



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000440838

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503752-49.2020.8.26.0536, da Comarca de São Vicente, em que é apelante/apelado CLAUDIONOR RODRIGUES DOS SANTOS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "(i) Negaram provimento ao apelo do Ministério Público; (ii) Deram parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de redimensionar a sanção do acusado Claudionor Rodrigues dos Santos para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 194 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme acima indicado, como incurso no artigo 33, "caput" e parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. V.U.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

LAERTE MARRONE
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal nº 1503752-49.2020.8.26.0536

Apelante/Apelado: Claudionor Rodrigues dos Santos

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Vicente

Voto nº 25.145

Apelações. Sentença que condenou o réu pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, “caput”, e parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06). Recursos da acusação e da defesa. 1. Alegação de ilegalidade da busca pessoal por ausência de justa causa. Conduta dos policiais militares que guardou juridicidade. Circunstâncias do caso a indicar que havia fundada suspeita a conferir licitude à busca pessoal. Acusado que trazia um volume na cintura e, ao notar a presença policial, mudou de direção. Além disso, ainda tentou fugir. Não configuração de um quadro de prova ilícita. 2. Conjunto probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do acusado pelo crime de tráfico de drogas. Materialidade e autoria comprovadas. 3. Sanção que comporta alteração. 4. Pena-base mantida acima do mínimo legal, tendo em conta a diversidade e natureza das drogas, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06. 5. Na segunda fase, é caso de afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal. A incidência de tal circunstância (crime cometido por ocasião de calamidade pública) reclama um quadro em que o agente se aproveite da situação de pandemia para realizar o crime, ou seja, que essa situação tenha facilitado, de alguma maneira, a ação criminosa, ideia subjacente na previsão da referida circunstância agravante. Entendimento em sentido contrário resultaria em responsabilidade objetiva. Orientação do Superior Tribunal de Justiça. Situação não configurada na espécie. 6. Hipótese que comporta a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/03, na fração de 2/3. 7. Fixação do regime inicial aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos. Recurso do Ministério Público desprovido. Apelo defensivo parcialmente acolhido.

1. A sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para condenar **CLAUDIONOR RODRIGUES DOS SANTOS** às penas de 2 anos, 3 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 227 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput” e parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal (fls. 254/261; 272/275).

Apelaram as partes.

O **Ministério Público** requer: (a) o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06; (b) a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 287/292).

Por sua vez, a defesa sustenta, inicialmente, a ilegalidade da busca e apreensão, a fazer ilícita a prova. No mérito, postula a absolvição do réu, por falta de provas. Subsidiariamente, colima: (a) a redução da pena-base para o mínimo legal; (b) o afastamento da circunstância agravante da calamidade pública (artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal; (c) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 302/330).

Processados os recursos, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo: (i) provimento do recurso ministerial e (ii) desacolhimento do recurso defensivo (fls. 375/389).

É o relatório.

2. Não quadra o apelo ministerial. E vinga, em parte, o reclamo defensivo. Na linha do que se segue.

3. Segundo a denúncia (fls. 71/72):

*“Consta do incluso inquérito policial que no dia 13 de dezembro de 2020, por volta das 14 horas, na Rua Guarulhos, altura do numeral 400, Quarentenário, nesta cidade e comarca de São Vicente, **CLAUDIONOR RODRIGUES DOS SANTOS**, qualificado a pág.07, trazia consigo e guardava, para venda e entrega a terceiros, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, 41 microtubos contendo cocaína, 14 porções de maconha e 26 pedras de crack, as quais determinam dependência física e psíquica.*

Segundo o apurado, policiais militares realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, já conhecido por ser ponto de tráfico, quando, em dado momento, avistaram CLAUDIONOR em atitude suspeita, pois ele ostentava um volume na cintura e mudou a direção pela qual caminhava tão logo notou a presença policial.

Diante disso, os policiais resolveram abordá-lo. Durante revista pessoal, os policiais encontraram uma sacola plástica escondida na cintura de CLAUDIONOR, dentro da qual estavam as drogas apreendidas, notadamente as diversas porções de cocaína, maconha e crack acima mencionadas, que CLAUDIONOR trazia consigo e ali guardava, para venda e entrega a terceiros, além da quantia de R\$ 20,00, obtida com a mercancia espúria.

As circunstâncias da prisão do denunciado, local, quantidade, forma de acondicionamento e variedade e tipo das drogas, além da apreensão de quantia em dinheiro, indicam que os entorpecentes se destinavam à mercancia ilícita.

É dos autos que o presente delito foi cometido durante o estado de calamidade pública instituído pelo Decreto Legislativo nº 06/2020.

Auto de exibição e apreensão a págs. 09/10 e laudo de constatação provisória a pág.08.

*Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência **CLAUDIONOR RODRIGUES DOS SANTOS** como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 combinado com o artigo 61, inciso II, alínea "j" do Código Penal”.*

4. Diga-se, à partida, que não se divisa ilegalidade na ação policial.

Ao que se depreende dos autos (tal como será mais explicitado na sequência), o acusado estava com certo volume na cintura e, ao notar a presença policial, mudou de direção, o que chamou a atenção dos policiais militares, os quais deliberaram por abordá-lo. Diante disso, o apelante empreendeu fuga, correndo; todavia, foi alcançado e detido, sendo que, em revista pessoal, foram encontradas porções de droga (maconha, cocaína e “crack”), além da quantia de R\$ 20,00.

Havia, sim, portanto, **dados empíricos** (volume na cintura, mudança na direção e tentativa de fuga) a desenhar um quadro de fundada suspeita de que o apelante estivesse portando drogas (ou outro bem cuja posse é proibida), a autorizar a busca pessoal e a apreensão.

Aplicáveis, na espécie, as regras previstas no artigo 240, parágrafo 2º e artigo 244, ambos do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

“Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA VEICULAR REALIZADA PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL (PRF). PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA O ATO. LEGALIDADE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A JUSTIFICAR A ATUAÇÃO DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É de considerar-se legítima a atuação dos policiais rodoviários que executaram a prisão em flagrante do acusado,

especialmente porque os referidos agentes públicos agiram depois de perceberem que ele apresentava nervosismo incomum diante da abordagem de rotina realizada por agentes da Polícia Rodoviária Federal (PRF). II – Essa circunstância é elemento mínimo a caracterizar fundadas razões (justa causa) para os policiais fazerem uma revista mais minuciosa e aparelhada no caminhão, momento em que lograram encontrar quase 360kg de cocaína. De resto, a vistoria realizada pelos agentes decorre da própria função de patrulhamento e policiamento ostensivo atribuídos à PRF, não havendo falar-se, portanto, em conduta desprovida de previsão legal e em desacordo com a Constituição de 1988. III – Considerando que o art. 240, do Código de Processo Penal, abarca tanto a busca domiciliar quanto a busca pessoal, nele elencando as hipóteses de sua incidência, é possível aplicar-se, na espécie, o mesmo entendimento sedimentado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado sob a sistemática da Repercussão Geral (Tema 280). Precedentes. IV – A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal também é firme no sentido de que “[o] magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto”. (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 16/5/2011). V – A dosimetria da pena realizada pelo Tribunal Regional Federal 3ª Região - TRF3 não viola o que foi decidido no ARE 666.334/RG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual esta Suprema Corte passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga “tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (Tema 712 da Repercussão Geral). VI – Ausência de ilegalidade flagrante ou teratologia que justifique a atuação deste Supremo Tribunal Federal, especialmente porque o quantum de pena fixado pela Corte de segunda instância encontra-se proporcional ao caso em apreço. Precedentes. VII – Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 231111 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-10-2023 PUBLIC 16-10-2023, grifei).

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA PARA A ABORDAGEM DEVIDAMENTE COMPROVADA. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. É incabível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a imposição de providências administrativas

como medida obrigatória para os casos de busca pessoal, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência. 2. O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. Precedentes. 3. A atitude suspeita do acusado e o nervosismo ao perceber a presença dos militares que realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de tráfico de drogas, evidenciam a existência de justa causa para a revista pessoal, que resultou na apreensão de diversas porções entorpecentes destinados à mercancia ilícita. 4. Agravo Regimental e Recurso Extraordinário com Agravo a que se dá provimento.” (ARE 1467500 AgR-terceiro, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 18-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 12-04-2024 PUBLIC 15-04-2024, grifei),

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL E VEICULAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS SUSPEITAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão agravada pelos próprios fundamentos.

II - Na hipótese dos autos, a busca pessoal e veicular teve como pressuposto a atitude suspeita do paciente na condução do veículo, pois teria reagido de forma estranha ao visualizar os policiais, com notório nervosismo, razão pela qual recebeu ordem de parada dos agentes públicos, situação que revela fundadas suspeitas para a medida, que culminou com a apreensão de 6 tijolos de maconha com peso aproximado de 5.100 gramas.

III- O depoimento policial merece credibilidade em virtude da fé pública inerente ao exercício da função estatal, só podendo ser relativizado diante da existência de indícios que apontem para a incriminação injustificada de investigados por motivos pessoais.

Precedentes.

IV - O decreto preventivo está suficientemente motivado na garantia da ordem pública, haja vista a reincidência específica do agente.

Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no HC n. 876.077/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024).

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O agravante foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 799 dias-multa.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais na busca pessoal, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 746.064/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

Há que se considerar, para fins de determinação do conteúdo da dicção **fundada suspeita**, enquanto requisito da busca pessoal, para a temática do que se denomina, no campo doutrinário, de critérios de decisão ou standards probatórios, enquanto grau de convencimento necessário para a prática dos atos no curso da persecução penal. Na realidade, dependendo da natureza do ato, exige-se um maior ou menor grau de convencimento (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPODIVM, 6ª edição, pág. 562; **GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ**, Processo Penal, RT, 5ª edição, págs 432/434).

Neste passo, considerando que o ato se deu no limiar da persecução penal (na verdade, foi a ação policial que a

desencadeou), não se poderia exigir um grau mais elevado de probabilidade da prática de uma infração penal, para fins de configuração de um quadro de fundada suspeita, a emprestar juridicidade à ação policial, sob pena de se inviabilizar a própria atividade do Estado no combate ao crime.

Questões como a do caso em apreço devem ser solucionadas à luz de uma ponderação dos interesses em jogo (liberdade e intimidade, de um lado; segurança pública e interesse do Estado na punição dos crimes, de outro), tomando-se por parâmetro o princípio da proporcionalidade.

E, no caso em tela, à luz do que se explanou, sobrelevam, a emprestar legitimidade ao ato, a segurança pública e o interesse do Estado na punição dos crimes.

Anote-se que se tratava de uma situação de flagrante delito, sempre lembrando que o delito previsto no artigo 33 “caput”, da Lei nº 11.343/06, na modalidade imputada ao acusado, é de natureza permanente.

Em uma palavra, **não há que se falar, na espécie, em prova ilícita.**

5. Evidenciada a responsabilidade penal do acusado.

A materialidade do delito acha-se positivada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/04), auto de exibição e apreensão (fls. 09/10); e, notadamente, laudo químico-toxicológico (fls. 142/144), o qual revelou que as substâncias apreendidas eram maconha (THC) e cocaína (na forma de pó e de

“crack”).

Por sua vez, certa a autoria.

Em seguros depoimentos colhidos durante a perseguição penal (fls. 05/06 e 204 – mídia audiovisual), os policiais militares Jonathas dos Santos Silva e Vitor Hugo Pereira Domingues confirmaram, na sua essência, a imputação.

Verte dos relatos que estavam em patrulhamento, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, palco de outras abordagens, quando avistaram um indivíduo (posteriormente identificado como sendo o acusado Claudionor Rodrigues dos Santos) em atitude suspeita: estava com um volume na cintura e, ao notar a presença policial, mudou a direção de seu caminho. Deliberaram por abordá-lo: nesse momento, o acusado empreendeu fuga, correndo. Entretanto, foi alcançado. Na revista pessoal, encontraram uma sacola plástica (que portava em sua cintura), em cujo interior havia drogas: várias porções de cocaína, maconha e “crack”, além de R\$ 20,00.

A circunstância de serem policiais militares não os torna suspeitos, mostrando-se inadmissível estabelecer-se um juízo antecipado e genérico sobre o depoimento de agentes públicos, de sorte a reduzir-lhe, *a priori*, o poder de convencimento. Com efeito, **“o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, de repressão penal. O**

depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (STF, HC nº 73.518 – SP, Rel. Ministro Celso de Mello).

No caso vertente, nada há nos autos a sugerir que os policiais militares teriam mentido. Não se entrevê motivo para que fossem acusar falsamente o acusado.

Além disso, as narrativas estão em consonância com a apreensão das drogas e do dinheiro.

Cuida-se, pois, de um manancial denso a confortar a acusação.

Silente na fase policial (fls. 07), o acusado não compareceu em juízo para ser interrogado (fls. 203) – foi decretada sua revelia.

Nessa ordem de ideias, sobrelevam, na hipótese, enquanto dados a avaliar a acusação, a prova testemunhal e as circunstâncias em que se deram a apreensão das drogas.

Deveras, não se pode partir do princípio da desonestidade dos agentes públicos, sobretudo quando não se divisa – como sucede na espécie – nenhum dado concreto mais denso a sugerir uma falsa acusação por crime tão grave, sendo que sequer conheciam o acusado.

Com efeito, o depoimento de policiais

prestados em juízo constitui meio de prova idôneo a assentar a condenação, especialmente quando não exista dúvida sobre a imparcialidade dos agentes públicos, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (STJ, AgRg no HC n. 860.273/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023; AgRg no AREsp n. 1.649.862/RN, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 30/10/2023; AgRg no HC n. 672.359/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 28/6/2021).

Nessa ordem de ideias, o conjunto probatório descortina que o acusado Claudionor trazia consigo, para fins de venda, elevada quantidade de drogas, de espécies variadas, tal como explicitado na denúncia e no auto de exibição e apreensão.

E a hipótese é, designadamente, a de tráfico de drogas. Com efeito, (i) a quantidade e a diversidade das drogas (**41 “ependorfs” de cocaína, ao peso líquido de 13,80 gramas; 14 invólucros plásticos de maconha, ao peso líquido de 38,30 gramas; 26 invólucros plásticos de “crack”, ao peso líquido de 3,90 gramas;** (ii) o dinheiro encontrado (R\$ 20,00) e (iii) a dinâmica dos fatos, tal como explanada nos depoimentos dos agentes públicos, constituem fatores que, ajuntados, caracterizam o delito previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Cabe remarcar que a condenação pelo tráfico, tal como composto o tipo penal – com inúmeras condutas – não reclama a identificação do fornecedor ou do comprador. Nem mesmo se

exige a prova da efetiva ocorrência do ato de mercancia.

Deveras, “é desnecessária a comprovação de qualquer ato de comércio para que seja caracterizada a conduta do agente como tráfico de entorpecentes, uma vez que o convencimento quanto à incidência do art. 12, da Lei nº 6.368/76 pode decorrer do conjunto indiciário existente nos autos” (TJSP, Rev nº 261.898-3/2, rel. Egydio de Carvalho; no mesmo sentido, TJDF, AC 9.073, rel. Hermenegildo Gonçalves, RT 747/647, 745/633, 740/634, 739/639, 594/393, “apud” Alberto Silva Franco e outros, Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial, RT, vol. 2, 7ª edição, pág. 3.132).

Na realidade, o delito previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não possui elemento subjetivo do tipo ou o chamado dolo específico. Este “**aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direito especialmente previstas em lei. Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita**” (VICENTE GRECO FILHO, Tóxicos, Prevenção e Repressão, Saraiva, 13ª edição, págs. 150/151, grifei). O crime de tráfico de drogas, tal como concebido na legislação brasileira, não pressupõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização (STF, HC nº 69.806, relator. Ministro Celso de Mello, julgado em 09/03/1993, DJ 04/06/1993; STJ, REsp n. 1.133.943/MG, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/4/2010, DJe de 17/5/2010).

Bem decretada, portanto, a condenação.

6. E a hipótese comporta a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

Atente-se que o ônus da prova da existência de uma das situações que obstam a incidência do redutor é do Ministério Público, mercê do princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, LVII. da Constituição Federal (STF, HC nº 103.225, relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 11/10/2011, DJ 22/11/2011; HC nº 107.759, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/10/2011, DJ 30/11/2011). Sem prova segura, ainda que por indícios (STF, HC nº 101.519, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 20/03/2012, DJ 26/04/2012), impõe-se a aplicação do redutor.

Nesse passo, **o acusado é primário e de bons antecedentes (conforme certidão de fls. 24/26).**

E inexistente **prova substancial** a indicar que integre organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas. Inexistente uma investigação nessa linha.

Embora sejam **drogas de espécies diferentes** (dado que, sem dúvida, é importante na aferição do chamado tráfico de drogas privilegiado), no contexto da causa, **na falta de outros dados empíricos na linha da pretensão ministerial**, não se mostra suficiente para obstar a aplicação do redutor.

Há que se atentar para a nova orientação no sentido de que inquéritos e ações penais em andamento, em regra, não são fatores a obstar a incidência da causa de diminuição de pena

prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06 (STF, RHC nº 205.080 AgR, relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 04/10/2021, DJe de 07/10/2021; RHC nº 182.516 AgR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 15/05/2020, DJe de 22/05/2022; STJ, REsp nº 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022 (Tema Repetitivo 1139); AgRg no HC nº 802.732/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgRg no HC nº 748.609/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022; AgRg no HC nº 745.903/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022)

7. Por sua vez, afasta-se a incidência da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal.

Sua aplicação reclama um quadro em que o agente se aproveite da situação de pandemia para realizar o crime, ou seja, que essa situação tenha facilitado, de alguma maneira, a ação criminosa, ideia subjacente na previsão da referida circunstância agravante (**JULIO FABBRINI MIRABETE e ROGÉRIO N. FABBRINI**, Código Penal Interpretado, Atlas, 8ª edição, pág. 368). Entendimento em sentido contrário resultaria em responsabilidade objetiva.

Conferir, neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ROUBO SIMPLES. AGRAVANTE DO CRIME PRATICADO EM ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE O AGENTE SE PREVALECEU DESSA CIRCUNSTÂNCIA PARA A PRÁTICA DO DELITO. AGRAVANTE AFASTADA, COM A CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA E ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A incidência da agravante da calamidade pública pressupõe a existência de situação concreta dando conta de que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática delitiva (HC 625.645/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 04/12/2020). No mesmo sentido, dentre outros: HC 632.019/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 10/2/2021; HC 629/981/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 9/2/2021; HC 620.531/SP, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 3/2/2021.

2. Hipótese em que a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal foi aplicada apenas pelo fato de o delito ter sido praticado na vigência do Decreto Estadual nº 64.879 e do Decreto Legislativo nº 06/2020, ambos de 20.03.2020, que reconhecem estado de calamidade pública no Estado de São Paulo em razão da pandemia da COVID-19, sem a demonstração de que o agente se aproveitou do estado de calamidade pública para praticar o crime em exame, o que ensejou o respectivo afastamento, com o redimensionamento da pena e o abrandamento do regime inicial.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC n. 655.339/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 19/4/2021).

No caso em tela, não se tem um panorama nesta linha.

8. A sanção comporta alteração.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal (elevação de 1/6) – 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa – nos termos do artigo 42, da Lei de Drogas, o que deve ser mantido, tendo em conta a diversidade e natureza das drogas (**atente-se para o elevado potencial lesivo da cocaína e do “crack” para a saúde pública**).

São, sem dúvida, circunstâncias que

incrementam o desvalor da conduta, podendo justificar uma pena mais recrudescida, na linha do que dispõe o artigo 42, da Lei nº 11.346/06 (STF, HC nº 132.600, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/04/2016, DJ 30/05/2016; HC nº 107.784, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/08/2011, DJ 05/09/2011; STJ, AgRg no HC nº 778.760/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgRg no HC nº 753.483/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023; AgRg no HC nº 807.687/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgRg no HC nº 756.962/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022, entre outros).

Atente-se que o **Plenário do Supremo Tribunal Federal** assentou que a diversidade e a natureza das drogas constituem circunstâncias que, no procedimento de dosimetria da pena, **devem ser ponderadas tão somente em uma de suas fases, sob pena de “bis in idem”** (ARE nº 666334 RG, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/04/2014, DJ 06/05/2014, Tema 712).

Vale dizer, podem ser levadas em conta para fins de definição da fração de redução da pena, em razão da regra prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, **desde que não sejam tomadas em conta também na primeira fase** (STF, ARE nº 666334 RG, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/04/2014, DJ 06/05/2014, Tema 712; STJ, AgRg no HC nº 829.623/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,

julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023; AgRg no HC nº 766.017/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023; AgRg no HC nº 784.700/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), Sexta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 21/9/2023; HC nº 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022).

No caso em tela, estão sendo **consideradas na primeira fase.**

Na segunda fase, afastada a circunstância agravante relativa à calamidade pública conforme gizado, a pena não se altera em razão da ausência de outras circunstâncias (agravantes e atenuantes) aptas a alterá-la.

Na terceira fase, em razão da regra estampada no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, conforme já gizado, fica mantida a diminuição em seu grau máximo (2/3), alcançando-se uma sanção final de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, bem como pagamento de 194 dias-multa.**

A despeito da natureza e a variedade das drogas, considerando que a quantidade não é elevada e a primariedade e bons antecedentes do acusado, assim como o “quantum” da reprimenda, mantém-se o regime inicial **aberto** para o início da pena privativa de liberdade (artigo 33, parágrafo 2º, “b”, do Código Penal).

Presentes os requisitos estampados no artigo 44, do Código Penal, **substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, quais sejam: (a) prestação de**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

serviços à comunidade ou a entidades públicas pelo prazo da pena privativa de liberdade; (b) prestação pecuniária, correspondente ao pagamento de 1 salário-mínimo, em favor de entidade pública ou privada, de caráter social, tudo a ser explicitado em execução.

9. Ante o exposto, (i) nego provimento ao apelo do Ministério Público; (ii) dou parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de redimensionar a sanção do acusado Claudionor Rodrigues dos Santos para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 194 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme acima indicado, como incurso no artigo 33, “caput” e parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

LAERTE MARRONE

Relator