



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000424528

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501282-06.2024.8.26.0536, da Comarca de Cubatão, em que é apelante JOSÉ XAVIER DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. sentença impugnada por seus fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO E SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501282-06.2024.8.26.0536.

Apelante: JOSÉ XAVIER DA SILVA (Advogado Noaldo Sena dos Santos).

Apelado: Ministério Público de São Paulo.

Sentença: Juiz de Direito Rodrigo de Moura Jacob – 1ª Vara Judicial.

Comarca: Cubatão.

VOTO nº 33.993.

**PENAL. PROCESSUAL PENAL.
APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO
DA DEFESA.**

Recurso com preliminar de nulidade por cerceamento de defesa à falta de instauração de incidente relativo à toxicodependência, com pleito de mérito pela absolvição por carência probatória, e, subsidiariamente, a atenuação do regime.

Preliminar. Cerceamento de defesa. Incidente de dependência química. Negativa. Nulidade. Inocorrência. Falta de respaldo fático a sugerir a toxicodependência do **réu**, também não se indicando falta de capacidade para compreender o caráter ilícito dos fatos. *Preliminar afastada.*

Mérito. Provas. Materialidade. Auto de exibição e apreensão, seguido de exame pericial das drogas colhidas. Autoria certa. Identificação cabal do **réu** ao epicentro dos fatos. Ausência de álibi ou contraprova que pudesse sobrepujar o acervo produzido pela Acusação. Circunstâncias relativas ao

tráfico. *Condenação de piso aqui inteiramente mantida.*

Dosimetria. Regime inicial fechado. Adequação em vista da gravidade concreta, pela variedade das drogas, quase todas de maior força lesiva. Art. 33, § 3º, CP. *Pleitos afastados.*

Negado provimento ao recurso, aqui rejeitado, ainda, em sua preliminar.

VISTO.

Trata-se, aqui, de **Apelação** interposta em face da r. sentença condenatória proferida na ação penal referenciada (publicada na data de **3.10.2024** – fls. 162).

A denúncia oferecida (recebida em **8.8.2024** – fls. 110) imputou a **JOSÉ XAVIER DA SILVA** a prática de crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 (tráfico de drogas) (fls. 57/58). De acordo com a denúncia, em **25.3.2024**, por volta das 09h20min, na Rua das Rosas, próximo ao nº 1, Vila Natal, na cidade e Comarca de Cubatão, **JOSÉ** trazia consigo, para fins de comércio ou outra modalidade de disseminação, **45 (quarenta e cinco)**

porções de cocaína (massa líquida de 56 gramas), 10 (dez)
porções de K9 (massa líquida de 18 gramas), 31 porções de
crack (massa líquida de 23 gramas), 49 (quarenta e nove) porções
de maconha (massa líquida de 140 gramas) e 253 (duzentos e
cinquenta e três) porções de haxixe (massa líquida de 149 gramas),
sem autorização e em desacordo com determinação legal
ou regulamentar (*vide* auto de exibição e apreensão, fls. 17/18 e fls. 19/20;
laudo de constatação provisória, com anexo fotográfico, fls. 26/27 e fls. 28/34;
laudo toxicológico definitivo, fls. 125/127 e fls. 128/130). Do apurado, o
réu encontrava-se em via pública, em poder das drogas,
acondicionadas em embalagens individuais, a fim de
distribuí-las comercialmente, quando a Polícia Militar,
durante a “Operação Verão Fase III”, fazendo
patrulhamento pela região, o avistou em cima de uma
palafita, carregando uma mochila nas costas. Ao notar a
presença dos agentes estatais, o **réu** empreendeu fuga e
foi alcançado após breve perseguição. Em busca
pessoal, dentro da mochila localizaram-se 378 porções
de cinco espécies de droga, além de R\$ 44,00 (quarenta e
quatro reais), três radiocomunicadores e uma carteira com
documentos pessoais. Em diligências sequenciais pelo
local da abordagem, encontrou-se ainda uma mala de cor
marrom, em cujo interior havia diversos *ependorffs*
vazios, quatro balanças de precisão e cartelas com

adesivos para personalizar entorpecentes. O **acusado**, tendo permanecido formalmente silente (fls. 06), acabou autuado em flagrante (fls. 01).

Provas: auto de exibição e apreensão (fls. 17/18, fls. 19/20); laudo de constatação provisória (fls. 26/27) com anexo fotográfico (fls. 28/34); exames toxicológicos definitivos (fls. 125/127, fls. 128/130); além dos depoimentos, arrolados pelas partes, de Ricardo Gabriel Collazo dos Santos e Carlos Roberto da Silva, finda a instrução, então, com o interrogatório do réu **JOSÉ** (fls. 138).

Regularmente tramitada, a ação penal restou julgada **procedente**, e o **acusado**, **condenado** às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, sem benesses penais, nem recurso em liberdade (fls. 274/287). Trânsito em julgado certificado para a Acusação em **8.10.2024** (fls. 202). Irresignado, o réu arguiu preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, à míngua de instauração do incidente de dependência química, e pugnou por sua absolvição por insuficiência

probatória, com pleito subsidiário de abrandamento do regime para o semiaberto (fls. 177/183).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (fls. 186/189), com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido (fls. 218/224).

É o relatório.

O recurso, rejeitado em sua preliminar, não merece ser provido.

Apelo unicamente defensivo que, além de sua preliminar, impugnou o mérito propriamente dito e o regime inicial, consoante já explanado no relatório.

Inicia-se pela defesa indireta de mérito, com o fim de, aqui, **AFASTÁ-LA.**

Em síntese, a alegação inicial acusa cerceamento de defesa ante a negativa judicial pela realização do incidente de toxicodependência (artigo 149 e seguintes do Código de Processo Penal), o que teria produzido inequívoco prejuízo à instrução e ao próprio **réu**.

Sem razão.

Ao reexame dos autos, nada indicaria, ainda que de forma indiciária, que o **acusado** padecesse de incapacidade psíquica ou de impossibilidade quanto à determinação de sua própria conduta conforme o entendimento do caráter ilícito do crime, observada, indiciariamente, pela reportada tentativa de fuga diante dos agentes policiais. Em contraponto, havia somente a autodeclarada condição de usuário formulada pelo **réu**, que, no entanto, não honrou o ônus de impugnação específica para demonstrá-la.

É de cediço conhecimento que ao juiz,

incumbido de presidir a instrução, compete promover a dilação probatória, conforme avalie ser necessário e útil ao esclarecimento da verdade real dos fatos (artigo 156, § 2º, do Código de Processo Penal). No presente cenário processual, nada justificaria a procrastinação do exaurimento da instrução, como já explanado, de forma que não se observou nulidade à falta de comprovado prejuízo específico (artigo 563 do Código de Processo Penal).

Importante não olvidar que a eventual condição de usuário, em si mesma, não enseja, a rigor, o reconhecimento de fator dirimente da culpabilidade, vislumbrando-se na tese defensiva sobre a potencial semi-imputabilidade uma mera dedução da parte sem qualquer respaldo em elementos concretos. Chega a ser corriqueira a arregimentação de usuários pela malha do narcotráfico com vistas tanto a blindar figuras de maior expressão na hierarquia criminosa, como a permitir acesso facilitado a drogas, dada a dificuldade do indivíduo, inerente à condição de uso contumaz de drogas ilícitas, em se inserir e se manter no mercado profissional regular ou em atividades lícitas.

Como bem ponderou em seu parecer a culta Procuradora de Justiça, Dr.^a Valeria Maiolini (fls. 219): *“Por fim, reitere-se que, ao ser ouvido em juízo, o acusado demonstrou que, por ocasião dos fatos, tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento — eis que narrou a situação de maneira lógica e concatenada”*.

Preliminar superada, pois.

No que se refere ao mérito propriamente dito, a condenação é **correta**.

Incontroversas **materialidade** e **autoria**. Houve a **apreensão de ampla quantidade de drogas** — 378 porções ao todo — de **cinco** espécies (fls. 17/18). A natureza prosrita de cada qual restou *cabalmente* aferida por meio de competentes **laudos toxicológicos definitivos** (fls. 125/127, fls. 128/130). **Incontroversas** à míngua de impugnação específica, as citadas provas conferem substância à **existência** ao fato basal.

A autoria é certa.

O **réu**, autuado em flagrante próprio (o que, em si mesmo, é elemento indiciário da “culpa”), foi identificado com precisão nos testemunhos idôneos e compromissados dos policiais militares Ricardo e Carlos Roberto, que atuaram nas diligências, o que posiciona o **réu** no epicentro do fato nuclear. Nenhum dos agentes foi contraditado, subsistindo a negativa de autoria ventilada em juízo, após se romper o silêncio da fase policial.

A negativa do **acusado** é infirmada por ambos os testemunhos produzidos. Apesar de se admitir no epicentro dos fatos, o **réu** contra-argumentou que se encontrava de posse da mochila porque um indivíduo desconhecido lhe solicitou que a retivesse, “enquanto tomava um café na padaria”. Desnecessário ponderar que o **réu** **jamais honrou o ônus probatório quanto à comprovação desse fato**, como lhe incumbia, por se tratar de fato novo, em contraposição às imputações. Ademais, a explicação é de todo pueril: em que medida seria necessário despojar-se de uma mochila contendo

tanta droga (que, se perdida, seguramente geraria enorme dívida perante o narcotráfico) apenas para se frequentar uma padaria? Além disso, as testemunhas policiais são assertivas em afirmar que o **réu**, ante a aproximação policial, **pôs-se em fuga imediata**, o que obviamente revela a ciência quanto ao conteúdo da mochila. Ademais, em vista da proximidade entre o local da abordagem e o de encontro da mala com os **insumos inequivocamente ligados ao tráfico de drogas**, como o material de acondicionamento para posterior mercadejo.

À parte disso, é evidente a incursão na forma do artigo 33 da Lei de Drogas, tanto pela absoluta ausência de indícios de posse para uso próprio, como pela **quantidade, natureza e forma de acondicionamento** da droga, **incompatíveis** com situação diversa, que sequer foi alegada, **inexistindo elementos a comprovar a posse de drogas para consumo próprio**. Nunca houve qualquer indicativo ou informação quanto a possível toxicodependência, a par a própria autodeclaração do **réu**, assim vertida **porque amparada pela cláusula proibitiva à autoincriminação** (*nemo tenetur se detegere*). Não

se cogita, pois, de aperfeiçoamento distinto, na espécie, senão pelo crime de tráfico de drogas, presentes todos os elementos configuradores.

Acrescenta-se que é irrelevante o réu ser, ou não, surpreendido em atos de comércio. Não se deve olvidar que o tráfico de drogas se inscreve em nossas leis como um **tipo penal misto alternativo**. Significa dizer que ele se aperfeiçoa por meio da prática de toda conduta nuclear, inclusive o “trazer consigo”, consoante exposto na denúncia. O fulcro do legislador pátrio foi **de o criminalizar toda a cadeia econômica do mercadejo**, como forma de efetivo estrangulamento da logística operante, segundo já ressaltado.

Portanto, de rigor manter-se a bem atingida condenação, tal como produzida no piso.

Passo às penas.

Com as vênias de estilo, recapitula-se a dosimetria produzida no piso (fls. 158/160): *“Na primeira fase de aplicação da pena, tendo em vista a quantidade e tipos de drogas, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa no piso legal. Na segunda fase de aplicação da pena, não há atenuantes ou agravantes. Na terceira fase de aplicação da pena deixo de reconhecer o benefício do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, tendo em vista pela elevada quantidade e variedade de drogas e pelos três rádios comunicadores encontrados com o réu, está mais que provado que faz parte de atividade criminosa, fazendo dela seu modo de vida. O regime de cumprimento de pena será o inicial fechado, pois, somente com o afastamento dos traficantes do convívio social haverá possibilidade de um mínimo de defesa ao combate à traficância. O réu respondeu o processo preso e assim deverá permanecer, vez que a traficância somente é combatida com a retirada dos traficantes do meio social, sob pena de desestabilização da ordem pública. Posto isso, JULGO PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu JOSÉ XAVIER DA SILVA como incurso no artigo 33, “caput” da Lei 11.343/06, a pena de 05 anos de reclusão no regime inicial fechado e ao pagamento de 500 dias multa no seu piso legal. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra. Determino a destruição das drogas e o perdimento dos bens. Oportunamente, oficie-se o TRE PIC”.*

Dimensionamento inteiramente correto, restando afastado o pleito subsidiário.

Na primeira fase, a sentença arrostanda, sem prejuízo da individualização punitiva, reconheceu

corretamente a neutralidade das circunstâncias judiciais, evitando-se eventual indevido “bis in idem” e fixou pena-base pelo mínimo, o que, na segunda fase, não se alterou, à falta de agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, não havia causas de diminuição ou aumento a se implementarem, sem azo ao reconhecimento da forma “privilegiada”, à conta das circunstâncias do caso concreto, inclusive a quantidade e diversidade da droga apreendida, demonstrando, ainda, como se destaca na sentença, a presença de comunicadores e demais aparatos que evidenciam inequívoca ligação com a malha organizada do narcotráfico. Ademais, os critérios do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas são **cumulativos**, de modo que a diminuição só se opera, se todos eles forem atendidos. Em vista do quanto exposto, confirmam-se como definitivas as penas, tais como dimensionadas no piso. Mantido, por fim, o valor unitário mínimo da multa, à míngua de dados sobre a situação financeira do **acusado**.

No que se refere ao regime inicial, tendo em vista da natureza do crime de condenação, tido como **equiparado a hediondo**, e à luz das circunstâncias concretas, como a enorme quantidade e variedade de drogas, sem prejuízo da elevada força lesiva da cocaína, do *crack*, do K9 e do haxixe, jurisprudencialmente reconhecidas como fatores idôneos ao recrudescimento penal (HC n. 840.711/RS, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, DJEN de 4/12/2024), **contra o réu**, apesar de sua primariedade (que não constitui direito subjetivo a regime mais brando, de qualquer forma), com respaldo no artigo 33, § 3º, do Código Penal, descabendo qualquer atenuação, sob pena de se ignorarem a gravidade concreta. Importante ressaltar ainda, por derradeiro, que o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, ainda vigente no ordenamento brasileiro, impõe, como regra, o regime **mais gravoso** a delitos hediondos e seus equiparados.

Ausentes, porém, os critérios previstos no artigo 44 do Código Penal em quaisquer casos, em vista do montante penal e da proclividade à reprodução da prática criminosa, impulsionada pelo fim lucrativo, não

havia margem à concessão de benesse.

Inaplicável, no caso, o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, porque irrelevante, neste caso, a segregação provisória à fixação do regime inicial de expiação da reprimenda corporal, já que não deriva *única e especificamente* da **quantidade de pena**, mas, sobretudo, da *própria lesividade do crime*. A análise de benefícios deverá ser avaliada pelo competente Juízo das Execuções (artigo 66, III, “**b**” e “**c**”, da Lei nº 7.210/1984), apto a aferir os requisitos legais, tanto objetivos.

Diante de decisão do C. Supremo Tribunal Federal, que deixou de considerar possível (ainda que por maioria), a prisão depois da decisão de Segundo Grau, resta avaliar, neste momento, manutenção ou mesmo decretação de prisão preventiva, dentro de seus requisitos legais, na forma do **artigo 617**, c.c. o artigo 387, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

No caso, o **apelante** segue preso desde o início da persecução penal, com sentença de primeiro grau mantendo a prisão, surgindo, agora, confirmação dela, por crime grave de tráfico de drogas, pois, para cumprimento em regime inicial **fechado**, destacadas, igualmente, presentes as circunstâncias que outrora determinaram a segregação cautelar, principalmente pela periculosidade do agente. **Fica, pois, mantida a prisão preventiva, comunicando-se a respeito.**

Pelo exposto, por meu voto, **rejeitada** a preliminar, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença impugnada por seus fundamentos.

COMUNIQUE-SE, com manutenção da prisão cautelar. Transitada em julgado, formalize-se a Execução Definitiva.

Alcides Malossi Junior
DESEMBARGADOR RELATOR