



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000417324

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500810-15.2023.8.26.0544, da Comarca de Várzea Paulista, em que é apelante MATHEUS PEREIRA DE OLIVEIRA, 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 recurso. 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, 30 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9799

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n.º 1500810-15.2023.8.26.0544

Apelante: Matheus Pereira de Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Várzea Paulista

Apelação Criminal. Tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade dos relatos dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Reconhecida a minorante do § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Regime semiaberto mantido. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Matheus Pereira de Oliveira contra a r. sentença (fls. 252/263) em que se julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo, como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal, e para absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 35, *caput*, do aludido diploma legal, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, bem como para absolver o corréu Donavan Henrique Rodrigues da prática dos crimes previstos nos artigos 37 e 35, *caput*, da Lei de Drogas, nos termos do artigo 386, incisos III e VII, respectivamente, do Código de Processo Penal.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 287/296), pugnou pela absolvição do réu, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a fixação do regime inicial aberto para início do cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 302/305), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovemento** do apelo (fls. 313/318).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que **MATHEUS PEREIRA DE OLIVEIRA** foi processado como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta na denúncia, no dia 09 de março de 2023, por volta das 16h20min, na Rua Pindaré, n.º 207, Parque Guarani, na Cidade e Comarca de Várzea Paulista, trazia consigo, para fins de tráfico, 12 (doze) porções de maconha, 18 (dezoito) porções de crack, 03 (três) porções de cocaína e 16 (dezesesseis) porções de “K2”, todas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. termos de depoimentos de fls. 2/5, termos de interrogatório de fls. 6/7, auto de exibição e apreensão de fls. 11/12, laudo de constatação preliminar de fls. 17/20 e laudo de exame químico-toxicológico definitivo de fls. 136/138).

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, DONAVAN HENRIQUE RODRIGUES MESQUITA, colaborou, como informante, para grupo, organização ou associação, na pessoa de **MATHEUS PEREIRA DE OLIVEIRA**, para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (cf. termos de depoimentos de fls. 02/05 e termos de interrogatório de fls. 06/07).

Consta, também, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, **MATHEUS PEREIRA DE OLIVEIRA** e DONAVAN HENRIQUE RODRIGUES MESQUITA, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o delito de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (cf. termos de depoimentos de fls. 02/05 e termos de interrogatório de fls. 06/07).

Segundo restou apurado, “(...) *nas circunstâncias de tempo e local indicadas, MATHEUS trazia consigo as drogas acima descritas para entrega ao consumo de terceiros, sendo que DONAVAN exercia a função de 'olheiro', colaborando, portanto, com MATHEUS, os quais se associaram para a prática do crime de tráfico de entorpecentes.*

Ocorre que, na ocasião dos fatos, Policiais Civis deslocaram-se até o local supra, haja vista que receberam informação de que ali estava ocorrendo

a prática de tráfico de drogas.

Assim que chegaram ao local, os policiais realizaram campana com uso de viatura descaracterizada e constataram que realmente estava ocorrendo a traficância.

*Nesse cenário, passaram a analisar o modus operandi dos denunciados, oportunidade na qual verificaram que DONAVAN exercia a função de 'pano' e recepcionava os usuários que chegavam, autorizando o prosseguimento deles e indicando que deveriam procurar **MATHEUS**, o qual recebia o numerário em dinheiro e retirava objetos de dentro de uma sacola plástica e entregava ao comprador.*

Diante da conduta típica da traficância, os policiais civis abordaram, inicialmente, o denunciado DONAVAN, com quem nada de ilícito foi encontrado, mas confessou que exercia a função de 'olheiro'.

*Ato contínuo, os policiais civis foram na direção de **MATHEUS**, que ao notar a presença policial tentou empreender fuga, mas não obteve êxito. Em seu poder, encontraram a quantia de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais) em dinheiro. No interior da sacola plástica, localizaram os entorpecentes acima descritos, assim como uma caderneta com anotações contábeis da traficância.*

*No mesmo local, os policiais civis localizaram, ainda, HIGOR, usuário de entorpecentes, que portava uma porção de K2, que havia adquirido de **MATHEUS**.*

Assim, considerando a quantidade e variedade de drogas encontradas, a forma em que se encontraram, a atitude dos denunciados, seu modus operandi, o encontro de quantia em dinheiro e anotações contábeis é forçoso convir que as drogas apreendidas se destinavam à entrega a consumo de terceiros.

*Nota-se, ainda, que DONAVAN colaborou com a traficância, bem como se associou com **MATHEUS** para a prática do tráfico de entorpecentes. (...)”.*

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.

Inicialmente, importa notar que a r. sentença de fls. 252/263 transitou em julgado para o Ministério Público em 1º de outubro de 2024 (fls. 277) e

para o corréu Donavan Henrique Rodrigues Mesquita em 4 de outubro 2024 (fls. 280).

No mais, em que pesem os argumentos expostos pela D. Defesa, infere-se que o conjunto probatório se mostra cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas imputado ao réu.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 1), termos de depoimento (fls. 2, 4 e 5), boletim de ocorrência (fls. 8/10), auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), laudo de constatação preliminar (fls. 17/20), relatório final (fls. 72/73), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 136/138), que atestou a ilicitude das substâncias apreendidas, comprovante de depósito de valor apreendido (fls. 139), laudo pericial de caderno contendo anotações de contabilidade do tráfico (fls. 195/200), bem como pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas Cicero Alves de Araujo e Luiz Ricardo Luan dos Santos, policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante do réu (fls. 2, 4 e 243 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feitos pela d. Magistrada sentenciante (fls. 255/257), vez que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

*“(...) **Luiz Ricardo, policial civil**, informou que 'nós estávamos realizando trabalho de repressão ao tráfico. Nós fomos até o local, que é conhecido ponto de venda de drogas. Os dois estavam na entrada de viela. Matheus tinha duas sacolas nas mãos. Nós vimos o momento em que eles foram procurados por um indivíduo. Donavan indicou Matheus. Nós presenciamos uma troca de mãos. Nós esperamos até que eles fossem abordados por um segundo comprador. Eu abordei Donavan. Nada havia de ilícito com Donavan. Com a testemunha foi encontrada uma porção de K2. Nós encontramos cocaína, crack, maconha e K2. Havia uma quantia em dinheiro com Matheus. Matheus recebia cem reais e*

Donavan recebia cinquenta reais para desempenhar a função de 'pano'. Nós estávamos a 25 ou 30 metros dos réus quando nós presenciávamos a comercialização de entorpecentes. Eles estavam distantes um do outro de dois ou três metros. Donavan disse que aquele tinha sido o primeiro dia dele no tráfico. Dentro da sacola havia um caderno com a contabilidade que eles faziam. Eu não lembro se havia nomes nessas anotações. Não foi possível realizar a filmagem. Os réus foram informados a respeito do direito ao silêncio. A quantia em dinheiro apreendida estava com Matheus. Matheus não chegou a comentar se a quantia em dinheiro era proveniente da venda das drogas. Os réus admitiram que estavam no tráfico. Eu não conhecia os réus.'

***Cicero, policial civil**, informou que 'eu lembro da abordagem de Matheus. No dia dos fatos nós fomos a Várzea Paulista. Nas proximidades da rua Pindaré nós paramos a viatura e pudemos observar que um rapaz estava posicionado no início da viela e havia um outro indivíduo ali. Um terceiro indivíduo chegou e abordou Donavan. Ele apontou Matheus. Nós presenciávamos duas comercializações no dia dos fatos. O usuário entregava o dinheiro a Matheus e recebia os entorpecentes de Matheus. Na abordagem, o policial Luiz abordou o comprador Igor e Donavan. Matheus desceu a viela correndo. Eu fui correndo atrás de Matheus. Eu consegui abordar Matheus. Durante a busca pessoal eu encontrei cinquenta e cinco reais em dinheiro com Matheus e uma sacola dentro da qual havia porções de cocaína, maconha crack e K2 e um caderno com anotações. Os dois admitiram envolvimento com o tráfico. Matheus disse que ganhava cem reais e o olheiro Donavan confessou que ganhava em torno de cinquenta reais. Donavan disse que aquele tinha sido o primeiro dia de trabalho dele. Os réus foram informados que tinham o direito de permanecer em silêncio. Eu não sei se determinaram que fossem realizados exame grafotécnico. Nós ficamos em campana por volta de 15 minutos.*

Presenciamos duas comercializados. Matheus continua segurando a sacola com a droga. O dinheiro estava no bolso de Matheus. Matheus disse que o dinheiro era proveniente da venda das drogas. As drogas estavam todas embaladas para a venda. Eu não conhecia os réus. Nós já tínhamos feito outras apreensões naquele local e por isso nós retornamos e ficamos de campana. O local é conhecido ponto de venda de drogas em Várzea Paulista.' (...)"

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

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do C. 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 policiais civis descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, além de apontar a autoria, pois surpreenderam o acusado em lugar conhecido como ponto de venda de drogas, 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. As apreensões de drogas e dinheiro no mesmo contexto, somente foram possíveis pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que os esforços empreendidos 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 da Magistrada.

Já os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela defesa do réu Matheus, Aparecida do Carmo Gregório do Nascimento Moraes e Danilo Carnauba Chaves, nada acrescentaram de relevante ao deslinde dos fatos.

Por sua vez, o apelante, no inquérito policial (fls. 7), confessou os fatos narrados na denúncia, e assim declarou “(...) *realmente estava vendendo drogas nesta data, iniciando o turno às 7 horas, e ficaria até as 16 horas; que ganharia cerca de R\$ 100,00 reais, pois a 'biqueira' está com movimento fraco; que mora sozinho com sua avó, e estão passando necessidade, por isso resolveu participar do tráfico; que atuava com seu primo Donovan, o qual era o 'pano'.; que tentou fugir da ação policial e esbarrou no muro da viela, resultando em 'ralado' na mão, não agredido ou abusado por parte dos policiais; que já foi preso por tráfico e responde ao processo em liberdade, sendo que essa outra prisão foi injusta, pois não praticava o crime, estando passando próximo a um ponto de venda de tóxicos quando voltava de uma 'balada' e os policiais militares forjaram o flagrante nele. Em juízo* (fls. 243– mídia audiovisual e 254/255), alterou a versão dos fatos e negou a prática delitiva, nos seguintes termos “(...) *Eu conheço Donovan desde a época da escola. Nesse dia nós estávamos na casa de Donovan jogando videogame. A filha do corréu pediu que nós fossemos comprar leite em um mercadinho. Quando nós*

viramos a viela, nós vimos as pessoas correndo. Nós continuamos subindo a viela. Os policiais civis vieram em nossa direção. Nós fomos abordados e 'continuamos subindo andando'. Eu não corri. Os policiais não encontraram nada comigo durante a revista pessoal. Se eu não me engano, todos se conhecem. Se eu não me engano, Donavan tinha conta no mercado. Nós não tínhamos nada quando nós saímos. Nem celular eu tinha levado. Eu levei o celular para casa de Donavan, mas deixei o aparelho por lá quando nós fomos ao mercado. Eu já fui preso uma vez voltando do serviço. Eu nunca mexi com essas coisas de drogas. Eu nunca mexi com o tráfico. Eu já fui preso no tráfico. Eu fui condenado. Eu não conhecia os policiais civis. Hoje em dia eu trabalho com meu sogro como servente de pedreiro. Atualmente eu trabalho como autônomo. Eu trabalho como pedreiro. Minha mão é até cheia de calos de tanto que eu trabalho como pedreiro. (...)”.

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 policiais civis – 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 Câm. 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 denúncia 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).

Oportuno, registrar 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 g.n.). “*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 – g.n.).

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.

Dessa forma, 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 (12 invólucros plásticos fechados por pressão “tipo zip”, contendo Tetrahydrocannabinol (THC), substância popularmente conhecida como “maconha”, com peso líquido de 28,1g; 18 microtubos plásticos do tipo “eppendorf”, contendo material sólido petrificado – cocaína sob a forma de “crack”, com peso líquido de 2,7g; 3 microtubos plásticos do tipo “eppendorf”, contendo material sólido particulado – cocaína em pó, com peso líquido de 2,7g; 16 microtubos plásticos do tipo “eppendorf”, com peso líquido de 6,1g, contendo ADB-BUTINACA, substância popularmente conhecida como “K2”, R\$ 55,00 – fls. 11/12, 17/20, 136/138), aliados à forma como estavam acondicionadas as substâncias proibidas, bem como a apreensão de um caderno contendo anotações da contabilidade do tráfico (fls. 195/200).

Cabe notar que já se decidiu que: *“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 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, 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).

Logo, examinando-se a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas – “maconha”, “K2” e cocaína (em pó e sob a forma de “crack”) – mais procuradas e disseminadas que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradoras de invencíveis problemas na saúde pública, sendo a cocaína de conhecida potencialidade letal, a forma como estavam acondicionadas, a apreensão de dinheiro cuja origem lícita não restou suficientemente demonstrada, a segura incriminação feita pelos agentes estatais, incumbidos por dever de ofício da repressão penal, e as inadmissíveis alegações do apelante, 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*).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta do apelante às formas puníveis no 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, nos termos do artigo 59 do Código Penal e do

artigo 42 da Lei de Drogas, a MM.^a Juíza *a quo* 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.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e, em que pese a presença da atenuante da menoridade relativa, estando as penas no mínimo legal, restaram assim mantidas em razão do disposto no enunciado n.º 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, reconhecida a causa de diminuição de pena insculpida no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a reprimenda foi reduzida em 1/6 (um sexto), totalizando 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Neste tópico, respeitado o entendimento da culta Magistrada sentenciante, a r. sentença revelou-se benéfica ao apelante, porquanto em que pese a alegada primariedade do réu, este ostenta uma anotação criminal por crime idêntico ao analisado nestes autos, sem se olvidar que foi pilhado em situação flagrancial, em conhecido ponto de tráfico de drogas, trazendo consigo drogas inclusive de elevada nocividade (12 invólucros plásticos de “maconha”, 18 “*eppendorfs*” contendo “crack”, 3 “*eppendorff*”, contendo cocaína em pó e 16 “*eppendorfs*”, contendo “K2”), com potencial para atingir uma quantidade considerável de usuários, bem como R\$ 55,00, em dinheiro, cuja origem lícita, como dito, não restou suficientemente demonstrada, o que revela que se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi e modus vivendi*.

Como é sabido, as drogas não circulam com a expressão do que foi apreendido na posse do réu sem maior proximidade com fonte distribuidora, todavia mantém-se o entendimento adotado, ausente recurso ministerial e em homenagem ao princípio do “*non reformatio in pejus*”.

Dessarte, se mantém o patamar de redução conforme estabelecido na r. sentença.

Bem-marcado, o regime inicial semiaberto fixado na r. sentença, consoante disciplina o artigo 33, § 2º, alínea “b” e § 3º, c.c. art. 59, inciso III, ambos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se o

quantum da reprimenda imposta.

A respeito, destaca-se precedente desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

“DIREITO PENAL. **APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO.** RECURSO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. ERRO MATERIAL NO QUE TANGE À QUANTIDADE DE DIAS-MULTAS CORRIGIDO. I. Caso em Exame Apelações interpostas pelo Ministério Público e por Virgílio Santiago Bonfim contra sentença que condenou o réu à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 486 dias-multa, pela prática de tráfico de drogas privilegiado, conforme artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. A defesa pleiteia absolvição por insuficiência probatória e quebra da cadeia de custódia. Requer, ainda, que o apelante Virgílio aguarde em liberdade o trânsito em julgado da ação. O Ministério Público, por sua vez, requer o afastamento do redutor do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a suficiência probatória para a condenação por tráfico de drogas, (ii) a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, e (iii) a adequação do cálculo das penas. III. Razões de Decidir 3. A preliminar de quebra da cadeia de custódia foi rejeitada, pois os procedimentos policiais e periciais seguiram as normas do Código de Processo Penal, sem divergências nos lacres ou na quantidade de droga apreendida. 4. No mérito, a condenação foi mantida com base, principalmente, nas provas pericial e oral, incluindo depoimentos de policiais que confirmaram a traficância por parte do réu. Mantida a aplicação do redutor do "tráfico privilegiado", pois a quantidade de droga apreendida já foi considerada para aumentar as penas na primeira fase do cálculo. 5. A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, com 583 dias-multa, devido à natureza e quantidade da droga que o réu

trazia consigo, para fins de tráfico (cocaína, 158 microtubos). Na segunda fase, não houve agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, aplicou-se o redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/6, resultando na pena final de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, com 485 dias-multa, corrigindo erro material existente na sentença original. 6. Fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena de reclusão. 7. O réu permaneceu preso durante a instrução, não havendo motivos para que a ele seja concedida a liberdade provisória neste momento processual. Prisão preventiva que é compatível com o regime semiaberto que ora se impõe. IV. Dispositivo e Tese 8. Recurso da acusação desprovido e parcialmente provido o recurso da defesa, com abrandamento do regime prisional. Tese de julgamento: 1. A suficiência probatória justifica a condenação por tráfico de drogas privilegiado. 2. A aplicação do redutor do tráfico privilegiado é de rigor se preenchidos os requisitos legais e a quantidade de droga já foi considerada na primeira fase da dosimetria da pena. 3. O cálculo das penas foi realizado corretamente, considerando a natureza e quantidade da droga na fixação da pena-base e a aplicação do redutor na terceira fase. 4. **Regime semiaberto que se impõe se ao réu primário é imposta pena superior a 4 anos e que não ultrapassa 8 anos e o crime não é hediondo ou equiparado, como é o caso do tráfico privilegiado.** Legislação Citada: Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º; Código de Processo Penal, arts. 158-A a 158-F, 386, VII; Código Penal, art. 33, §2º, alínea "b". Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no HC n. 672.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 22.06.2021; STJ, AgRg no REsp n. 1.922.590/PE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 19.09.2022.”

(TJSP; Apelação Criminal 1500163-10.2024.8.26.0633;

Relatora: Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itariri - Vara Única; Data do Julgamento:

14/02/2025; Data de Registro: 14/02/2025 – g.n.).

Por fim, pelas razões já expostas, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta de preenchimento de requisito objetivo estabelecido no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Sobre o tema: “(...) **Fixada a sanção em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal (...)**” (HC n. 772.637, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 01/12/2022); “(...) **O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, que não se encontram preenchidos no caso em exame, porquanto mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão (...)**” (HC n. 366.096/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 7/11/2016).

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes: HC 108.135, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.06.12; RHC 105.150, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 06.08.12; RHC

107.860, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 25.09.12. 2. A redução da pena em virtude da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ainda quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra *in procedendo*, aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime. Precedentes: HC 99.440/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, e HC 102.487/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 3. In casu, a) o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06; b) o TRF da 3ª Região deu parcial provimento à apelação da defesa para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto), reduzindo o *quantum* da pena para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. A Corte Regional justificou a aplicação de percentual inferior ao máximo legal em razão da atuação do paciente na condição de “mula”, figura que, inobstante não se subordinar, de modo permanente, às organizações criminosas, nem integrar seus quadros, é peça fundamental para “assegurar a insuspeição da prática criminosa”. 4. **A pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos não pode ser substituída por outra restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.** 5. *In casu*, o paciente foi condenado a 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, não sendo possível, destarte, a substituição da reprimenda. 6. Habeas corpus extinto sem julgamento de mérito. Ordem concedida de ofício para determinar que o juízo da execução verifique se o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime.

(HC 121543, Relator: Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

03-06-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG
31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014 - g.n).

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de
apelação interposto pela. d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e
jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator