



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000451908

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500062-07.2024.8.26.0557, da Comarca de Olímpia, em que é apelante BRUNO HENRIQUE DE SOUZA OFRAZI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, rejeitaram as preliminares, nos termos do v. Acórdão.**

Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do v. Acórdão.

Vencida a Revisora, Desª Ely Amioka, que mantinha a r. sentença, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente), ELY AMIOKA E CONCEIÇÃO VENDEIRO.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

CHRISTIANO JORGE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Autos da Apelação nº 1500062-07.2024.8.26.0557

Apelante: **BRUNO HENRIQUE DE SOUZA OFRAZI**

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Comarca: Olímpia

Meritíssimo Juiz de Direito: Mateus Lucatto De Campos

VOTO Nº **9304**

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA PARCIAL READEQUAÇÃO DAS PENAS.

I. Caso em Exame: 1. Recurso de apelação interposto por Bruno Henrique de Souza Ofrazi contra sentença pela qual foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas.

II. Questão em Discussão: 2. Análise dos pleitos defensivos pelos quais se objetiva, preliminarmente (i) a nulidade das declarações emanadas pelo coacusado Douglas, por violação do direito ao silêncio e ausência de assistência de advogado; (ii) a nulidade das provas em razão de aventada quebra da cadeia de custódia; no mérito, pretende-se a (iii) absolvição por fragilidade do conjunto probatório e atipicidade da conduta; subsidiariamente, pleiteia-se a (iv) readequação dos critérios de individualização da pena.

III. Razões de Decidir: 3. Preliminares. O acusado Douglas foi devidamente advertido sobre o direito constitucional ao silêncio em ambas as fases da persecução penal, estando assistido por advogado em juízo, e optou por negar a prática delitiva. A alegada "confissão informal" não fundamentou a condenação do corréu Bruno, não havendo, portanto, demonstração de prejuízo concreto à defesa.

4. Tese de quebra da cadeia de custódia. Inocorrência. Vícios no procedimento de garantia da higidez probatória não verificados.

A defesa, ademais, não demonstrou prejuízo concreto. 5. Mérito. Materialidade e autoria delitivas devidamente apuradas. Conjunto probatório formado nos autos que é amplo e robusto, conferindo lastro à condenação criminal. Depoimentos prestados por agentes de segurança pública responsáveis abordagem válidos e corroborado pelos demais elementos probatórios produzidos nos autos, sobretudo os laudos de exames periciais. Credibilidade que não foi afetada ante a ausência provas em sentido contrário. Édito condenatório mantido. 6. Dosimetria penal. Primeira fase. Aumento de 1/6 (um sexto) sobre as penas pela quantidade de drogas apreendidas. Apelante surpreendido mantendo em depósito porções de “maconha” e cocaína, com peso líquido total pouco superior a cinquenta gramas. Quantidade não expressiva. Afastamento da circunstância. Segunda fase. Multirreincidência observada. Terceira fase. Causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso II, da Lei de Drogas mantida. Afastado o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, ante a multireincidência do acusado. Regime inicial fechado mantido, como decorrência direta dos vetores estabelecidos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV. Dispositivo: 5. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, apenas readequar a pena de Bruno para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 dias-multa.

Legislação Citada: Código de Processo Penal, art. 386, VII; art. 158-A; art. 158-B; art. 571; art. 563. Lei nº 11.343/06, art. 33, caput; art. 35, caput; art. 40, III; art. 42; art. 33, §4º.

Jurisprudência Citada: STF, ADPF nº 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, J: 14/06/2018, DJe: 22/05/2019. TJSP, Apelação Criminal 1500160-78.2022.8.26.0551, Rel. Guilherme de Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, J: 07/12/2022. STJ, AgRg no AREsp n. 1.896.898/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J: 17/8/2021, DJe: 20/8/2021. STJ, AgRg nos EDcl

no REsp n. 2.039.175/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J: 18/4/2023, DJe: 24/4/2023.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 198/206, pela qual foi julgada parcialmente procedente a ação penal para (i) absolver Douglas Rodrigues Sant'Ana de todas as imputações contidas na exordial acusatória, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; e (ii) condenar Bruno Henrique de Souza Ofrazi ao cumprimento de pena de **09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **906 (novecentos e seis) dias-multa**, no valor unitário mínimo, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e, concomitantemente, absolvê-lo da imputação do artigo 35, *caput*, do referido diploma normativo.

Irresignado, Bruno interpôs recurso de apelação (cf. manifestação de vontade consignada pelo Oficial de Justiça à fl. 223), com razões às fls. 247/257. Pretende-se, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade das declarações emanadas pelo corréu Douglas, sem especificar em qual fase da persecução penal, porquanto não teria sido observado o direito ao silêncio, tampouco a assistência de um advogado no momento da “confissão”. Ainda em matéria preliminar, alega subsistir violação na cadeia de custódia probatória e, por conseguinte, pugna pelo reconhecimento da nulidade da prova pericial produzida. No mérito, pleiteia a absolvição em razão de aventada fragilidade do conjunto probatório e atipicidade da conduta, sustentando haver contradições nos depoimentos das testemunhas e inexistir provas da destinação comercial da droga. Subsidiariamente, requer a readequação dos critérios utilizados na individualização da pena, com o afastamento da causa de aumento prevista

no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/906 e a aplicação do redutor do §4º, do artigo 33, da referida legislação. Por fim, requer a fixação do regime inicial mais brando.

Contrarrazões de apelação às fls. 272/275.

A D. Procuradora de Justiça Rita Di Tomasso Martins opinou pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, conforme parecer acostado às fls. 288/307.

É o relatório.

Bruno Henrique de Souza Ofrazi e Douglas Rodrigues Sant'Ana foram denunciados e processados como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c o artigo 40, inciso III, todos da Lei nº 11.343/06, porque no dia 12 de janeiro de 2024, por volta das 11h56, na rua Santos Dumont 0, em frente à creche, na cidade de comarca de Olímpia, traziam consigo e guardavam, para fins de entrega a terceiros, 02 (duas) porções de “maconha”, substância esta contendo *tetrahydrocannabinol* (THC), com peso líquido aproximado de 10,3g (dez gramas e três decigramas), além de 15 (quinze) porções de cocaína, acopladas em tubos plásticos, com peso líquido aproximado de 19,7g (dezenove gramas e sete decigramas), e mais 12 (doze) pedras de crack, pensando aproximadamente 3,0g (três gramas), 01 (um) pedra de crack, com peso líquido de 3,7g (três gramas e sete decigramas), e, por fim, 01 (uma) muda de planta de “maconha”, pesando aproximadamente 9,57g (nove gramas e cinquenta e sete decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado no curso da investigação e da instrução processual, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina pela rua Santos Dumont, em local conhecido pela prática do tráfico,

especificamente na frente da creche do bairro São José.

Em determinado momento, observaram cerca de seis indivíduos no supracitado local que, ao visualizarem os agentes públicos, empreenderam fuga, em direção a um pasto próximo. Após breve perseguição, os policiais conseguiram abordar dois deles, identificados como o ora apelante Bruno e o coacusado Douglas.

Promovidas buscas pessoais, os agentes de segurança pública localizaram em poder de Bruno uma pochete, dentro da qual encontraram a supracitada quantidade de drogas e, ao seu lado, observaram uma planta *cannabis sativa*. Indagado informalmente, o recorrente confessou estar traficando. Por outro lado, nenhuma droga foi localizada com Douglas, tendo ele confirmado informalmente exercer a função de “olheiro”.

Assim, apenas Bruno foi preso em flagrante delito (cf. auto de prisão à fl. 01) e as drogas apreendidas (cf. auto de exibição e apreensão às fls. 04/05).

Submetidas aos exames químico-toxicológico, foi atestado o caráter proscrito das substâncias e muda apreendidas (fls. 18/21, 123/125 e 126/129).

Na fase inquisitorial, Douglas negou ser olheiro, bem como afirmou ser dependente químico e estar, na data dos fatos, fumando “crack” (cf. termo de fl. 06).

Judicialmente, relatou ter se dirigido ao local dos fatos para comprar droga e, então, encontrou o coacusado Bruno, que lhe ofereceu um trago e quebrou um pedacinho de droga. Quando iam começar a fumar, os policiais chegaram, contudo, nega terem corrido. Alegou só

terem duas pedras e meia quando os agentes públicos apareceram. Além disso, disse conhecer Bruno da rua, pois ele também é usuário. No local dos fatos, até o momento da abordagem, não tinha visto ninguém vendendo drogas, a despeito de ser conhecido como ponto de vendas. Disse, ademais, que Bruno tinha uma pochete, a qual os policiais abriram na hora, mas só havia cachimbo e isqueiro dentro. Por fim, asseverou não ter perguntado para Bruno se ele tinha drogas (cf. gravações de audiência anexadas ao termo de fls. 195/197).

Interrogado na fase preliminar, Bruno disse desconhecer a droga encontrada, bem como alegou não estar na posse de nenhuma pochete. Segundo sua versão, estava *“apenas fumando duas pedras de crack, haja vista ser usuário”* (cf. termo de interrogatório de fl. 15).

Em juízo, o ora apelante asseverou estar com problemas familiares e, então, teria pedido dinheiro à avó para comprar drogas. No local, adquiriu três “pedras” e saiu andando pelo local – onde ficam vários usuários e traficantes –, quando encontrou Douglas e começaram a fumar juntos. Neste momento, os policiais surgiram e perguntaram se tinham drogas, tendo ele respondido estar usando. De acordo com a sua narrativa, um dos agentes públicos saiu do local e retornou com uma sacola e uma bolsa, indagando de quem eram os objetos e, como não sabia de quem era, ele teria que assumir tudo. Negou ter corrido, tampouco reagiu à abordagem (cf. gravações de audiência anexadas ao termo de fls. 195/197).

Finda a instrução processual, a pretensão punitiva foi julgada parcialmente procedente, sendo Bruno condenado pela prática do crime de tráfico de drogas e absolvido da imputação do artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06. Concomitantemente, Douglas foi absolvido de todas as imputações contidas na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

É o resumo do caso.

Preliminarmente, alega a defesa de Bruno que as declarações (ditas “confissões”) emanadas pelo corréu Douglas, sem especificar em qual fase da persecução penal, seriam ilícitas, porque não foram precedidas da advertência do direito ao silêncio, motivo pelo qual pleiteia sejam tais provas excluída dos autos. Sem razão, contudo.

Como se sabe, o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) é corolário das garantias constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, não sendo o acusado obrigado a colaborar na produção de quaisquer provas ou mesmo de se autoincriminar.

A esse respeito:

“O direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade” (STF, ADPF nº 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, J: 14/06/2018, DJe: 22/05/2019).

Nesse diapasão, deduz-se dos autos que Douglas teve seu direito de permanecer em silêncio assegurado perante a Autoridade Policial e, após advertido, optou por negar a prática delitiva (cf. termo fl. 06).

De igual modo, durante a audiência criminal,

Douglas foi devidamente advertido acerca de seu direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII), bem como estava assistido por advogado dativo (fl. 145) - inclusive o mesmo subscritor do presente apelo defensivo em favor do corréu Bruno -, sendo, ademais, garantida entrevista prévia (art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal). Neste cenário, por liberalidade, Douglas novamente optou por negar as imputações contidas na exordial acusatória, bem como tentou elidir Bruno de suas responsabilidades penais, sobretudo ao alegar não haver drogas na pochete dele, quando aberta pelos agentes públicos (fls. 195/197).

Ou seja, ao contrário do alegado pela defesa, a suposta “confissão” não foi elemento de convicção decisivo para a condenação de Bruno, tendo o magistrado apenas salientado as divergências entre os depoimentos dos acusados, nos seguintes termos: *“(...) Além disso, o réu apresentou versão conflituosa sobre os fatos, pois alegou que não portava os entorpecentes, no entanto o correu Douglas afirmou ter visto BRUNO portando uma pochete, embora tenha alegado que não continha entorpecentes”* (fl. 202).

A bem da verdade, conforme se verá na análise do mérito recursal, é que a condenação de Bruno se lastreou no robusto conjunto probatório formado nos autos, especialmente nos depoimentos emanados pelos policiais responsáveis pela abordagem, somada a apreensão das drogas e os resultados dos laudos de exame periciais, e não nas declarações (formais ou informais) emanadas por Douglas.

Por outro lado, eventuais questionamentos emanados pelos agentes de segurança pública aos acusados, quando da realização da abordagem não ensejam, por si só, a nulidade de eventuais declarações informais. Neste ponto, até o momento, é assente que *"a ausência de informação acerca do direito de permanecer calado ao acusado gera apenas a nulidade relativa, devendo ser arguida em momento*

oportuno, a teor do disposto no art. 571 do CPP, cuja declaração depende, ainda, da comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no caso" (AgRg no REsp n. 1.679.278/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 1º/8/2018).

Convém pontuar, por oportuno, que a uniformização da questão se encontra pendente, haja vista a atual discussão pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 1185, a respeito da obrigatoriedade (ou não) da advertência ao preso do direito ao silêncio, no momento da abordagem policial - quando frequentemente ocorre o denominado interrogatório informal -, sob pena de ilicitude da prova, e considerando-se os princípios da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e do devido processo legal.

De todo modo, a despeito das declarações emanadas por Douglas aos policiais durante a abordagem, decerto não terem sido produzidos outros elementos de prova, principalmente sob o crivo do contraditório, a lastrear a condenação dele; tanto é que foi absolvido de todas as imputações, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Assim sendo, fica evidente que nenhum prejuízo concreto foi apontado ou demonstrado pela defesa em decorrência da aventada irregularidade, motivo pelo qual não há se falar em nulidade na hipótese. Nesse sentido, já se decidiu:

Apelação. Tráfico de entorpecentes. Insurgência defensiva. Quanto à alegada ausência do "Aviso de Miranda", além de inexistirem provas de que o réu não fora alertado sobre o direito constitucional ao silêncio e da defesa não ter demonstrado eventual prejuízo, a condenação não foi pautada na suposta "confissão informal", sobre a qual, como o próprio nome diz, não foi formal e, assim, desprezada

como elemento informativo. No mérito, a autoria e a materialidade restaram sobejamente demonstradas. Diligências efetuadas pela polícia civil que conduziram ao flagrante do réu, o qual se encontrava em ponto de comércio espúrio transacionando com usuários, dinâmica observada pelos agentes públicos, motivo pelo qual foi abordado. Em poder do acusado, foram apreendidas 7 porções de maconha, com peso de 23,8 gramas, acondicionadas na pochete, e a quantia de R\$ 224,00, oriunda do narcotráfico. Depoimentos firmes e coerentes prestados pelos agentes estatais. Inequívoca posse das substâncias para fins mercantis. A dinâmica relatada harmonicamente pelos policiais civis se confirma pelas porções individualizadas que estavam na pochete do apelante, pela quantia de R\$ 224,00, fruto do narcotráfico, e pelas circunstâncias do flagrante, tratando-se de ponto de comércio espúrio, encontrando-se o réu parado no local. Condenação mantida. Reforma das bases. Réu primário e sem antecedentes. Bases fixadas nos mínimos legais. Ausentes agravantes e atenuantes. Redutor indevidamente negado. Aplicação em patamar máximo. Penas finais em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Parcial provimento ao apelo. (TJSP; Apelação Criminal 1500160-78.2022.8.26.0551; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Limeira - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 07/12/2022)

Destarte, fica rechaçada esta preliminar.

Ainda em matéria preliminar, muito embora ao longo das razões de apelação, sustentou a defesa a existência de nulidade pela quebra da cadeia de custódia, com violação aos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal, sob o argumento de não haver *“informações precisas sobre como a droga foi armazenada após a apreensão, nem sobre quem teve acesso à droga antes da realização do*

laudo pericial". E, segundo a defesa, estes fatos impediriam a comprovação de que a droga periciada é a mesma que foi apreendida em poder do apelante (fl. 251).

Sem razão, mais uma vez.

Os policiais atuantes no caso procederam regularmente às etapas exigidas na colheita das provas: após a abordagem, promoveram buscas e, então, localizaram as drogas com Bruno (descrições no boletim de ocorrência às fls. 07/09); as drogas foram apreendidas e armazenadas em invólucros próprios, devidamente lacrados (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 04/05); elaborou-se requerimento ao Instituto de Criminalística para realização de exame pericial (fl. 17); e as substâncias foram submetidas aos exames pertinentes (laudo de constatação às fls. 18/21 e laudo químico-toxicológico às fls. 123/125 e 126/129).

Registre-se que, nos moldes do artigo 158-A do Código de Processo Penal, "*Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.*".

Depreende-se da norma processual que a denominada *cadeia de custódia* se trata da sucessão de atos procedimentais voltados a assegurar que não haja máculas nas provas coletadas, as quais foram devidamente observadas na hipótese.

No caso em testilha, conforme acima registrado, os agentes públicos envolvidos no caso observaram os procedimentos pertinentes à situação concreta. No tocante aos lacres, verifica-se terem sido as drogas relacionadas ao ora recorrente acondicionadas em cinco

invólucros plásticos distintos, todos lacres diferentes conforme autos de exibição e apreensão de (fls. 04/05).

O material foi enviado ao Instituto de Criminalística, tendo os peritos atestado - tanto em laudo de constatação como definitivo - estarem os vestígios acondicionados em invólucros distintos e com os respectivos lacres (fls. 18/21 e 123/125 e 126/129). Ou seja, foram substancialmente observadas as etapas da cadeia de custódia descritas no artigo 158-B do Código de Processo Penal (coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento e armazenamento dos vestígios).

Por outro lado, não há apontamento acerca de qualquer indício de que tenha sobrevivido desta circunstância eventual adulteração da prova, vale dizer, não explicitou a parte os prejuízos suportados em decorrência da suposta nulidade (artigo 563 do Código de Processo Penal).

E, como é assente, a simples indicação de descumprimento de formalidades previstas no artigo 158-B do Código de Processo Penal, o qual prevê uma diversidade de etapas no rastreamento do vestígio, não é suficiente para impugnar a licitude da prova, tal como intenta a defesa.

Faz-se necessário o questionamento concreto de irregularidade ocorrida, a qual evidencie não ter o ato procedimental cumprido a sua finalidade, à luz do princípio da instrumentalidade das formas. Além disso, deve haver prova do prejuízo suportado pela parte em decorrência de tal vício.

Este é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. (...) 1. **O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade** (AgRg no RHC n. 147.885/SP, relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021). Não é o que se tem no caso dos autos, em que **não houve comprovação por parte da defesa de qualquer adulteração no decorrer probatório. Ademais, não foi trazido nenhum elemento que demonstre que houve adulteração da prova.** Assim, não se verifica a alegada 'quebra da cadeia de custódia', pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de **invalidar a prova** (HC 574.131/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/8/2020, DJe 4/9/2020). (...) (AgRg nos EDcl no REsp n. 2.039.175/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023, g.n.) .

Afinal, é amplamente firmado no âmbito dos Tribunais pátrios inexistir nulidade processual ou probatória sem a devida demonstração do prejuízo (princípio *pas nullité sans grief*). O prejuízo, por seu turno, há de ser concreto, e não mera confabulação das partes processuais.

Diante do exposto, rechaça-se a pretendida nulidade, declarando-se validos os laudos de exames periciais realizados nas drogas apreendidas durante o cumprimento de bandado de busca a

apreensão.

Superadas as teses preliminares, passa-se à análise do mérito recursal.

A douta defesa pleiteia a absolvição de Bruno, sob o argumento de inexistirem provas suficientes a lastrear o decreto condenatório e por ser sua conduta atípica. Os argumentos, contudo, não devem ser acolhidos.

Com efeito, não há nenhuma dúvida acerca da materialidade e da autoria delitivas, na medida em que amplamente comprovado pelo órgão acusatório ter o apelante trazido e guardado, para fins de entrega a terceiros, porções de substância contendo *tetrahydrocannabinol* (THC), além de de uma muda de “maconha” e outras mais contendo cocaína (cujas naturezas ilícitas foram atestadas de forma técnica e irrefutável por meio de exames químico-toxicológicos (fls. 18/21 e 123/125 e 126/129)).

Em ambas as fases da persecução penal, os policiais militares Clayton da Silva Bezerra (fl. 02) e Lucas Augusto Lopes (fl. 03), responsáveis pela abordagem, prestaram seus respectivos depoimentos.

Em juízo, sob o crivo do contraditório, os policiais asseveraram, em suma, estarem em patrulhamento de rotina em local conhecido pela prática do tráfico, próximo à creche, quando visualizaram alguns indivíduos empreendendo fuga ao observarem os policiais. Logo após, conseguiram deter Bruno e Douglas. Em buscas pessoais, as drogas foram localizadas apenas em poder de Bruno, especificamente dentro de uma pochete. Ao lado do apelante, ademais, foi encontrada uma planta de “maconha”. Indagados informalmente, o ora recorrente confirmou estar

traficando, enquanto Douglas teria dito ser olheiro. (cf. gravações de audiência anexadas ao termo de fls. 195/197).

Os agentes de segurança pública, portanto, apresentaram depoimentos harmônicos entre si, narrando a dinâmica fática e o encontro das drogas com Bruno, corroborando o teor da acusação em relação a ele. Frise-se, por oportuno, não haver razões para desconsiderar a prova oral. A condição de policial militar, por si só, não é motivo suficiente para o afastamento de seu valor probatório.

Quanto a este ponto, ressalte-se não haver provas da existência de prévia desavença entre os agentes públicos e o réu Bruno, ou ainda qualquer fundamentação capaz de macular os depoimentos dos policiais.

Afinal, há muito se encontra superada a discussão atinente à validade das palavras dos policiais militares, mormente com relação a fatos atrelados ao exercício das funções públicas por eles exercidas.

Isso porque, além do compromisso com a fé pública, inerente aos cargos por eles ocupados, os policiais foram ouvidos na qualidade de testemunhas, isto é, prestaram compromisso de dizer a verdade, e não possuíam qualquer motivo – ou, ao menos, inexistem provas nesse sentido – para querer prejudicar o réu.

Portanto, os testemunhos fornecidos pelos agentes públicos são aptos para a formação da convicção a respeito da prática criminosa por parte de Bruno.

Por outro lado, ao contrário do sustentado pela defesa, não é exigida para a consumação do delito de tráfico a

comprovação de atos típicos de mercancia dos tóxicos, porquanto basta a constatação de tais substâncias não serem destinadas ao consumo pessoal daquela pessoa que as possuía para a configuração do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Aliás, não por outro motivo o *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 prevê como tráfico de drogas a conduta de “*entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente (...)*”.

Na hipótese vertente, decerto que o local dos fatos, somado a quantidade e variedade de substâncias ilícitas apreendidas (porções e muda de “maconha”, além de cocaína nas formas de “pó” e “crack”), bem como seu acondicionamento (em porções individuais), impõem à conclusão no sentido de as drogas se destinarem ao fornecimento e entrega a consumo de terceiros.

Nesse mesmo sentido, outro não é o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça: “*para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente - até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente" -, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância, tal como, ao menos à primeira vista, ocorreu no caso (...)*” (RHC n. 181.793/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/4/2024, DJe de 30/4/2024.)

Cumprе salientar, ademais, que a condição de usuário – e até mesmo a de dependente – não exclui a de traficante. De fato, é perfeitamente possível que o agente, envolvido no tráfico de drogas, busque também satisfazer o próprio vício, recebendo, por vezes, porções das substâncias como forma de pagamento pela mercancia ilícita praticada.

Destarte, a condenação pelo delito de tráfico de drogas deve ser mantida, pois lastreada em forte e robusto conjunto probatório, pelo qual se pode inferir com a segurança necessária que Bruno trazia consigo e mantinha em depósito, para fins disseminação, as drogas apreendidas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Sedimentado o édito condenatório, passo à análise da individualização das penas.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi exasperada à fração de 1/6 (um sexto), porquanto *“(...) temos, a merecer valoração negativa, a culpabilidade do acusado. Com efeito, a diversidade de entorpecentes localizados em poder do acusado ("crack" e maconha) confere contorno de gravidade diferenciada ao caso e culpabilidade anormal ao tipo penal. Neste ponto, o próprio art. 42 da Lei n. 11.343/06 impõe a ponderação, no momento da fixação das penas, da "natureza e a quantidade da substância ou do produto". Assim, a diversidade de materiais justifica o maior rigor penal, haja vista a possibilidade de a conduta atingir diversos tipos de usuários de drogas. Além disso, o crack é a espécie que causa maior dependência e consequências danosas à saúde. O cálculo comporta reparos.*

A despeito de o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 estabelecer vetores para delimitação da pena-base, fundada na natureza e quantidade de drogas, o aumento efetuado na hipótese em testilha mostra-se desproporcional à luz das circunstâncias concretas do caso.

De fato, o apelante foi surpreendido trazendo consigo e guardando 02 (duas) porções de “maconha”, com peso líquido aproximado de 10,3g (dez gramas e três decigramas), além de 15 (quinze) porções de cocaína, acopladas em tubos plásticos, com peso líquido

aproximado de 19,7g (dezenove gramas e sete decigramas), 12 (doze) pedras de cocaína, na forma de “crack”, pensando aproximadamente 3,0g (três gramas), e mais 01 (um) pedra de crack, com peso líquido de 3,7g (três gramas e sete decigramas), e, por fim, 01 (uma) muda de planta de “maconha”, pesando aproximadamente 9,57g (nove gramas e cinquenta e sete decigramas). Ou seja, **porções de drogas com peso líquido total de 56,27g** (cinquenta e seis gramas e vinte e sete decigramas).

Neste cenário, decerto não haver elementos que confirmem um grau de reprovabilidade superior àquele indicado pelo próprio tipo penal. A esse respeito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que esta não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. 2. No presente caso, não obstante a alta nocividade de uma das drogas apreendidas com a envolvida (cocaína), a quantidade total (2 porções de maconha pesando 6,30g e 14 trouxinhas de cocaína pesando 2,4g) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal. devendo ser afastado tal fundamento. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp n. 1.896.898/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma,

julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.)

Dessarte, de rigor o afastamento desta circunstância judicial desfavorável, retornando as penas aos patamares.

Na segunda fase, foi considerada de forma escorreita “a agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, pois, conforme certidão de fls. 160, 162, 162/163 e 163 (proc. n°s 1500860-62/2019, 1500385-66/2022, 1500637-54/2020 e 0027475-27/2015), o réu é reincidente em crime doloso, sendo ainda reincidente específico no crime de tráfico (proc. 1500634-54/2020 – fls. 162/163). Assim, exaspera-se a pena-base em 1/3 (um terço)”.

Em atenção ao redimensionamento da pena-base, a pena intermediária, resta estabelecida em **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de e 666 dias-multa**.

Na terceira etapa, incidiu a causa de aumento prevista artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, porquanto devidamente comprovado que o Bruno comercializava entorpecentes nas imediações de estabelecimentos de ensino, com exasperação à fração de 1/6 (um sexto).

Não há como ser afastada a causa de aumento. Afinal, para sua caracterização, não é necessário que a infração tenha por objetivo atingir especificamente os frequentadores dos estabelecimentos listados no dispositivo normativo; é suficiente para sua configuração ter sido o delito praticado nas imediações ou dependências de tais locais. Em outras palavras: basta a proximidade física do local onde o tráfico estava sendo praticado e o estabelecimento de ensino.

E as provas, tal como acima delineadas, demonstraram terem sido os indivíduos visualizados pelos agentes públicos

próximos à creche, notadamente antes de empreenderem fuga, motivo pelo qual deve ser a causa de aumento mantida, resultando a pena final em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 777 dias-multa.

No mais, o MM. Juiz sentenciante corretamente afastou o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, por entender não preenchidos os requisitos legais, ao contrário das arguições defensivas, sobretudo em atenção à condição de multirrecorrente (cf. certidão de antecedentes de fls. 160/164).

Assim dispõe o dispositivo legal em comento:

“§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, **desde que o agente seja primário**, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. (grifos não originais).

Portando, a primariedade é requisito expresso em Lei, não preenchido na hipótese vertente.

A esse respeito:

(...) VI - "No caso dos autos, a reincidência da agravante justifica concretamente o indeferimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.434/2006, pois o réu reincidente não pode beneficiar-se com a benesse referenciada, uma vez que tal circunstância evidencia a dedicação a atividades criminosas. [...] Ainda, no ponto, "o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a reincidência, ainda que por delito de natureza diversa, constitui óbice legal à concessão da minorante do tráfico privilegiado, consoante previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, inexistindo *bis in idem* ante a utilização concomitante na segunda e terceira fases da dosimetria. Precedentes" (AgRg no AREsp n.

1.810.760/PR, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe 16/11/2021)" (AgRg nos EDcl no HC n. 768.833/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 30/3/2023). Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp n. 1.979.138/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023) (grifos não originais).

O regime fechado não comporta reparos. Isto porque, considerando a multirreincidência, outro não poderia ser o regime inicial de cumprimento de pena, inclusive como decorrência direta dos vetores estabelecidos no artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal.

Por idênticas razões, de rigor o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista não subsistirem os pressupostos que inicialmente justificaram a aplicação do artigo 44 do Código Penal.

Igualmente, a quantidade de pena, a circunstância judicial negativa e a reincidência impedem a concessão do *sursis* (artigo 77 do Código Penal).

Pelo exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES** e, no mérito, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para afastar a circunstância judicial desfavorável considerada na primeira fase da dosimetria, sendo a reprimenda final fixada em **7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 777 dias-multa (setecentos e setenta e sete) dias-multa**, no mínimo legal, mantendo-se, no restante, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Para fins do artigo 1.025 do Código de Processo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Civil, considero prequestionada toda a matéria suscitada pela parte recorrente e eventualmente não apreciada, consignando-se, ainda, em consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que “*O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.*”. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região -, Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Christiano Jorge
Relator