



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444829

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501859-12.2024.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante DAVI FORTUNATO ALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação de Davi Fortunado Alves como incurso no artigo 33, caput, c.c. 40, III, da Lei nº 11.343/06, reduzir as sanções ao cumprimento de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no valor unitário mínimo; mantida a prisão preventiva pelos motivos antes esposados na fundamentação. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), TEIXEIRA DE FREITAS E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

GILBERTO CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501859-12.2024.8.26.0559
3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto
Apelante: Davi Fortunato Alves
Apelado: Ministério Público
Magistrada: Dra. Carolina Marchiori Bueno Cocenzo

Voto nº 27288

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame.

1. Recurso de apelação contra r. sentença que condenou o acusado por tráfico de drogas ao cumprimento de 09 anos e 26 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 906 dias-multa.

II. Questão em Discussão.

2. Dirimir a preliminar de (i) nulidade por cerceamento de defesa devido ao indeferimento de oitiva de testemunha; e no mérito, analisar as alegações de (ii) insuficiência probatória para a condenação; e (iii) adequação do coeficiente da reincidência.

III. Razões de Decidir.

3. A alegação de cerceamento de defesa não prospera, vez que a oitiva da testemunha foi considerada desnecessária pelo juízo a quo, com base em fundamentos idôneos; além disso, não houve comprovação de prejuízo. 4. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimento dos agentes penitenciários em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada. Apreensão de considerável quantidade e variedade de entorpecentes (07 porções de *maconha*, com peso líquido de 38,49 gramas; e 16 porções de *cocaína* sob a forma de *crack*, com massa líquida de 141,18 gramas). 5. Exclusão de uma das condenações para fins de reincidência, porquanto o trânsito em julgado é posterior à data dos fatos, com readequação do coeficiente para 1/6 pela condenação genérica definitiva remanescente.

IV. Dispositivo e Tese.

6. Recurso provido em parte para reduzir as penas.

Tese de julgamento: 1. A oitiva de testemunha pode ser indeferida se considerada irrelevante. 2. A ausência de comprovação de prejuízo inviabiliza a alegação de cerceamento de defesa. 3. A redução do coeficiente de reincidência é cabível quando uma das condenações possui trânsito em julgado posterior aos fatos.

Legislação Citada:

L. 11.343/06, arts. 33, *caput*; e 40, III; CPP, arts. 155, 251, 400, § 1º, 563; CP, arts. 59, III, 33, § 3º, e 44, I, II e III.

Jurisprudência Citada:

STF, HC 106.734, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 04/05/2010; STJ, Tema nº 1.172.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 125/128, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou **Davi Fortunado Alves** como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. 40, III, da Lei nº 11.343/06 ao cumprimento de 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 906 (novecentos e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo. Mantida a prisão cautelar processual. Custas *ex lege*, observada gratuidade judiciária eventualmente concedida.

Inconformado, o réu apelou arguindo, preliminarmente, 1) a nulidade do feito por cerceamento de defesa diante do indeferimento de oitiva de testemunha imprescindível. No mérito, busca 2) a absolvição por insuficiência probatória, ao argumento de que a condenação se baseou somente na palavra do agente penitenciário; e 3) a redução do coeficiente da reincidência de 1/3 (um terço) para 1/6 (um sexto), porquanto umas das condenações utilizadas possui trânsito em julgado posterior à data dos fatos (fls. 155/161).

A insurgência foi regularmente processada e contrariada (fls. 170/176).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento para redimensionar a fração na segunda fase da dosimetria para 1/6 (fls. 185/189).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Prima facie, não merece prosperar a alegação de violação à ampla defesa, pois, cf. termo de audiência de fls. 125/128, a i. Magistrada *a quo* entendeu desnecessária a oitiva do segundo agente penitenciário em r. decisão com fundamentos idôneos, *litteris*:

[...] A alegação sobre o cerceamento de defesa com relação à testemunha Paulo Sérgio não encontra respaldo. O pleito da defesa na presente audiência é intempestivo e não se trata de fato novo surgido na audiência. O documento juntado a fls. 07/08, “Comunicação de Eventos” traz o apontamento da testemunha Rodrigo Teixeira sobre a conduta do acusado e aponta Paulo Sérgio como testemunha, o que poderia ter sido indicado pela defesa em seu rol de testemunhas. – fl. 126.

Não se olvide que o juiz é o único destinatário da prova com vista à formação de sua fundamentada convicção judicial (CPP, artigo 155) e, por conseguinte, a ele compete avaliar, com exclusividade, sobre quais as provas relevantes e as impertinentes (CPP, artigos 155, 251 e 400, § 1º). Afinal no direito processual moderno vigora o princípio da discricionariedade regrada ou mitigada, o qual está em perfeita consonância com o ordenamento e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que, ao decidir sobre uma prova deverá o juiz motivar sua

decisão¹.

Ad argumentandum tantum, ainda que fosse o caso, eventual declaração de nulidade exige a demonstração da existência de prejuízo – *pas de nullité sans grief* – consoante artigo 563 do CPP, o que não ocorreu neste caso².

Superada a questão prefacial, no mérito o recurso comporta parcial acolhida nos limites abaixo estabelecidos.

Restou comprovado que **Davi Fortunado Alves**, no dia 23 de setembro de 2024, por volta das 18h20, no Centro de Progressão Prisional de São José do Rio Preto, localizado na rodovia BR 153, km 47, na cidade e comarca de São José do Rio Preto, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 07 (sete) porções de *maconha*, com peso líquido de 38,49 gramas; e 16 (dezesesseis) porções de *cocaína* sob a *forma de crack*, com massa líquida de 141,18 gramas, substâncias estas entorpecentes e causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

¹ Esse o caminho da jurisprudência dos E. Tribunais pátrios, inclusive do C. Supremo Tribunal Federal, *litteris*: “O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. Precedentes: HC 106.734, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 04/05/2010; HC nº 106.734/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 4/5/11; HC 108.961, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 08/08/2012; AI nº 741.442/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11; AI nº 794.090/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 10.02.2011; e AI nº 617.818/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 22.11.10; RHC 115.133/DF, rel. Min. Luiz Fux; HC nº 218760 AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Alexandre de Moraes, DJe de 09/09/2022.

² (...) 5. De mais a mais, há que se lembrar que “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, somente se reconhece vício que enseje a anulação de ato processual a partir da efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal - CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese” (AgRg no REsp n. 1.954.888/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023.). Situação em que não foi demonstrado prejuízo. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS n. 71.174/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 08.08.2023).

A materialidade está consubstanciada no auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), laudo de constatação (fls. 18/25), na fotografia (fl. 16) e no exame químico-toxicológico (fls. 70/72), que resultou positivo para as substâncias *tetrahydrocannabinol* (THC) e *cocaína* (sob a forma de *crack*), de uso proscrito no Brasil conforme listas da Portaria SVS/MS nº 344/1998 e atualizações posteriores (Portaria SPTC nº 136/2020).

A autoria, igualmente, é incontroversa.

Davi afirmou a imputação. A droga não era sua. Estava em uma outra ala jogando xadrez quando alguém gritou que os guardas estavam descendo; para não receber uma falta, saiu correndo e esbarrou em um rapaz que derrubou uma camiseta. Ao passar pelo Sr. Teixeira, ele pegou em seu braço e o indagou para onde estava indo; disse que estava retornando para a sua ala. O agente penitenciário então abordou o apelante e mais dois rapazes; ao abrirem a camiseta, havia “bis” de porções que não soube identificar. Foi então conduzido para a sala de inclusão e questionado se a droga era sua; negou a propriedade e disse que não sabia de quem eram os entorpecentes. O conduziram então para o “bote”, uma vez que não sabia de quem eram as drogas encontradas (disponível no eSAJ).

A alegação do réu não se sustenta.

Isso porque o agente de segurança penitenciária Rodrigo Teixeira de Rezende Alves e Silva, responsável pela apreensão do entorpecente, narrou os fatos de forma coesa e segura. No dia dos fatos, realizava o fechamento dos detentos nos seus respectivos alojamentos quando o réu passou por ele correndo e derrubou alguns objetos do bolso; reparou que os objetos eram semelhantes à *maconha*. Pegou o entorpecente; havia muitos objetos no bolso do apelante. **Davi** tentou se

desvencilhar para tentar correr, mas acabou sendo contido; ele também tentou jogar parte da droga, porém não obteve êxito. No momento da abordagem, o réu não quis falar nada, mas confirmou que os entorpecentes eram seus; o apelante não forneceu outros detalhes relacionados as drogas. **Davi** estava cumprindo pena em regime semiaberto e os fatos ocorreram dentro do presídio. Havia outras pessoas próximas no momento da abordagem e o réu era o último que faltava para entrar no alojamento. Era retorno da saída temporária; conduziu apenas **Davi**. A quantidade dos entorpecentes cabe no bolso e estavam distribuídas em três bolsos diferentes; o local em que visualizou o réu com os objetos no bolso e o da abordagem não possui câmeras de segurança. Afirmou que um outro agente penitenciário, Paulo Sergio, presenciou os fatos (disponível no eSAJ).

Túlio Oliveira de Souza, agente penitenciário, narrou que não estava no momento da abordagem, apenas conduziu o agente Rodrigo e o réu até a delegacia; realizou somente a condução. Não se recordar se Rodrigo informou sobre a presença de um outro agente penitenciário no momento dos fatos. Sabe que a calça das pessoas presas costuma ter dois bolsos na frente; não sabe onde ocorreu o procedimento (disponível no eSAJ).

Está pacificado na jurisprudência que a condição de agentes penitenciários, por si só, não invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer.

Consolidadas no caso, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do tráfico, ou seja, os elementos da prova testemunhal e a considerável quantidade de entorpecentes aliada à forma profissional como eles estavam acondicionados (07 porções de *maconha*, com peso líquido de 38,49 gramas; e 16 porções de *cocaína* sob a *forma de*

crack, com massa líquida de 141,18 gramas – cf. laudos de fls. 18/25 e 70/72).

Registre-se, pois oportuno, que o crime de tráfico de drogas se consuma com a prática de quaisquer das condutas descritas no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo despendida a comprovação de atos de mercancia para sua caracterização³.

Inconteste, outrossim, a prática da conduta ilícita dentro de unidade prisional. Assim, *in casu*, incide a objetiva causa de aumento do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, a qual tem natureza jurídica de perigo abstrato (perigo presumido na lei, *jure et jure*, pela simples prática da conduta), independentemente da necessidade de ficar provada, caso a caso, a efetiva facilitação no aliciamento de pessoas ao comércio e consumo de drogas ou do acusado ser ou não detento recolhido no local⁴.

Portanto, as provas colhidas são seguras e suficientes para demonstrar a responsabilidade penal de **Davi Fortunado Alves** pelo crime do artigo 33, *caput*, c.c. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

Passa-se à dosimetria das penas.

As bases foram assentadas 1/6 (um sexto) acima dos

³ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE EM SEDE DE WRIT. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ADEQUAÇÃO. RECONHECIMENTO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. CONDENADO REINCIDENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou 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) (AgRg no HC n. 801.250/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 17.04.2023).

⁴ (...) A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é assente no sentido de que para imposição da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, basta que o tráfico de drogas tenha ocorrido nas proximidades de qualquer dos estabelecimentos descritos na norma, sendo prescindível a comprovação de que o comércio de entorpecentes visava atingir estudantes ou qualquer frequentador dos locais indicados no referido preceito (HC n. 164.414/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 8/9/2015), ainda mais *in casu*, onde o tráfico de drogas era realizado por um detento dentro do próprio estabelecimento prisional. (...) Agravo regimental não provido (STJ – AgRg no HC nº 547.484/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, J. 28.04.2020, DJe 04.05.2020).

mínimos com fundamento no mau antecedente⁵ e na variedade dos entorpecentes apreendidos, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda etapa, as sanções foram elevadas em 1/3 (um terço) por força da multirreincidência⁶. Contudo, verifica-se que a ação penal nº 1502526-32.2023.8.26.0559 possui trânsito em julgado posterior ao dia 23.09.2024, o que a torna inapta para configurar a aludida agravante. Logo, mostra-se adequada e suficiente a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) em estrita consonância com o entendimento consolidado no Tema nº 1.172 do C. STJ⁷, notadamente por se tratar de apenas uma condenação pregressa apta à recidiva, ademais genérica, resultando as penas em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Na derradeira fase, as reprimendas sofreram acréscimo de 1/6 (um sexto) por conta da causa especial de aumento (artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06), obtendo-se, no recálculo e à míngua de outras modificadoras, as definitivas de **07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Reincidente – como acima visto – o apelante não faz jus ao benefício do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sem, contudo, qualquer configuração de *bis in idem*, porquanto o impedimento da aplicação da benesse no caso decorre de expressa disposição de lei,

⁵ Cf. certidão unificada de fls. 37/40 e consulta ao eSAJ – processo nº 1501382-40.2022.8.26.0306, trânsito em julgado para a acusação em 28.08.2024 e para a defesa em 13.12.2024.

⁶ Cf. certidão unificada de fls. 37/40 e consulta ao eSAJ – processos nºs 1500003-98.2021.8.26.0306, trânsito em julgado para a acusação em 28.05.2024 e para a defesa em 18.05.2024; e 1502526-32.2023.8.26.0559, trânsito em julgado para a acusação em 26.04.2024 e para a defesa em 23.10.2024.

⁷ “A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso”.

consoante o forte posicionamento do C. STJ⁸ e deste E. TJSP⁹.

Correto o regime inicial **fechado**, pois, no caso *sub judice*, a gravidade concreta da conduta – já minuciosamente analisada – as circunstâncias judiciais desfavoráveis (mau antecedente e variedade de entorpecentes) e a recidiva (indicativa do descaso para com a Justiça, completa ausência de assimilação da terapêutica criminal e desinteresse na plena reintegração social, pois optou por perpetuar a atividade criminosa como modo de vida) desautorizam e incompatibilizam o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigos 59, III; c.c. 33, § 3º, do Código Penal).

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, independentemente da quantificação da pena-base.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I, II e III).

Em epílogo, persistem os fundamentos da prisão preventiva decretada em desfavor do apelante, já ratificados na r. sentença (fl. 127) e agora reforçados neste julgamento¹⁰.

***Ex positis*, rejeito a preliminar e dou parcial**

⁸ *Exempli gratia*: “Outrossim, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a existência de maus antecedentes impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 diante da ausência de preenchimento dos requisitos legais, como no caso” (AgRg no AREsp n. 2.261.881/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, j. 08.08.2023).

⁹ TRÁFICO DE ENTORPECENTES (...) Reincidência que obsta a aplicação do redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei Antidrogas – Inocorrência de *bis in idem* – Precedentes do STJ – Regime inicial fechado mantido – Pretensão de isenção ao pagamento da multa cumulativamente imposta que não encontra amparo legal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP – Apelação Criminal 1500192-72.2022.8.26.0587, Rel. Hugo Maranzano, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 07.02.2023).

¹⁰ Nesse caminho segue a jurisprudência, *verbi gratia*: “Não há lógica em permitir que o réu, preso (...) durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar” (STF – HC nº 89.824/MS, Rel. Min. Ayres Britto, Dje. 28.08.2008). No mesmo sentido: HC nº 138.120/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 06.12.2016, Dje. 16.12.2016; STJ – RHC nº 111.421/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03.10.2019, Dje 10.10.2019; RHC nº 34.998/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 20.03.2013; AgRg no HC nº 824.787/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 14.08.2023, Dje 16.08.2023.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento ao recurso para, mantida a condenação de Davi Fortunado Alves como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. 40, III, da Lei nº 11.343/06, reduzir as sanções ao cumprimento de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no valor unitário mínimo; mantida a prisão preventiva pelos motivos antes esposados na fundamentação.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator