



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000425143

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501589-61.2024.8.26.0567, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes/apelados GIOVANE QUINTILHANO e MISLENE MARTINCOSKY LUZ, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E RODRIGUES TORRES.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

MARCELO GORDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação n.º 1501589-61.2024.8.26.0567

Voto n.º 31601

Direito Penal. Apelação. Tráfico de drogas e resistência. Recursos parcialmente providos.

I. Caso em Exame

Giovane Quintiliano e Mislene Martincosky foram condenados por tráfico de drogas, com penas substituídas por restritivas de direitos. Giovane também foi acusado de resistência, mas absolvido em primeira instância. A Justiça Pública apelou para condenação por resistência e majoração das penas. Os réus apelaram alegando nulidade das provas e pleiteando absolvição.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a validade das provas obtidas na busca veicular; (ii) a absolvição dos réus por falta de provas; (iii) a majoração das penas e afastamento do privilégio do tráfico.

III. Razões de Decidir 3. A busca veicular foi considerada lícita, baseada em fundada suspeita e flagrante delito. 4. A condenação de Giovane por resistência foi justificada pela oposição à abordagem policial. 5. A absolvição de Mislene foi determinada pela falta de provas de sua participação no tráfico.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso ministerial parcialmente provido para condenar Giovane por resistência e readequar a pena de tráfico. Recurso defensivo parcialmente provido para absolver Mislene por falta de provas. Tese de julgamento: 1. A busca veicular em flagrante é lícita ainda que sem autorização judicial. 2.

A resistência à abordagem policial configura delito quando há oposição a ato legal.

Legislação Citada:

Constituição Federal, art. 5º, XI.

Código Penal, art. 329, caput; art. 33, § 2º, “c”; art. 44, I; art. 63.

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput c.c. o § 4º.

Código de Processo Penal, art. 156; art. 240 c.c. art. 6º, incisos I, II e III; art. 244; art. 386, VII.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Apelação 0037607-53.2007.8.26.0050, Rel. Silmar Fernandes, j. 06/12/2012.

TJSP, Apelação Criminal nº 1500856-96.2021.8.26.0536, Rel. Xisto Rangel, j. 23/09/2022.

TJSP, Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, Rel. Xisto Rangel, j. 08/08/2022.

TJSP, Apelação Criminal nº 0077713-44.2012.8.26.0224, Rel. Cardoso Perpétuo, j. 19/03/2015.

TJSP, Apelação Criminal nº 1500118-63.2019.8.26.0218, Rel. Marcelo Gordo, j. 05/11/2021.

Trata-se de apelações contra a r. sentença (fls. 432/436) que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condenar **Giovane Quintiliano** e **Mislene Martincosky**, como incurso no artigo 33, *caput* c.c. o § 4º, da Lei 11.343/06, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no menor valor unitário; substituídas as carcerárias por 02 (duas) penas restritivas de direitos,

consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de 01 (um) salário-mínimo; absolvendo **Giovane Quintiliano** da imputação como incurso no artigo 329, *caput*, do Código Penal.

Inconformada, apela a Justiça Pública (fls. 451/459). Pretende, em suma, a condenação de **Giovane** também pelo delito de resistência, nos termos da denúncia que entendeu provada; postula, outrossim, em relação ao tráfico, a majoração das basais na fração de 1/3 (um terço) e o afastamento do privilégio previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 – em virtude da quantidade de entorpecente apreendido –, bem como a imposição do regime fechado para o início do cumprimento e o afastamento da substituição das aflições por restritivas de direitos.

Igualmente irredimidos, recorrem os réus (fls. 476/488). Preliminarmente, suscitam a nulidade das provas, sob o argumento de que a busca veicular ocorreu de forma ilícita, diante da ausência de justa causa. No mérito, pleiteiam a absolvição, por insuficiência probante; requerem, ainda, o afastamento do perdimento do veículo, e prequestionam os dispositivos legais mencionados em seu apelo.

Respondidos os recursos (fls. 464/472 e 491/495), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do apelo defensivo, com o afastamento da preliminar (fls. 514/518).

É o relatório.

De acordo com a denúncia, **Giovane Quintiliano** e **Mislene Martincosky**, nas circunstâncias espaço-temporais ali descritas, traziam consigo, transportavam e guardavam, para fins de tráfico, 01 (um) tijolo de *maconha*, com peso líquido de 541,31g – cf. auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, laudo de constatação de fls. 42/45 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 88/90 –, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, outrossim, que, nas mesmas condições de tempo e lugar, **Giovane Quintiliano** opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário público competente para executá-lo.

Feito o introito, há de se afastar a propalada ilicitude da busca veicular.

Como cediço, as buscas, pessoal e veicular, na hipótese de flagrante delito, prescindem de autorização judicial, conforme facultado pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ademais, o encontro de narcótico no interior do automotor de **Giovane** prestigia o proceder.

Além disso, os policiais procederam às diligências a partir de fundadas suspeitas do envolvimento do acionado no delito, como reza o art. 240 c.c. art. 6º, incisos I, II e III, ambos do Código de Processo Penal.

Com efeito, segundo relato dos policiais em juízo, a abordagem de **Giovane** fora motivada pelo fato de ter sido divisado enquanto regressava de notória biqueira; a conduta suspeita, inclusive, deu azo à vistoria em seu veículo.

A postura adotada, pois, naquele contexto, justificava a investida contestada.

Ademais, a “*fundada suspeita*” exigida pelo artigo 244, do Código de Processo Penal, reflete conceito fluido e indeterminado, de modo que inexistentes indícios de arbitrariedade na atuação policial, prestigia-se o proceder, mormente em casos que tais, em que a medida vem chancelada pelo encontro do narcótico referido na denúncia.

Nessa toada, *mutatis mutandis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL - Estatuto do Desarmamento - Porte ilegal de arma de fogo equiparada a uso restrito - Artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 (...) - Ilegalidade da busca pessoal e no veículo por inobservância dos requisitos legais - Desconsideração da prova - Descabimento - A fundada suspeita configurou-se com os policiais surpreendendo um veículo ocupado por três indivíduos em local ermo, transitando de forma suspeita, por altas horas da madrugada em dia de semana - Impossibilidade do Magistrado penetrar no foro íntimo dos depoentes policiais, aferindo com segurança a veracidade de suas declarações e os exatos motivos que ocasionaram a suspeita, sendo

certo que as condições externas evidenciaram motivos suficientes para a abordagem (...).” – negritou-se – (TJSP, Apelação 0037607-53.2007.8.26.0050, Relator(a): Silmar Fernandes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 06/12/2012).

No mesmo sentido, o entendimento desta C. 13ª Câmara Criminal:

“Ação Penal – Preliminar – Arguição de nulidade decorrente da ilegalidade da busca pessoal – Não ocorrência – Estado de flagrância e fundada suspeita inclusive confirmada com a apreensão dos entorpecentes – Mérito – Tráfico de Drogas – Sentença condenatória – Apreensão de cocaína – Recurso da Defesa – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos prestados pelos agentes de segurança de forma coerente e que merecem crédito diante do contexto probatório – Dicção do disposto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 – Mercancia demonstrada – Dosimetria: Pena-base fixada no mínimo legal – Segunda fase – Deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa, todavia sem reflexos, ante o teor da Súmula nº 231, STJ – Terceira fase – Réu que possui registro de ato infracional, inclusive equivalente ao tráfico de drogas, impede a concessão do benefício do tráfico privilegiado – Inteligência do par. 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 sob a luz do princípio da individualização da pena – Prévia imposição de medida socioeducativa que se a um lado não permite o reconhecimento das circunstâncias da reincidência e dos maus antecedentes (ambas a pressupor condenação com trânsito em julgado por crime anterior), autoriza, com base na discricionariedade judicial, a convicção de que a dedicação ao tráfico é habitual, de modo a não justificar o benefício em razão do terceiro requisito impeditivo: “não se dedique a atividades criminosas” – Afastamento do benefício com base em prévia imposição de medida socioeducativa que não significa penalização diferida do ato infracional, já que o raciocínio a se empregar é parelho ao que justifica o reconhecimento de prévias condenações por crimes (reincidência e maus antecedentes) como circunstâncias aptas a interferir na dosimetria – Regime fechado alterado para o semiaberto tendo em vista que o apelante é primário, menor de idade e as circunstâncias são favoráveis – Nem se cogite de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista o impeditivo do art. 44, I do Código

Penal – Recurso provido em parte para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.”– negritou-se – (Apelação Criminal nº 1500856-96.2021.8.26.0536, Rel. Des. Xisto Rangel, julgado em 23/09/2022).

“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 levava 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.” – negritou-se – (Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, rel. Des. Xisto Rangel, julgado em 08/08/2022).

Enfim, não se entrevê qualquer ilicitude nas buscas.

Vale destacar, a propósito, que o ordenamento pátrio não confere guarida ao exercício indiscriminado de direitos fundamentais. Nem poderia ser diferente. Afinal, o abuso termina por esbarrar na esfera de proteção jurídica de outrem.

Nesse sentir, oportuno consignar que a traficância representa um atentado abjeto à saúde pública, e impulsiona grande parte dos crimes que assolam a sociedade. Constitui, pois, a violação primeira ao ordenamento, e que não pode, a título de uma pseudogarantia, passar despercebida. Estar-se-ia, do contrário, a

vilipendiar o Princípio da Proporcionalidade, que ordena, por excelência, o choque entre direitos de igual hierarquia.

Superado o óbice inicial, ingressa-se na análise do mérito dos reclamos.

Interpelados, em juízo, os acusados refutaram as faltas que lhes foram irrogadas (gravações insertas nos autos digitais).

No aspecto, **Giovane** historiou que passeava com **Mislene** em seu automotor, até que decidiram comprar o equivalente a R\$ 20,00 em *cocaína*, para o consumo de ambos. Estacionou seu veículo próximo a uma biqueira e, quando já regressava ao automóvel, foi abordado por um militar, que divisou a chave do veículo e pediu para vistoria-lo. Não opôs qualquer resistência e, após sua namorada ter desembarcado e o automotor ter sido revistado, os policiais anunciaram que o bem seria apreendido, em que pese nada de ilícito ter sido constatado. Ao tentar argumentar com os militares, um deles agiu de forma hostil e o agrediu. Apesar de apenas ter retrucado as agressões, imaginou que iriam incriminá-lo, injustamente, por desacato. Questionado, redarguiu que a corré lhe informou que gravou parte da ocorrência.

A negativa, contudo, a par de indigesta, contrastada pelo que de resto consta, não subsiste.

Por sua vez, **Mislene** declarou que seu namorado **Giovane** estacionou seu automotor em meio à via pública, próximo a ponto de distribuição de narcóticos, a fim de adquirir 02 (dois) pinos de *cocaína* para o consumo de ambos. Permaneceu no interior do veículo do corréu e, ao notar, pelo espelho retrovisor, que policiais o abordavam, imaginou tratar-se “*abordagem normal*”; não se preocupou e sequer parou de manusear seu celular. Na sequência, um dos policiais rogou para que desembarcasse. Ao sair do automotor, divisou outro militar e **Giovane** “*se pegando*”. A seguir, o corréu foi ao solo e sofreu agressões. Pegou seu celular e começou a gritar. Neste instante, um dos militares retirou o aparelho de sua mão e pediu para que o desbloqueasse, o que não foi possível, na medida em que estava com a bateria descarregada. Embora nada de ilícito tenha sido encontrado no veículo, foi algemada

e conduzida à delegacia. No departamento policial, após seu celular ter sido carregado, desbloqueou o aparelho, para que os policiais acessassem seu conteúdo.

E da análise do que veio trazido à consideração do julgador, conclui-se que, no tocante a **Giovane**, as imputações merecem prevalecer.

Policia militar Jimi, ouvido em juízo, reportou acerca da atuação (gravação insertas nos autos digitais). Em patrulhamento rotineiro, realizado em notório ponto de distribuição de estupefacientes, divisaram que **Giovane** caminhava, vindo da biqueira, em direção a um automotor estacionado em meio à via pública; a corré postava-se ao lado do veículo, cuja porta estava aberta. Abordou o acionado e, em sua posse, não localizou nada de ilícito. Ao pedir para que um companheiro de farda vistoriasse o automóvel, o acusado buscou empreender fuga. Segurou **Giovane** pelo peito, para que não se evadisse. A fim de se desvencilhar, o corréu desferiu um chute, que atingiu sua virilha, e cerrou os punhos; antes, porém, que o acionado fosse capaz de desferir o soco, investiu contra o próprio e, através da utilização de força moderada, conseguiu contê-lo, mas não sem lesionar seu joelho, cotovelo e testa. Em seguida, o automóvel foi revistado e, após o banco traseiro ser erguido, foram localizados um tijolo de *maconha* e uma balança digital. Perquirida, informalmente, **Mislene** declarou insciência a respeito do narcótico apreendido. Já na delegacia, ao ter celular apreendido, **Giovane** disse que havia uma conversa, que envolvia a negociação de uma arma de fogo, registrada no aparelho, o qual foi encaminhado à perícia. Indagado, redarguiu que não notou odor de *maconha* no automóvel do acionado e que o celular da acusada estava descarregado.

E disto não destoou, na essência, o dito pelo colega de farda Ailton (gravação inserta nos autos digitais).

Repise-se, o depoimento prestado por policial, porque agente público forçado a obrar no estreito campo da legalidade, goza de inequívocas presunções de veracidade e legitimidade, e não pode ser infirmado por meras ilações suscitadas pelo prejudicado. A dúvida deve vir calcada em elementos sólidos, ausentes na espécie. É, afinal, como tem decidido esta Egrégia Câmara, conforme o aresto abaixo

colacionado:

“Iterativa é a jurisprudência que considera idôneo o depoimento de policial, quando se encontra com outros elementos de convicção. Não há razão para refutá-lo. Como é cediço, 'os funcionários da Polícia merecem, em seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresentem razão concreta de suspeição' (Ap. Crim. nº 153.983-3, Santos, j. em 07.07.94). Em outro julgado desta Augusta Corte ficou destacado que 'não há descrer, aprioristicamente, do relato de policial, somente porque são policiais. Se, naturalmente, são policiais que abordam um suspeito e procedem à apreensão de droga, é intuitivo que eles irão depor e relatar o que fizeram. Seria verdadeiro contra-senso negar veracidade aos relatos somente porque efetuados por policiais, sob a surrada e inconsistente alegação de que assim agem para dar validade à apuração desenvolvida' (TJSP, Ap. Crim. nº 234.718-3, 3ª Câmara, Rel. o Des. WALTER GUILHERME, in RJTJSP, 208/273-277); e, dessarte, 'como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório' (in RT 730/569)” - Apelação Criminal nº 0077713-44.2012.8.26.0224, Comarca de Guarulhos, Rel. Des. Cardoso Perpétuo, j. em 19.03.2015, v. u.).

Tais relatos, desdobrados e prestados em uníssono, assumem valioso elemento de convicção, e não foram infirmados pela defesa.

Leandro – irmão de **Mislene** –, José, Ivone e Mariane – genitora e fraterna de **Giovane**, respectivamente –, testemunhas arroladas pela Defesa, ausentes ao ensejo dos fatos, em nada contribuíram à sua elucidação.

E a tanto se resumiu a prova oral aquilatada.

In casu, os dados da apreensão falam por si. **Giovane** fora surpreendido enquanto retornava de uma biqueira e deambulava em direção ao seu automotor, no qual foram encontrados, hominizados sob o banco traseiro, 01 (um) tijolo de *maconha*, com peso líquido de 541,31g – cf. auto de exibição e apreensão de fls.22/23, laudo de constatação de fls.42/45 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 88/90 –, quantidade que não deixa dúvida acerca do propósito difusor, além

de uma balança digital.

Ademais, a própria tentativa de escape já diz muito sobre aquilo em que inserto, tudo a evidenciar o exercício do narcotráfico pelo recorrente.

Note-se, ainda, que para caracterização do crime de tráfico, ora sob análise, é prescindível ser o agente flagrado em efetivo comércio, ou na percepção de lucro. Basta, ao reverso, que se identifique algum dos núcleos elencados no tipo penal em comento, porquanto delito de ação múltipla.

Nem se pode perder de vista que a quantidade de drogas é sim um fator determinante a distinguir o mercador, ainda que não pilhado em exercício tal, do mero usuário.

De outro giro, nada há a corroborar a versão exculpatória – já *de per si* inverossímil – , sustentada pelo apelante; ao reverso, sua narrativa destoa, inclusive, daquela prestada por **Mislene**, que relatou que o entrevero do namorado com o policial teve início antes que o automotor do corréu fosse vistoriado, bem como que não foi capaz de filmar a abordagem, pois a bateria de seu celular estava descarregada.

E o ônus a respeito, *ex vi* do que estatui a norma do art. 156 do Código de Processo Penal, cabia à Defesa, do qual não se desincumbiu a contento.

Lado outro, não se prospecta, em resumo, qualquer senão nos informes das testemunhas de acusação, muito menos deliberada postura incriminadora daqueles que não dispunham de motivos a fazê-lo. E isso, no geral, foi bem aquilatado na origem.

Vale dizer, não havia, até onde se provou, qualquer dissenso entre os protagonistas da ação delituosa, tampouco qualquer razão para que os militares falsamente acusassem o apelante, ou buscassem prejudicá-lo gratuitamente, a tornar descabida eventual imputação deliberada por parte deles.

Destarte, no cotejo das versões, há de prevalecer a dos policiais, dotada

de verossimilhança. Mais a mais, em faltas do jaez, há que se conferir prestígio àqueles que, ao menos aparentemente (e à Defesa cumpria dispor o inverso), desempenham um múnus público, em confronto com adversidades locais. Seria ilógico conceber, do contrário, que o Estado-Polícia tendesse a coibir a marginalidade com imposturas, mormente sem qualquer justificativa plausível a tanto.

Essa, enfim, a premissa que se tem em conta e que pode ser anuviada por provas diversas, das quais a parte deve dispor.

E, a despeito do alardeado, a inexistência de testemunhas alheias aos quadros policiais tampouco serve para desprestigiar a prova angariada. Cediço que em desvios da espécie apenas agentes públicos ousam depor, conformando-se os civis com o silêncio, porquanto temerosos de represálias daqueles que, muitas vezes circunvizinhos, exercem a atividade nefasta.

Ademais, o argumento aduzido nas razões recursais de que “*parte da abordagem **poderia** estar gravado na memória*” (negritou-se) do celular da corré, e as alegações, absolutamente inconsistentes e desprovidas de fundamentação, no sentido de que a perícia no aparelho não teria sido realizada de maneira idônea, pois seria “*difícil aceitar as conclusões apresentadas, em suma, de que “... não foram localizados vídeos, áudios, fotos ou qualquer outro registro do dia dos fatos, qual seja 13/06/2024, que pudessem ser passíveis de análise...”*”¹⁸, até porque, vale destacar, o aparelho esteve sempre sob a guarda “da polícia”, não encontram respaldo sequer no interrogatório prestado pela acusada em juízo, do qual – repisa-se – se infere que a própria não foi capaz de filmar a abordagem, sendo desnecessárias maiores digressões a respeito.

No mais, o delito de resistência, igualmente, se perfez; notória a oposição do recorrente a ato de ofício praticado regularmente pelos policiais militares, diante de sua oposição à abordagem, manifestada no instante em que os militares indicaram que realizariam vistoria no veículo pertencente ao acionado.

Tampouco há se falar em ausência de dolo, tal como aventada em sede de

contrarrazões, ou em reação defensiva, até porque não se provou qualquer abuso dos policiais militares, ou de manifesta ordem ilegal a justificar as reações do apelante. Mais a mais, eventual abuso de poder perpetrado pelos militares deveria ser alvo de medidas judiciais ou administrativas cabíveis.

Assim é que a análise equidistante dos elementos probatórios torna indúvidas autoria e materialidade das práticas dos delitos capitulados no artigo 329, *caput*, do Código Penal, e no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

De outro giro, no que toca a **Mislene**, convém assentir que os elementos de convicção constantes dos autos não permitem atribuir, com a necessária certeza, a prática da atividade nefasta.

Isto porque, conquanto surpresa ao lado do automotor em que localizado o entorpecente apreendido, resultou incontroverso que o veículo pertencia ao corréu – seu namorado – e não há provas de que teria aquiescido ao transporte dos estupefacientes, tampouco de que tivesse ciência de sua existência.

Afinal, no que concerne à acusada, o que existe de incriminador, se é que de fato o é, é apenas sua presença ao lado do automotor em questão.

É dizer: na medida em que o tijolo de *maconha* e a balança digital foram encontrados apenas após o banco traseiro ser erguido pelos militares, que afirmaram, ademais, que o odor de *maconha* no automóvel não era perceptível, inexistente nos autos, como dito, qualquer indício de seu conluio para a difusão proscrita.

E tal incerteza, aqui não aquietada por outros dados, impera na hipótese. Destarte, por exigir o édito condenatório certeza, senão visceral, mas ao menos consistente acerca do alegado, não se prestigia na hipótese a acusação envidada, descartando-se o risco de se impor injusta condenação de uma inocente.

Não se trata de exigir prova além do necessário ao convencimento do Magistrado, mas de equacionar a probabilidade de engano, tomando-a em favor da ré. Imperiosa, pois, a absolvição da apelante em relação à falta que lhe fora irrogada, diante da deficiência probatória a esse respeito.

Definida a sorte do litígio, ingressa-se na dosimetria.

No que tange ao tráfico, a basal foi fixada no piso legal e assim deve ser mantida, a despeito das considerações tecidas pelo Ministério Público.

Isto porque, conquanto elevada a quantidade de droga apreendida [01 (um) tijolo de *maconha*, com peso líquido de 541,31g – cf. auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, laudo de constatação de fls.42/45 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 88/90], tal circunstância será considerada na terceira fase do cálculo, conforme pleiteado pelo *Parquet*, motivo pelo qual não deve influir sobre a básica, sob pena da ocorrência de inadmissível *bis in idem*.

Com efeito, esse tem sido o entendimento desta Corte:

“As básicas sofreram exasperação de metade com fulcro na quantidade de entorpecente, medida em princípio possível em face do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06. Sob o mesmo argumento, todavia, negou-se o privilégio do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal (fl. 249).

Configurado, portanto, inaceitável 'bis in idem', ou seja, dupla apreciação do mesmo fator em desfavor das rés.

Nessa linha, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar em 19.12.2013 os 'Habeas Corpus' nºs 112.776/MS e 109.193/MG, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu que 'em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa'. Na ocasião, ficou consignado que 'cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao 'bis in idem'”.

Exclui-se, por conseguinte, o acréscimo procedido”.(Apelação nº 1501607-29.2017.8.26.0567, Comarca de Sorocaba, Rel. Des. Vico Mañas, j. em 05.12.2018, v.u.).

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, a sanção permaneceu

inalterada.

Na derradeira etapa, por se tratar de réu primário, sem antecedentes desabonadores, e ausente demonstração de que se dedique a atividades criminosas, tampouco íntegra organização dessa natureza, o magistrado da origem concedeu o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em grau máximo. Contudo, reputo mais adequado que o benefício seja aplicado em seu grau intermediário de 1/2 (metade), *quantum* justificado pela quantidade de droga constrita [01 (um) tijolo de *maconha*, com peso líquido de 541,31g].

E, no aspecto, o raciocínio é irrecusável: o balizador para a atribuição ou não da benesse, assim como para a eleição da fração de redução aplicável está na inserção no profano; sua incidência se faz em razão inversamente proporcional àquela, chegando até a inibi-la, caso constatado o vínculo de permanência com a atividade proscribida.

Se assim o é, e conclui-se que o seja, quanto maior a guarda de narcóticos, a par de outras distinções, mais lógico se conceba uma ação mais organizada, arraigada, e bem delineada entre os que dela tomam parte, a ponto de se mitigar a incidência da minorante como acima apontado. Nessa linha de ideias, recusa-se da premissa do oito ou oitocentos; ou seja, pode-se conceber que alguém, pelo potencial do malfeito, tenha maior condição de voltar a delinquir e, portanto, esteja mais aprofundado no mundo infracional, sem que isso o credencie a um componente de organização criminosa.

Assim, resulta a reprimenda definitivamente assentada em **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no menor valor unitário.**

Quanto ao delito de resistência, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, de **02 (dois) meses de detenção**, e, inexistentes outras causas modificativas a serem consideradas, a pena resulta arbitrada, definitivamente, em tal patamar.

Por fim, as penas são somadas, devido ao cúmulo material, a culminar,

definitivamente, em **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 02 (dois) meses de detenção, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no menor valor unitário.**

O desconto das afluências se dará no regime aberto, nos termos do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal, como fixado pela origem.

No mais, no que toca ao crime de resistência, assinala-se que a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é vedada pelo art. 44, I, do Código Penal.

De outro turno, mostra-se viável a concessão de *sursis*, que tem caráter subsidiário, e bem se ajusta à falta praticada.

Trata-se, afinal, de réu primário, que não tem outros antecedentes inviabilizadores do benefício e mereceu a regência mais suave para desconto da afluência, pelo que não se justifica a negação do favor legal.

Defere-se, portanto, a suspensão condicional da pena por 02 (dois) anos, com a observância do artigo 78, § 2º, alíneas “b” e “c” do Código Penal.

Quanto ao crime de tráfico, não obstante o inconformismo manifestado pelo *Parquet*, tendo em vista a Resolução nº 05 do Senado Federal, publicada em 15/02/2012, que suspendeu a eficácia da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, e presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Isso tudo é o mais ajustado, tomado o preceito da suficiência.

Observa-se, no aspecto, que, porquanto determinada a suspensão da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, imposta pelo delito de resistência, não incide, na hipótese, o impedimento previsto no artigo 69, § 1º, do mesmo diploma legal, que dispõe (negritou-se): “§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente

*tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, **não suspensa**, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.”.*

Neste sentido, já decidiu esta C. Câmara, como se infere do julgado colacionado a seguir, de minha relatoria (negritou-se):

*“Ameaças, Desacatos, Resistência e Lesão Corporal - Elementos de prova que demonstram autoria e materialidade delitivas, exceção feita ao crime de lesão corporal, que comporta absolvição - Animus laedendi não comprovado - Penas e regime carcerário fixados com critério - **Cabimento da substituição da corporal imposta pelos crimes de desacato, por restritivas de direitos - Aplicação da suspensão condicional da pena, sob as condições previstas no artigo 78, § 2º, do Código Penal, para os crimes de ameaça e resistência - Recurso parcialmente provido para esses fins**”.*

(TJSP; Apelação Criminal nº 1500118-63.2019.8.26.0218; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guararapes - 1ª Vara; Data do Julgamento: 05/11/2021; Data de Registro: 05/11/2021)

Por derradeiro, quanto ao pleito voltado à devolução do veículo apreendido, destaca-se irretocável a decisão proferida na origem. Nesse particular, o douto juiz acertadamente impôs a perda do automóvel, já que a dinâmica dos fatos comprova que era utilizado na prática da nefanda atividade, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/06. E nisso, agora com maior razão, há que se dar sequência.

De fecho, para efeito de prequestionamento, cumpre assinalar que está claro no voto que inexistiu violação a qualquer dispositivo legal invocado.

Ante o exposto, afastada a preliminar, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo defensivo, para absolver a ré **Mislene Martincosky** da imputação pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso ministerial, a fim de readequar as penas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

impostas ao réu **Giovane Quintiliano**, por incurso no artigo 33, *caput* c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, para **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no menor valor unitário**, bem como para condená-lo, em concurso material, como incurso no artigo 329, *caput*, do Código Penal, à pena de **02 (dois) meses de detenção**, e, em relação a tal crime, deferir ao réu o *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, sob as condições previstas no artigo 78, § 2º, alíneas “b” e “c” do Código Penal; mantém-se, no mais, a r. sentença, por seus fundamentos.

MARCELO GORDO

Relator