 – g.n.).

Os agentes de segurança 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 réu.

Ademais, não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre a intenção dos depoentes em incriminarem injustamente o acusado. A apreensão de drogas e dinheiro no mesmo contexto somente foi possível pela firme disposição do policial civil e do guarda municipal no cumprimento do dever, sendo certo que os

esforços empreendidos pelos agentes da autoridade não se mostram coerentes ou críveis 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.

O apelante por sua vez, no inquérito policial, manifestou seu direito constitucional ao silêncio (fls. 19). Em **Juízo** (fls. 170 – mídia audiovisual e 180), negou a prática delitiva, e assim declarou “(...) *as acusações são falsas; que estava com cocaína para consumo; que, por ter passagem e por estar sem seu alvará, o policial Alex, o qual o conhecia da passagem anterior (o prendeu), apontou o dedo e falou 'tudo o que eu achar é no seu peito'; que ele jogou a sacola e disse que era dele; que Felipe estava lá; que Felipe pegou a droga da mesma mão do rapaz em que pegou; e que esse rapaz só conhece pelo vulgo 'Maloca'. (...)*”.

Sem credibilidade alguma a palavra do acusado, que não encontrou eco na prova, revelado o profissionalismo de quem pactua com o crime organizado, disseminando o vício em droga de grande procura, com *animus lucrandi*.

Não parece crível que os agentes da autoridade, encarregados de combater o crime – fossem falsear, distorcendo as circunstâncias em que foi feita a captura do réu, apenas com o objetivo de elegê-lo para falsamente incriminar.

As alegações eleitas pelo réu 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).

Ainda, vale conferir a sólida argumentação do culto Des. Osni Pereira, retirada de voto apresentado quando de julgamento de caso análogo por envolver o debate a respeito do testemunho policial: “***São cansativas as alegações costumeiras contra a palavra dos policiais, como se eles sempre agissem fora da lei, em prejuízo de todos os acusados presos e autuados em flagrante. Mas, os depoimentos prestados por policiais não podem ser sumariamente desprezados apenas em razão de sua condição funcional, devendo ser aferida a sua credibilidade***

em função do exame atento do conjunto probatório existente nos autos. E na espécie em julgamento, nada indica que os policiais militares ouvidos como testemunhas possam ter pretendido forjar essa acusação contra o apelante, a quem nem sequer conheciam” (TJSP, Apelação Criminal nº 0008782-89.2011.8.26.0590, 16ª Câmp. Crim., julgado em 27/01/2015, V.U.), in Apelação nº 0000725-31.2015.8.26.0594, da Comarca de Bauru, Colenda 1ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: Exmo. Des. **DINIZ FERNANDO**, julg., em 26 de junho de 2017.

Assim, sem proveito as alegações do apelante que, imputa isoladamente aos agentes da lei imotivada denunciação caluniosa. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*“praesumptiones hominis”*), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 155 e 239, todos do Código de Processo Penal e art. 375 do Código de Processo Civil, trazendo nenhum crédito a versão defensiva.

Não se desincumbiu o réu do ônus que lhe é imposto no art. 156, do Código de Processo Penal, não sendo de se acolher a versão de autodefesa. 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**). Preleciona Júlio Fabbrini Mirabete: *“... ônus da prova (onus probandi) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes”* (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed. São Paulo: Atlas. p. 474/475).

O direito de não se auto acusar não é franquia para que pratique, o réu, outros crimes, acusando falsamente os agentes da lei. Nesse sentido: *“O princípio nemo tenetur se detegere, que emerge dos artigos 186 e 198 do C.P.P., não vai ao ponto de conferir imunidade a indiciado ou acusado perante o art. 307 da lei penal substantiva. Uma coisa é calar o mesmo ou alterar a verdade sobre fato ou fatos delituosos que lhe são imputados e suas circunstâncias, pois em função do aludido princípio não está obrigado a declarações auto-incriminatórias, outra é*

falsear elementos de sua própria identidade, para obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem” (TARJ - AC- voto vencido Juiz **Mariante da Fonseca** - RT 532/415); sem divergir RT 547/324 e RJTJSP 14/454.

Assim: “(...) *A liberdade de mentir, sem sanção processual, não é ilimitada e não importa na impunidade pelos crimes que venham a ser praticados através das declarações mendazes (...)*” (Apelação nº 0001440-02.2011.8.26.0372, da Comarca de Várzea Paulista, Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: Exmo. Des. **MARCELO GORDO**, julg. em 21 de julho de 2016).

É ônus da defesa provar o que alega, pois *allegare sine probare et non allegare paria sunt* — alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 179). Com todo o vigor tem cabida, como referido, o brocardo *allegare sine probare et non allegare paria sunt* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar). Nesse sentido leciona também **HÉLIO TORNAGHI**: “*O sentido do artigo 156 (do CPP) deve ser esse: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos deve ser provados pelo réu*” (HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1959, IV/232).

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 e dinheiro apreendidos (162 invólucros plásticos contendo Tetrahydrocannabinol (THC), substância popularmente conhecida como “maconha”, com peso líquido de 341,2g; 314 invólucros plásticos fechados por aquecimento e do tipo “*eppendorf*”, contendo cocaína em pó, com peso líquido de 334,4g; 198 invólucros plásticos fechados por nó, contendo cocaína, sob a forma de “crack”, com peso líquido de 27,7g, bem como R\$ 582,00, em dinheiro - fls. 8/10, 12/15, 119 e 157/159), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas.

Nesse passo, “*A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados na residência da apelante, induz que se destinavam ser repassados a*

terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368/76” (RTJE 109/277). Ensina ainda Fernando Pedroso que: “em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo” (Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 2ª ed., RT, 2004, item “5”, p. 96).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo drogas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao artigo 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).

Oportuno registrar, ainda, que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes”* (TJRS, Ap. 697.020.717, Câ., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito*

consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime” (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Pois bem, após a análise de toda a prova colhida em contraditório judicial, vê-se que razão não assiste à Defesa quanto ao pleito absolutório, pois, de fato, as provas são satisfatórias e permitem a segura conclusão da imputação ao réu do crime de tráfico de drogas.

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o apelante trazia consigo drogas, inviável a desclassificação de seu comportamento para aquele previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício por parte do réu não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que ele consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar sua renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Inviável o acolhimento do pedido de absolvição do réu. Os diálogos obtidos por interceptação telefônica dão conta da prática da traficância, tanto na cidade de Tupã, quanto em Bastos/SP. Depoimentos dos policiais civis ouvidos em juízo que devem ser recebidos sem ressalvas. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. **Não há que se falar em desclassificação para o delito descrito no artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas, pois inexistente prova de que as drogas eram destinadas, exclusivamente, ao consumo próprio. Eventual condição de usuário do réu que não obsta que as comercialize, até para sustentar o próprio vício.** Condenação mantida. Dosimetria das penas e cumprimento. Pena-base fixada no mínimo legal. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 aplicado na fração máxima. Regime aberto. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de

direitos. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500953-84.2021.8.26.0637; **Relatora: Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tupã - Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/10/2024; Data de Registro: 16/10/2024 – g.n.).

Logo, possível condição de usuário em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, motivo pelo qual se repele a tese de desclassificação.

Posto isso, examinando-se a natureza das drogas apreendidas – “maconha” e cocaína (em pó e sob a forma de “crack”) - mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, geradoras de marcantes transtornos sociais e de invencíveis problemas na saúde pública, de alto índice viciante, sendo a cocaína de conhecida potencialidade letal, a forma como estavam acondicionadas as substâncias ilícitas, a apreensão de dinheiro cuja origem lícita não restou suficientemente demonstrada e a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Dessarte, 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 apelante às formas puníveis do supracitado dispositivo legal e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, o MM. Juiz *a quo*, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, estabeleceu a pena-base no

mínimo legal, fixando-a em 05 (cinco) ano de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Neste tópico, a r. sentença revelou-se benéfica ao apelante, porquanto a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas (162 porções de maconha, 198 porções de “crack” e 314 porções de cocaína em pó), justificariam a exasperação da basilar, todavia, mantém-se a sanção fixada, ausente recurso ministerial.

Na segunda fase, não verificadas circunstâncias atenuantes, diante reincidência específica ostentada pelo réu (fls. 45/46), a pena foi exasperada em 1/3 (um terço), perfazendo 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Nesta etapa, todavia, a r. sentença comporta reparo, pois, ainda que a reincidência seja específica, o percentual adotado mostrou-se excessivo. Assim, alinhando-se a fração de aumento, ao percentual estabelecido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no tema repetitivo 1172, majora-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), obtendo-se, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Nesse sentido, destacam-se precedentes desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Pleito de absolvição por insuficiência probatória (art. 386, inciso VII, do CPP). Não acolhimento. Réu que trazia consigo porções de maconha, K2, cocaína e crack. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Validade dos depoimentos prestados pelos policiais militares. Versão apresentada pelo acusado que ficou isolada. Impossibilidade de desclassificação da conduta imputada, para a prevista no art. 28, da Lei nº. 11.343/06. O fato de o apelante eventualmente ser usuário de drogas não afasta a condição de traficante. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. A natureza e a quantidade das substâncias devem ser consideradas na primeira fase de dosimetria da pena. Majoração se mostrou

excessivamente severa, sendo razoável como resposta penal a redução da fração para 1/6. **Na segunda fase, a reincidência, ainda que específica, enseja novo aumento à razão de 1/6 (um sexto) – entendimento do E. STJ, fixado na sistemática dos recursos repetitivos (Tema Repetitivo 1172).** Reincidência do acusado que obsta a aplicação do redutor do tráfico privilegiado. Regime fechado adequado. Crime equiparado a hediondo e reincidência. Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concessão da suspensão condicional da pena. Detração penal (artigo 387, §2º, do Código Penal) deve ser analisado pelo Juízo da Execução. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500436-23.2023.8.26.0633; **Relatora: Marcia Monassi**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Peruíbe - 1ª Vara; Data do Julgamento: 04/11/2024; Data de Registro: 04/11/2024 g.n.).

“TÓXICO – TRÁFICO DE DROGAS – Preliminares de nulidade. Afastadas. Nulidade pela ausência de defesa preliminar. Não ocorrência. Dada à oportunidade de apresentação de defesa preliminar na audiência de instrução e julgamento, antes da inquirição de testemunhas. Ausência de prejuízo à defesa. VIOLAÇÃO DE DOMICILIO e BUSCA PESSOAL. Ausência de mandado de busca e apreensão ou autorização. Fundadas razões para que os policiais entrassem na residência diante da fuga do réu. Residência que não pertencia ao réu. Autorização da moradora. Tratando-se de crime permanente não se configura nulidade no flagrante ou violação ao domicílio por falta de mandado. MÉRITO. Desclassificação para o crime de uso de drogas. Não configurada. Ausência de provas. Versão que tinha a droga para uso que não foi corroborada pelas demais provas. Admissão em interrogatório extrajudicial que estava transportando a droga. Quantidade de

drogas que encaminha ao tráfico. Redução da pena-base em 1/8 não aplicado. Admissão dessa modulação baseada no intervalo entre as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas ao delito e não sobre a pena mínima, mostrando-se prejudicial ao réu. Atenuante da confissão não aplicada. A admissão apenas quanto à propriedade da droga não aceita por ausência de confissão quanto a prática do tráfico. **Redução da fração utilizada para aumento pela agravante de reincidência – justificativa quanto à reincidência específica, baseada apenas em uma condenação, não pode ser aferida acima do mínimo. Tema 1172 STJ.** Fixação de regime mais brando. Não aplicado. Reincidência. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”

(TJSP; Apelação Criminal 1540312-22.2022.8.26.0050; **Relator: Ruy Alberto Leme Cavaleiro**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/04/2024; Data de Registro: 15/04/2024 – g.n.).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição de pena, tornaram-se as penas definitivas tal como fixadas na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada, 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, o réu ostenta reincidência específica (fls. 45/46) e foi pilhado em situação flagrancial, em conhecido ponto de tráfico de drogas, em posse de considerável quantidade de drogas (162 porções de maconha, 198 porções de “crack” e 314 porções de cocaína em pó), com potencial para atingir inúmeros

usuários, bem como R\$ 582,00, em dinheiro, o que revela que se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*.

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.”

(STJ, 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).

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

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento do crime de tráfico de drogas, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. artigo 59, inciso III, todos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se o *quantum* da reprimenda imposta e a reincidência ostentada pelo réu, a obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

A respeito do assunto, já decidiu esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, como incurso no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, por transportar, para fins de tráfico, 3 pedras contendo 42,3g de crack, substância entorpecente que causa

dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 2. Recurso defensivo: (i) reconhecimento da nulidade das provas apresentadas aos autos, alegadamente oriundas de procedimento de busca pessoal realizado sem justa causa; (ii) absolvição por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, CPP; (iii) fixação da pena-base no mínimo; (iv) utilização da fração de 1/8 (um oitavo) para o acréscimo decorrente de cada uma das circunstâncias judiciais negativas; e (v) estabelecimento de regime prisional menos rigoroso. 3. O apelante trafegava durante o período noturno com os faróis desligados e, portanto, cometia a infração prevista no art. 250 do CTB, motivo pelo qual foi corretamente abordado pelos policiais militares. Durante as diligências, ele fez movimentação indicativa de que escondesse algum objeto sob o banco do motorista, gerando fundadas suspeitas de que estivesse em posse de ilícitos e justificando as buscas pessoal e veicular, nos termos dos arts. 240, § 2º. e 244, CPP. 4. Preliminar rejeitada. 5. A materialidade e a autoria do crime foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 6. A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). 7. O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito (Tese 13 – Jurisprudência em Teses do STJ – 131ª Edição – Compilado: Lei de Drogas). 8. A natureza das drogas apreendidas (crack) é circunstância que justifica a exasperação da pena-base, devido à sua alta nocividade e maior exposição a risco do bem jurídico protegido, nos termos do art. 42, Lei nº 11.343/06 e da jurisprudência pátria (STJ. HC n. 539.623/SP; AgRg no HC n. 694.438/PR1). 9. A fixação da pena-

base insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, que, nesta fase da dosimetria penal, não está vinculado a um critério aritmético específico, devendo apenas atentar-se à proporcionalidade e à razoabilidade da reprimenda (STJ. AgRg no HC n. 577.284/PB). 10. **O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao réu que é reincidente**, portador de maus antecedentes criminais (STJ. HC n. 748.253/SC) **e condenado a pena superior a quatro anos de reclusão** (STJ. AgRg no HC n. 677.691/SP), sendo inaplicável a exceção jurisprudencial contida na S269/STJ. 11. Recurso desprovido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500608-50.2023.8.26.0637; **Relator: Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tupã - Vara Criminal; Data do Julgamento: 09/12/2024; Data de Registro: 09/12/2024 – g.n.).

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao apelo defensivo e, *ex officio*, **readéqua-se a pena imposta a Caio Cesar Silva de Andrade para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três reais) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal**, mantendo-se no mais a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator