



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000287446

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501310-02.2024.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes GUILHERME BONFANTE e MATHEUS GABRIEL ARAÚJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso ajuizado em favor de Guilherme Bonfante e de Matheus Gabriel Araújo, para absolvê-los da imputação do crime do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, VII, do Estatuto Adjetivo, ficando, outrossim, suas penas estabelecidas em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no piso, por incursos nas sanções do artigo 33, "caput", da Lei Especial, com determinação, comunicando-se. Apresentou divergência parcial o terceiro juiz, Desembargador Juscelino Batista, que manteve as penas básicas.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente) E JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

MARCO ANTÔNIO COGAN

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



Apelação Criminal nº 1501310-02.2024.8.26.0559
Comarca de São José do Rio Preto – 4ª Vara Criminal
MMª. Juíza dra. Maria Letícia Pozzi Buassi
Apelantes: Guilherme Bonfante e Matheus Gabriel Araújo
Apelada: Justiça Pública
TJSP – Oitava Câmara de Direito Criminal
VOTO Nº 58.227

APELAÇÕES CRIMINAIS – PLEITO PRELIMINAR, EM PROL DE MATHEUS, DE NULIDADE DA R. SENTENÇA, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA MAJORAR AS REPRIMENDAS BÁSICAS.

NO MÉRITO, ALEGAÇÃO DE QUE ELE DEVE SER ABSOLVIDO, QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A DEMONSTRAR A NECESSÁRIA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NA PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DAS PENAS BÁSICAS; DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA; DE APLICAÇÃO DA BENESSE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS; DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS BRANDO, E DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA.

PRETENSÃO DEFENSIVA, EM FAVOR DE GUILHERME, DE ABSOLVIÇÃO DESSE ACUSADO QUANTO AOS DELITOS QUE LHE

FORAM IMPUTADOS, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. TESE SUPLETIVA DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI ESPECIAL.

CONDENAÇÕES ESTRIBADAS NOS ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, DA LEI 11.343/06, NA FORMA DO ART. 69, DO CP.

QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.

NO MÉRITO, CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO EM DAR CONTA DO ACERTO DA R. SENTENÇA QUANTO AO COMETIMENTO, PELOS APELANTES, DO NARCOTRÁFICO.

CENÁRIO A ENSEJAR, TODAVIA, A ABSOLVIÇÃO DE AMBOS OS RECORRENTES PELA PRÁTICA DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS, NÃO COMPROVADA SATISFATORIAMENTE.

CASO EM QUE AS PENAS DOS ACUSADOS, ATINENTES AO CRIME REMANESCENTE, COMPORTAM ALTERAÇÃO, A MENOR.

Questão preliminar rejeitada e, no mérito, recursos parcialmente providos, com determinação.

1 – Trata-se de apelações interpostas em favor de Guilherme Bonfante e de Gabriel Araújo, que foram condenados ao cumprimento de penas corporais, cada qual, de dez anos e oito meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, além da paga de mil e quinhentos e noventa e nove dias-multa, todos fixados no piso, por infração aos ditames dos artigos 33, *caput* e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal (fls. 299/304).

Aduz a Defesa do acusado Matheus, preliminarmente, que a r. sentença é nula, por ausência de fundamentação, vez que “*o nobre magistrado não detalhou como as circunstâncias judiciais influenciaram na fixação da pena do APELANTE*” (fl. 323).

No mérito, busca a sua absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, vez que não restou evidenciada a existência de vínculo estável e permanente entre os agentes envolvidos. Supletivamente requer a redução das penas básicas; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; a aplicação da benesse do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos; a fixação de regime prisional inicial mais brando, e a concessão dos benefícios da Justiça gratuita (fls. 318/329).

Apela também a Defensoria de Guilherme, postulando sua absolvição quanto a ambos os delitos que lhe foram atribuídos, por insuficiência de provas a incriminá-lo, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente requer a incidência do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei Especial (fls. 364/374).

Os recursos foram contrarrazoados pela doutora Promotora de Justiça, que pretende o seu desprovimento, e a manutenção da r. sentença, reiterando suas alegações finais antes ofertadas (fls. 332/338 e 379/385).

A douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor José Fernando Cecchi Junior, se pronunciou pelo parcial provimento aos recursos, para que os apelantes sejam absolvidos quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, e para que suas penas sejam reduzidas, diante da aplicação da atenuante da confissão espontânea e do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, com a consequente fixação de regime prisional inicial mais brando, e substituição da corporal por restritivas de direitos (fls. 398/406).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Por primeiro, rejeita-se a questão preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação para majorar as reprimendas básicas, vez que, contrariamente ao aduzido no apelo de Matheus, depreende-se, da leitura do primeiro parágrafo de fl. 303 do r. *decisum*, que a MMª. Juíza efetuou tal elevação com a devida justificação, destacando a elevada quantidade de droga apreendida, com base no artigo 42, da Lei 11.343/06, não havendo qualquer infringência, portanto, ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, posto que a fundamentação exigida pelo texto constitucional é aquela revestida de coerência, explicitando suficientemente as razões de convencimento do julgador, ainda que incorreta, ou mesmo que não pormenorizada.

Sobre o tema, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: - **“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral”**. (AI 791292 QO-RG, Relator(a): GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010).

No mérito, há que ser dado parcial provimento aos apelos.

A materialidade não foi objeto de questionamento recursal, e se mostra devidamente comprovada nos autos.

Já a coautoria dos apelantes na prática do tráfico de drogas também é certa.

Presos em flagrante delito, Matheus optou por permanecer silente na Delegacia (fl. 06), ao passo que Guilherme aduziu que: - *“[...] é amigo de MATHEUS há vários anos [...]. MATHEUS*

informou que foi contratado por um tal GESIEL para ir até a cidade de São Paulo pegar uma droga e trazer para Rio Preto. [...] somente para não deixar o amigo viajar sozinho, se prontificou a ir em sua companhia, mas, nada sabia sobre a droga, nem tampouco iria receber qualquer valor para auxiliar no transporte. Não tem relação direta ou indireta com a droga ou mesmo com o contratante. Esclarece que chegaram em São Paulo na data ontem por volta das 19 horas e foram a um hotel onde dormiram e nesta manhã foram até o ponto de encontro marcado com um indivíduo que não conhecia [...] e lá um rapaz aproximou-se e entregou uma mochila com a droga e em seguida partiram em viagem de volta para Rio Preto. Chegando nesta cidade depararam com uma viatura da Polícia Militar na rodovia Washington Luis, quando chegavam em Rio Preto e a viatura passou a acompanhar o veículo VW/Gol [...] onde tentaram fugir, mas, durante a trajetória, o interrogando abriu o vidro da porta e jogou a mochila onde a droga estava. Logo em seguida foram abordados e os policiais recolheram a mochila que havia arremessado às margens da rodovia e encontraram a droga” (fl. 07).

Em Pretório o apelante Matheus declarou que: - “*como motorista de aplicativo, foi chamado para transporte de peças de motocicleta, por Jeziel de Tal, que pagaria R\$2.000,00. Convidou o corréu, amigo que é, para a viagem. Já chegava em São Paulo quando Jeziel, via telefone, afirmou que estava o réu, na verdade, transportando droga, mas decidiu este seguir porque já tinha gasto parte do valor. Afirmou o réu ter sentido odor forte durante a viagem, sendo que não chegou ao destinatário, pois foram abordados por agentes. Pegaram a*

droga no bairro Liberdade, em São Paulo” (fl. 300).

O acusado Guilherme, por sua vez, *“assegurou haver acompanhado o corréu até o município de São Paulo/SP, onde Matheus recebeu uma mochila com droga para transporte até esta Comarca, sendo abordados durante o trajeto de retorno. Acrescentou ter jogado a mochila para fora do carro” (fl. 300).*

Ocorre que, a par das versões suprarreferidas, a prova oral é firme em fornecer os necessários elementos de convicção quanto a responsabilidade penal de ambos os recorrentes, observando-se, aliás, que eles não deixaram de admitir a prática do crime de narcotráfico, através do exercício do núcleo do tipo “transportar”.

Os policiais militares Emerson de Oliveira e Marcelo Guerra Roman, a seu turno, destacaram que: - *“em patrulhamento, perseguiram e abordaram os réus na condução do veículo 'VW/Gol', placas RFX0D79, pois em tentativa de fuga, após dispensarem pela janela, uma mochila contendo o entorpecente, ao notarem aproximação da viatura. Detalharam sobre o encontro, no interior do automóvel, dos aparelhos celulares. Para tais testemunhas, Guilherme admitiu ser proprietário de metade das porções, adquiridas no município de São Paulo de 'Geziel'; o acusado Matheus limitou-se a afirmar ter sido contratado para transporte do tóxico” (fl. 301).*

Diante desse cenário, há que ser dado o devido valor probatório as palavras dos policiais, que forneceram relatos harmônicos

quanto as circunstâncias que cercaram as prisões dos acusados, sem nenhuma demonstração de que tivessem interesse em incriminá-los falsamente, a teor do que dispõe o artigo 156, do Código de Processo Penal, e em narrativas que, inclusive, vão ao encontro de suas admissões, em Juízo, quanto ao fato de que realmente estavam transportando a droga.

Fosse o caso de incidência de suspeição quanto aos depoimentos dos milicianos, deveriam as Defensorias tê-los contraditado, o que não fizeram, daí porque motivo não há para que suas narrativas sejam recebidas com a parcialidade pretendida, além do que nenhuma razão concreta foi apontada pelos apelantes que se mostrasse apta a invalidar suas palavras, não se prestando, por óbvio, por si só, a profissão desses depoentes compromissados, para tanto.

Quanto ao crédito que deve ser dispensado, como na espécie, aos relatos dos policiais, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: - **“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO LASTREADA EM VASTO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. [...] - A conclusão obtida pelas instâncias de origem sobre a condenação no referido delito foi lastreada em vasto acervo probatório, sendo que o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a**

imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. [...]”. (STJ - HC 477.171/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018).

Na mesma seara já se manifestou esta Colenda Corte: - **“São cansativas as alegações costumeiras contra a palavra dos policiais, como se eles sempre agissem fora da lei, em prejuízo de todos os acusados presos e autuados em flagrante. Mas, os depoimentos prestados por policiais não podem ser sumariamente desprezados apenas em razão de sua condição funcional, devendo ser aferida a sua credibilidade em função do exame atento do conjunto probatório existente nos autos. E na espécie em julgamento nada indica que os policiais ouvidos como testemunhas pudessem ter pretendido forjar essa grave acusação contra o apelante, a quem nem sequer conheciam”.** (TJSP - Apelação Criminal nº 0002502-24.2008.8.26.0068; Relator (a): Antonio Luiz Pires Neto; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 13/08/2012).

Evidente se mostra o envolvimento de ambos os apelantes no narcotráfico, observando-se que, a par de terem admitido o transporte da droga, foram apreendidos nada menos que 10 “tijolos” de maconha, com peso líquido de 4.713,0g, no interior da mochila confessadamente dispensada por Guilherme, além de uma porção de 2,33g dessa erva, dentro do porta-luvas do veículo que ocupavam, o que,

por si só, já se presta a caracterizar a narcotraficância, para cuja configuração não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não havendo necessidade da *traditio* para a sua consumação (RJTJSP-vol. 97, pág. 512), daí porque despicienda se torna a comprovação de que a estivessem comercializando, ou mesmo pretendendo vendê-la naquela, ou em data futura, vez que esse ilícito se aperfeiçoa pelo cometimento de qualquer um dos dezoito núcleos do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido: - **“Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, §2º, da Lei nº11.343/06 a *contrario sensu*), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente”.** (RT 584/347).

Diante desse robusto quadro incriminador, a condenação de ambos pelo crime de tráfico de drogas era mesmo de rigor, não havendo que se falar em insuficiência probatória.

De outra banda, em que pese a apreensão de expressiva quantidade de maconha na posse dos acusados, e não obstante o quadro delineado nos autos bem indique que eles estivessem conluiados na

prática do tráfico de drogas, ausentes outros elementos de convicção que denotem que o exercício da traficância pela dupla se perpetuava no tempo, de forma estável e permanente, portanto sem provas seguras de que estivessem associados com habitualidade para a prática do crime em questão, condições indispensáveis para a configuração do delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, o melhor caminho a ser tomado é o da absolvição de ambos quanto a essa parte da imputação.

Sobre a questão preleciona Guilherme de Souza Nucci:

- **“Análise do núcleo do tipo: associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos arts. 33, *caput*, § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006. É a associação criminosa específica do tráfico de ilícito de entorpecentes. [...] Demanda-se a prova da estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa. [...] Elemento subjetivo: é o dolo. Exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável”** (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 361-362).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: - **“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS ASSOCIATIVO ENTRE OS AGENTES. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE**

A 8 ANOS DERECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]. 2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. 3. Não tendo sido apresentado dados concretos que demonstrem efetivamente o animus associativo entre os agentes, uma vez que a condenação está amparada apenas na presunção de que para traficar drogas no Complexo do Chapadão, localidade sob o comando da facção criminosa denominada "Comando Vermelho", o paciente necessariamente deveria integrar a referida organização e teria uma função pré-determinada, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 é medida que se impõe". (HC 415.974/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTATURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

No mais, as penas de ambos os apelantes, relativas ao crime remanescente, comportam reparos.

As básicas foram estabelecidas em 1/3 acima dos patamares mínimos, em razão da elevada quantidade de droga apreendida, todavia, levando-se em conta que tal circunstância foi utilizada para fim de exclusão da aplicação do benefício previsto no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, deixa-se de considerá-la também na primeira fase da dosimetria, sob pena do cálculo incidir em *bis in idem*,

conforme o entendimento que tem prevalecido nos Tribunais Superiores, daí porque ficam as reprimendas básicas fixadas no mínimo legal.

Já na segunda fase da dosimetria, há que ser reconhecida a incidência da confissão espontânea, vez que os acusados admitiram a prática criminosa em Juízo, todavia, tendo sido as penas básicas estabelecidas no mínimo legal, incabível sua redução para alguém desse patamar, ainda que milite em seu favor circunstância atenuante, pois tal violaria o acertado entendimento do verbete nº 231, da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que inviabiliza a fixação de reprimendas abaixo do piso.

Acertadamente não foi aplicado o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, por se tratar de benesse a ser concedida em circunstâncias especialíssimas, quando preenchidos, cumulativamente, todos os seus requisitos, e apenas aos neófitos que se envolvem na atividade da narcotraficância de forma ocasional, e em pequena monta, o que, por óbvio, não é o caso dos acusados, mormente diante da apreensão de, repita-se, quase cinco quilos de maconha, que a experiência forense denota se prestarem para a confecção de cerca de 9.500 cigarros dessa erva, e que custariam pelo menos cerca de R\$ 47.500,00, levando-se em conta o preço mínimo de cada um no mercado ilícito, de R\$5,00, bem como de um celular contendo diversas mensagens e fotografias relacionadas a drogas (laudo pericial de fls. 214/220), não sendo crível que neófitos no narcotráfico tivessem sob sua guarda referida quantidade de droga, quando a experiência forense permite observar que resultaria em elevado valor no comércio espúrio,

portanto dificilmente seria confiada a inexperientes, tudo a indicar que ambos se tratam de pessoas enraizadas nessa atividade criminosa gravíssima, daí porque não preenchem o terceiro requisito do referido dispositivo legal.

Nessa seara já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: - **“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. APREENSÃO DE PETRECHOS E ANOTAÇÕES DO COMÉRCIO DE ENTORPECENTE. ENVOLVIMENTO NA PRÁTICA DELITIVA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes" (HC 370.166/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2016). 2. No tocante ao regime, evidenciada a gravidade concreta da conduta, mormente pela quantidade da droga, resta justificado o regime inicial fechado, a teor dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP e 42 da Lei Antidrogas. 3. Agravo regimental**

desprovido". (STJ - AgRg no AREsp 1390363/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 25/04/2019).

Nesses termos, resultam as penas finais em cinco anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos dias-multa, valorados como no r. *decisum*.

Dado o *quantum* de penas fixadas, bem como as circunstâncias acima expostas, por si só já afastam a possibilidade de fixação de regime prisional inicial menos gravoso que o fechado para o desconto das aflições, vez que constitui benefício incompatível com a gravidade em concreto do crime praticado, principalmente nas condições em que se deu, com réus que confessadamente realizaram o transporte intermunicipal de quase cinco quilos de droga, que poderia atingir milhares de usuários, observando-se, assim, as graves consequências que poderiam ser alcançadas com sua forma de proceder, tudo em consonância com os ditames do quanto determinado no § 3º, do artigo 33, e no artigo 59, ambos do Código Penal, mais o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, levando-se em conta, também, a natureza do ilícito, equiparado aos hediondos, que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, estabelece que seja tratado com maior rigor, a ponto de se tratar do único delito que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado.

Soma-se a tal que deve ser rigorosa a repressão ao delito em tela, não havendo que se descurar, inclusive, que os

supramencionados dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, “a”, 6 e 7, Tratado Internacional esse, aliás, que pela hierarquia das leis se sobrepõe à todas as outras.

Nesse diapasão já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça: - **“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA E NA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 44, I, CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 5. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa. 6. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes. 7. Incabível a análise do pleito de substituição da pena**

privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o quantum de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal. 8. Habeas corpus não conhecido". (HC 352.811/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Igualmente já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal nesse sentido: - **“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. [...] FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. [...] III – É possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes. IV – Recurso desprovido**”

(STF, RHC 136511/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/09/2016).

Por fim, quanto a pretendida gratuidade da Justiça pelo recorrente Matheus, não há que ser concedida a benesse ao mesmo, vez que não demonstrada a sua alegada hipossuficiência, observando-se inclusive que se socorre de patrono constituído, frisando-se que poderá comprová-la no momento da execução, ao MM. Juiz das Execuções Penais (conforme art. 4º, § 9º, Lei 11.608/2003, c.c. os arts. 11, § 2º e 12, da Lei nº 1.060/50), quando da data do recolhimento das custas processuais, sendo essa a ocasião oportuna para tal, tendo em vista a

natureza tributária, e não penal, das aludidas custas.

Insta salientar, ainda, que conforme se depreende da leitura do *caput* do artigo 5º, da Lei nº 11.608/03, a condição de insolvente pode se alterar com o passar do tempo, não havendo, pois, que se confundir a situação de processado impossibilitado de custear a própria defesa, por ora, ou quando do início da ação penal (o que sequer é o caso, tendo em vista que esse apelante foi assistido por patrono constituído – fl. 106), com a de condenado que, posteriormente, se vê compelido a pagar tributo uma única vez.

Em suma, há que se considerar que as custas processuais, regulamentadas por lei estadual, têm natureza tributária, razão pela qual não podem ser abrangidas, para fim de discussão quanto à dispensa, ou não, do apelante, quanto ao seu pagamento, através do presente recurso.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso ajuizado em favor de **Guilherme Bonfante** e de **Matheus Gabriel Araújo**, para absolvê-los da imputação do crime do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, VII, do Estatuto Adjetivo, ficando, outrossim, suas penas estabelecidas em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no piso, por incursos nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei Especial.

Persistem as razões de fls. 51/52 para a manutenção dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenados presos, como determinado na r. sentença, a fl. 304.

Tendo havido alteração no julgamento, comunique-se, pela Secretaria, o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Criminais, nos termos da Portaria nº 05/2016, da Presidência da Seção de Direito Criminal desta Corte.

Marco Antônio Pinheiro Machado Cogan
Relator