



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000290553

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500411-72.2021.8.26.0247, da Comarca de Ilhabela, em que é apelante LUCAS PEREIRA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

CAMILO LÉLLIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500411-72.2021.8.26.0247.

Comarca: Ilhabela.

Apelante: Lucas Pereira Dos Santos.

Apelado: Ministério Público do Estado do São Paulo.

Juíza Sentenciante: Bruna Lyrio Martins.

Voto nº 47906.

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame.

1. O acusado foi condenado a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06. A defesa apelou, alegando nulidade das provas por invasão de domicílio sem mandado judicial e insuficiência de provas, além de pleitear a redução da pena e a restituição de bens e valores apreendidos.

II. Questão em Discussão.

2. A questão em discussão consiste em: (i) a validade das provas obtidas mediante entrada na residência do acusado sem mandado judicial; (ii) a suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas; (iii) a aplicação da causa de aumento de pena por envolvimento de menor.

III. Razões de Decidir.

3. A entrada na residência foi autorizada pela genitora do acusado, não havendo vício de consentimento, e o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, dispensando mandado judicial.

4. As provas, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas, são suficientes para a condenação. A causa de aumento de pena é aplicável devido ao envolvimento de menor no crime.

IV. Dispositivo e Tese.

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A autorização de entrada por terceiro legítimo afasta a nulidade por invasão de domicílio. 2. A suficiência probatória e a natureza permanente do crime justificam a condenação e o regime inicial fechado.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, inciso VI; Código Penal, art. 59.

Jurisprudência Citada:

STJ, RHC 40796/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ 08/05/2014;

HC n. 713.115/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, DJe 21/2/2022.

Vistos,

A r. sentença de fls. 286/292 condenou **Lucas Pereira Dos Santos** às penas de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 680 dias-multa, estipulados unitariamente no valor mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Inconformada, apela a Defesa almejando a absolvição, alegando, de saída, nulidade das provas derivadas da invasão de domicílio que se deram independentemente de autorização judicial, por ausência de mandado judicial e estado de evidente flagrante. Quando não, sustenta insuficiência de provas. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base, o afastamento da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, a aplicação de regime de pena mais benéfico e a restituição dos bens e valores apreendidos. (fls. 328/338)

Contrariado o recurso (fls. 344/346), subiram os autos, tendo o ilustre Promotor de Justiça Designado em Segunda Instância, Dr. Luís Henrique Scanferla, opinado pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 354/364).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 06 de maio de 2021, por volta das 20h45min, na Rua do Quilombo, n.

10, Perequê, nesta cidade e comarca de Ilhabela, **LUCAS PEREIRA DOS SANTOS**, vulgo “Cicinho”, qualificado à fl. 42, agindo em concurso de agentes com o adolescente Ramon Almeida dos Santos, trazia consigo, transportava, guardava, tinha em depósito e entregava a consumo de terceiros, para fins de tráfico, 12 “tabletes” de Cannabis Sativa L., substância vulgarmente conhecida como maconha, com peso bruto aproximado de 141,97g, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 17/18, autos de constatação preliminar de fl. 19 e laudo do exame químico-toxicológico de fls. 35/37.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, por volta das 20h, nas proximidades da “Rampa do Camarão”, nesta cidade e comarca de Ilhabela, LUCAS entregou a Ramon 11 tabletes de “maconha” e solicitou que o adolescente entregasse o entorpecente a terceira pessoa ainda não identificada, sendo que o menor receberia R\$ 50,00 (cinquenta reais) pelo transporte. Ato contínuo, LUCAS contratou um motorista de aplicativo para que Ramon levasse as drogas até o destinatário final. Logo após, o veículo contratado chegou ao local conduzido por André Henrique Shintani Lima de Miranda, sendo que o adolescente embarcou e ambos rumaram para o endereço indicado por LUCAS.

Ocorre que, por ocasião dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento e já possuíam informações anônimas, indicando que um veículo HB-20

preto, conduzido por um motorista de aplicativo, realizaria o transporte de entorpecentes. Assim sendo, ao visualizarem um veículo semelhante às descrições, os milicianos realizaram a abordagem.

No interior do veículo, encontrava-se André Henrique Shintani Lima de Miranda como motorista, ao passo que, como passageiro, figurava o adolescente Ramon Almeida dos Santos.

Realizada busca pessoal, junto de André e Ramon, nada de ilícito foi encontrado. Ocorre que, patrocinada busca veicular, foram apreendidos 11 “tabletes” de maconha, próximo ao banco do carona, cuja posse foi assumida por Ramon. Sobre os fatos, Ramon narrou que entregaria o entorpecente para um cliente e que seguia ordens de LUCAS.

De posse das informações, os milicianos rumaram para a residência de LUCAS e, franqueada a entrada pela sua genitora, outro tablete de maconha foi encontrado entre os pertences do denunciado.

A forma de acondicionamento das drogas apreendidas, as declarações do adolescente e as informações anônimas que possuíam os milicianos comprovam que os entorpecentes se destinavam ao tráfico. (fls. 49/51)

Este é o teor da denúncia.

Pois bem.

De proêmio, a despeito de a Defesa de **Lucas** ter tratado como tese meritória, a rigor, cuida-se de matéria prejudicial, de maneira que, primando pela melhor técnica jurídica, a suscitada nulidade probatória em decorrência da invasão de domicílio, será apreciada como preliminar.

Todavia, sem razão a defesa.

In casu, com fulcro no depoimento dos policiais militares responsáveis pela diligência, aduziram que estavam em patrulhamento o local, quando visualizaram o veículo HB20; que já tinham informações de que o motorista com o modelo de carro parecido estava fazendo entrega de drogas na Ilhabela; que fizeram a abordagem; que na revista pessoal com o motorista só entraram o celular e o dinheiro e com o ocupante Ramon, também só encontraram celular e dinheiro; que no chão do carro, ao lado do passageiro, tinha uma sacola com 11 tabletes de maconha; que indagaram os indivíduos sobre a droga e Ramon disse que a droga estava com ele, mas que não era dele, que estaria indo fazer uma entrega para uma cliente a mando de Lucas; que o motorista disse que quem pediu a corrida foi Lucas, mas que quem entrou no carro foi Ramon; que se deslocaram até a casa de Lucas; que ao chegarem lá sua mãe informou que Lucas teria acabado de sair, mas que poderiam entrar em seu quarto e procurar se havia mais coisas, pois ela não concordava; que ao entrarem no quarto, encontraram mais um tablete

de maconha parecido com os que estavam com Ramon; que a genitora de Lucas entregou os documentos dele; que foram até a Delegacia entregar as informações para Delegado que estava de plantão.

Assim, ao contrário do alegado, não há que se falar em invasão de domicílio, tendo em vista a autorização da genitora do acusado, sem a alegada comprovação de vício de consentimento.

Ademais, dada a natureza permanente do crime imputado (tráfico de entorpecentes, nas modalidades “guardar e ter em depósito”), cuja consumação prolonga-se no tempo, a autorização judicial era mesmo prescindível, pois indubitavelmente caracterizada situação de flagrância.

À propósito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E DE MUNIÇÃO, FALSA IDENTIDADE E RESISTÊNCIA. ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime

permanente, podendo-se realizar a apreensão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência” (STJ, RHC 40796/SP, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ 08/05/2014).

Validamente, em que pese a irresignação defensiva incisiva sobre o ponto, repise-se, exsurge do arcabouço probatório a justa causa para a conduta dos agentes públicos, mormente de seus relatos, consubstanciado, ainda, com a localização da substância entorpecente, no interior da residência, corroborando a legalidade dos atos perpetrados.

Assim, os agentes públicos, localizaram no interior do imóvel: um tablete de maconha.

Nessa conjuntura, conclui-se pela existência de fundada suspeita e indícios suficientes de flagrante delito, restando autorizada a busca realizada.

A propósito, confira-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. **NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E PROVAS DELA DECORRENTES. INOCORRÊNCIA. NO CASO CONCRETO: FUNDADAS SUSPEITAS.** ATUAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO*

*PARA AFASTAR AS CONCLUSÕES DA ORIGEM.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício. **II - No caso vertente, a fundada suspeita residiu no fato de que, durante patrulhamento, como diligência prévia à abordagem, em local conhecido pelo tráfico de drogas, os agentes públicos avistaram o paciente, já conhecido da polícia local, em atitude suspeita. Ademais, todo o material efetivamente apreendido (139 porções de cocaína), somado à confissão informal do paciente aos agentes públicos, somente reforçou a necessidade da atuação estatal para conter o flagrante delito.** III - Com efeito, assente na jurisprudência deste Tribunal Superior que, "Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes" (HC n. 421.954/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/4/2018). IV - Afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante*

esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal. Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 713.115/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022 – Destacado);

Ainda sobre o assunto, cabe citar trecho de decisão proferida pela E. 13ª Câmara de Direito Criminal desta Corte:

*“E se não lhes permitirmos que abordem quem lhes parecer suspeito por adoção de atitudes que lhes são reveladoras de suspeição em razão da rica experiência adquirida (**pressuposições empiricamente justificadas**), fatalmente vamos lhes castrar a efetividade no enfrentamento à criminalidade, que grassa cada vez mais desinibida. (...). Logo, é indevido esperar que o policial seja ingênuo na identificação de certa conduta, por ele já visualizada em outras situações de tráfico, como denotadora de suspeição, pelo contrário, é louvável que tenha ganho, com a experiência, aludida expertise, a mesma que se verifica, por exemplo, quanto aos agentes policiais e alfandegários nos aeroportos quando elegem pessoas à revista por meio de*

leitura corporal que passa despercebida por gente comum” (Ap. Crim. 1500559-92.2021.826.0535, julgada em 08.08.2022).

Com efeito, a palavra dos policiais, assim como vale para dar atestado do que presenciaram e do que apreenderam, vale para justificar a fundada suspeita, cuja prova decorre menos do quanto disseram e mais do que efetivamente encontraram. Ou seja, não há maior atestado de que a suspeita era fundada do que a localização de significativa quantidade de drogas no interior da residência do réu. Portanto, adequadamente observado o preceito emanado do art. 244 do Código de Processo Penal.

Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade nas provas obtidas em decorrência do ingresso dos policiais na residência indigitada, o que também afasta, portanto, a alegação de nulidade.

Posto isso, rejeita-se a preliminar arguida.

No que tange ao mérito, melhor sorte não socorre o apelante.

A materialidade delitiva decorre do boletim de ocorrência (fls. 05/11), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 19), autos de exibição e apreensão (fls. 17/18), laudo de constatação definitivo (fls. 32/37), bem assim verte da prova oral coligida.

Irrefutável, do mesmo modo, a autoria.

O réu não compareceu em Juízo, sendo declarado revel. Em sede policial, fez uso do seu direito constitucional ao silêncio (fls.42).

No entanto, o conjunto probatório amealhado conforta o decreto condenatório, mormente o sólido testemunho ofertado pelos policiais responsáveis pela apreensão dos entorpecentes.

Em juízo, *Alex De Oliveira Moraes*, Policial Militar, disse que estava em patrulhamento o local, quando visualizaram o veículo HB20; que já tinham informações de que o motorista com o modelo de carro parecido estava fazendo entrega de drogas na Ilhabela; que fizeram a abordagem; que na revista pessoal com o motorista só entraram o celular e o dinheiro e com o ocupante Ramon, também só encontraram celular e dinheiro; que no chão do carro, ao lado do passageiro, tinha uma sacola com 11 tabletes de maconha; que indagaram os indivíduos sobre a droga e Ramon disse que a droga estava com ele, mas que não era dele, que estaria indo fazer uma entrega para uma cliente a mando de Lucas; que o motorista disse que quem pediu a corrida foi Lucas, mas que quem entrou no carro foi Ramon; que se deslocaram até a casa de Lucas; que ao chegarem lá sua mãe informou que Lucas teria acabado de sair, mas que poderiam entrar em seu quarto e procurar se havia mais coisas, pois ela não concordava; que ao entrarem no quarto, encontraram mais um tablete de maconha parecido com os que estavam com Ramon; que a genitora de Lucas entregou os documentos dele; que foram até a delegacia entregar as informações

para delegado que estava de plantão; que Lucas não foi preso nesta diligência; que o motorista não se identificou como algum aplicativo de corrida, mas que entregou os celular para caso o Delegado precisasse de algo; que Lucas é conhecido como "Cicinho". (mídia digital)

Em delegacia, *Israel Joao De Souza*, Policial Militar, já falecido, afirmou que *“que estava em patrulhamento de rotina pelo bairro do Perequê, neste município, quando visualizou o veículo HB-20 preto com dois ocupantes; como já havia a informação nos meios policiais, oriundas de abordagens anteriores, de que um motorista de aplicativo com esse modelo de veículo estaria praticando o transporte de drogas, abordou o veículo em questão. Na abordagem pessoal dos ocupantes do veículo, com o motorista foi encontrado um celular e R\$319,00 (trezentos e dezenove reais) em espécie; já com o passageiro, esse menor de idade, foi encontrado um celular e R\$5,00 (cinco reais). Na busca veicular, no chão do veículo do lado do passageiro banco da frente foi encontrado uma sacola plástica vermelha contendo 11 (onze) porções (tablete) de maconha. Quando questionaram os ocupantes, o menor informou que a droga estava com ele, e que estaria levando para uma cliente a mando Lucas Pereira dos Santos, VULGO Cicinho. Questionado o motorista de aplicativo de participação, disse que foi Lucas que contratou a corrida, e que quando chegou para buscar Lucas, quem "saiu" da casa foi o menor R.A.S. Diante do dito pelos abordados, foram até a residência de Lucas, onde sua genitora falou que ele não estava. No local, com a anuência dessas, encontraram 1*

(hum) porção (tablete) de maconha entre as coisas de Lucas. Ainda, os milicianos mostraram uma foto de Lucas para os abordados, e esses confirmaram que era o "contratante dos serviços" - LUCAS PEREIRA DOS SANTOS. E, na residência, a genitora de Lucas entregou aos policiais militares o documento do jovem. Diante dos fatos, conduziu os indivíduos a os entorpecentes apreendidos até esta Delegacia de Polícia, para as devidas providências legais." (fls. 14)

E, apesar das críticas desfechadas, veste-se o testemunho dos policiais, sim, com maior valoração, porquanto isento, despido da intenção de imputar tão grave crime a um inocente.

Ademais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecida, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles descritas são anotadas logo de início e não desmerecidas no contraditório.

Registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos agentes da lei em prejudicar o apelante, o depoimento deles *"pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte."* (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

Ainda sobre o tema:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

Destaca-se, ainda no ponto, não ser crível que os policiais dispusessem de vultosa quantidade de substância entorpecente, tão somente para incriminar terceiro.

É o caso dos autos.

Lado outro, importante registrar que a condenação se estribou principalmente nas circunstâncias da diligência policial, decorrente de patrulhamento ostensivo da Polícia Militar, que obteve informações que um motorista de aplicativo estava transportando entorpecentes, quando o veículo foi abordado. Na abordagem pessoal dos ocupantes do veículo, com o motorista foi encontrado um celular e R\$319,00 (trezentos e dezenove reais) em espécie; já com o passageiro, esse menor de idade, foi encontrado um

celular e R\$5,00 (cinco reais). Na busca veicular, no chão do veículo do lado do passageiro banco da frente foi encontrado uma sacola plástica vermelha contendo 11 (onze) porções (tablete) de maconha. Quando questionaram os ocupantes, o menor informou que a droga estava com ele, e que estaria levando para uma cliente a mando Lucas Pereira dos Santos, vulgo Cicinho. Após, dirigiram-se à residência do acusado e, após ter o acesso ao local autorizado pela genitora do apelante, localizaram as drogas indigitadas entre os pertences do acusado.

Assim, a significativa quantidade de entorpecente apreendido, indubitavelmente destinada à mercancia ilícita, somada à diligência policial e às demais circunstâncias que envolveram o crime sustentam firmemente a pretensão punitiva estatal.

Soma-se a isso, em delegacia, o adolescente R.A. dos S. afirmou que *“na data de hoje, por volta de 20:00 horas, saiu de casa para comprar algo para seu pai, quando Lucas, conhecido pelo declarante como “Cicinho”, mandou uma mensagem pelo celular pedindo que ele levasse uma droga para uma moça a qual não sabe informar o nome, e que encontrou Lucas na rampa do camarão, que pegou com Lucas uma sacola contendo uma certa quantidade de drogas, não sabendo precisar o quanto havia. Que Lucas ligou para o Uber e o chamou, e que com a chegada o motorista, passou o endereço do destino. Que durante o caminho foram abordados pela polícia militar, onde foi encontrada a sacola com a droga.*

Esclarece que a droga encontrada pelos policiais militares não é do motorista do aplicativo, e que ela estava com o declarante. Informa ainda que esta é a primeira vez que faz esse tipo de entrega e que receberia a quantia de R\$ 50,00, pelo serviço.” (fls. 15)

Demais disso, em Juízo, a testemunha comum *André Henrique Shintani Lima De Miranda* relatou que trabalha como motorista, com cadastro na Uber e como autônomo; que recebeu chamada de Lucas para corrida no Perequê; que ele perguntou o valor da corrida e a testemunha passou o valor de dezoito reais; que, chegando lá, estava Ramon; que ele não falou nada se era ele mesmo ou outra pessoa; que ele embarcou no carro e chegaram ao destino; que a testemunha foi abordada pela polícia; que nos pés do rapaz encontraram a droga; que o policial questionou onde buscou a pessoa e a testemunha informou o local; que o policial acionou outra viatura que chegou ao local; que Ramon foi na viatura de Israel (falecido) e a testemunha na viatura de Vilela; que foram ao local em que embarcou o rapaz; que foram à casa de Lucas e depois seguiram para delegacia; que mostraram foto de Lucas; que não viu o menino entrando com o pacote no carro; que foi junto na viatura para casa de Lucas; que não chegou a ver os policiais entrando porque ficou com Vilela e Washinski; que na entrevista Ramon e a testemunha estavam juntos; que não viu Ramon falando nada sobre o pacote. (mídia digital)

Portanto, no cotejo das provas coligidas, demonstra, com segurança, o acerto da decisão

condenatória, não havendo espaço para a pretendida absolvição por insuficiência probatória.

Vale anotar, ademais, que para o reconhecimento do tráfico ilícito, não é necessária a ocorrência do efetivo ato de comércio.

É que para a configuração do crime tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06 basta o ato de “*Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar***”, não se exigindo o ato de mercancia.

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal:

“APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS
*Insuficiência probatória - Impossibilidade - Confissão extrajudicial - Palavras dos policiais - Validade - Precedentes - **Ausência de atos de mercancia - Desnecessidade** - Condenação mantida - ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO - Comprovação do animus associativo - Absolvição - Impossibilidade - Regime inicial fechado - Expressa previsão legal - RECURSOS IMPROVIDOS*” (Apelação Criminal nº 0010719-70.2007.8.26.0495, Rel. Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 21/06/2012). – grifos nossos.

Não se pode olvidar, ainda, que o recorrente não comprovou o exercício de qualquer atividade lícita, não sendo razoável acreditar que tivesse recursos financeiros para adquirir significativa quantidade de entorpecente, a não ser através do tráfico. Aliás, a quantidade de droga apreendida e a circunstância da apreensão é absolutamente incompatível com a condição de mero usuário.

Acrescenta-se, ainda, que, em que pese a combativa Defesa ter aduzido que o direito ao silêncio exercido pelo acusado em solo policial fora interpretado em seu desfavor, não merece prosperar.

Nesse jaez, o réu permaneceu em silêncio na fase inquisitiva, não comparecendo em Juízo para apresentar sua versão dos fatos, quando então foi decretada a sua revelia. Destarte, o Juízo sentenciante limitou-se à referência ao silêncio do recorrente “*réu LUCAS PEREIRA DOS SANTOS não compareceu em juízo, sendo declarado revel. Em sede policial, fez uso do seu direito constitucional ao silêncio (fls.42)*”. (fls. 289), o que, mormente, não se revela suficiente para acarretar qualquer nulidade, tendo em vista que a responsabilização penal não se arrimou tão somente nessa circunstância.

Não se olvida que o silêncio, *de per se*, malgrado não possa ser interpretado em desfavor da pessoa acusada e não seja hábil a ensejar o decreto condenatório, não obsta que sejam feitas apenas

referências ou até mesmo pontuado em cotejo com os demais elementos probatórios.

Nessa linha de precedentes, inclusive, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

“Noutro giro, quanto à alegada violação ao direito ao silêncio, incide a Súmula 2799 do Supremo Tribunal Federal. É que, muito embora o acórdão recorrido se tenha utilizado de expressões como “silêncio sintomático e comprometedor” na instrução processual. Nesses casos, a jurisprudência do STF não admite a declaração da nulidade. Leia-se a ementa do [RE 435.266](#)-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence: “Recurso extraordinário em matéria criminal: direito ao silêncio - nemo tenetur se detegere ([CF](#), art. [5º](#), [LXIII](#)): não se reconhece a nulidade apontada pelo recorrente se o seu silêncio não constituiu a base da condenação, mas sim o conjunto de fatos e provas autônomos e distintos, considerados suficientes pelo Tribunal a quo e cujo reexame é vedado nas instância extraordinária” (Súmula [279](#)) (...)” (AI 661606 AgR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 18.02.2010, sem destaques no original).

No mesmo sentido, já decidiu a C. 5ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça:

“Tráfico ilícito de entorpecentes – Apelação – Violação ao direito ao silêncio – Inocorrência – Nulidade processual não demonstrada -

Rejeição da matéria preliminar - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva – Absolução – Impossibilidade – Penas adequadas e motivadamente dosadas, necessárias e suficientes para reprovação e prevenção das condutas – Sentença mantida – Recursos desprovidos”.
(TJ-SP - APR: 15001912320218260555 SP 1500191-23.2021.8.26.0555, Relator: Cláudia Fonseca Fanucchi, Data de Julgamento: 10/11/2022, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/11/2022).

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal se acha aperfeiçoado.

Condenação, pois, bem lançada.

Passa-se à análise da dosimetria da pena que, adiante-se, foi bem aplicada e não merece reparo.

Na primeira etapa, observa-se que o acusado é portador de maus antecedentes, possuindo uma condenação definitiva relativa a fatos anteriores (23.11.2018), com trânsito em julgado posterior ao crime em apreço — 05.07.2021 (processo nº1500206.75.2018.26.0626).

Neste ponto, em que pese a manifestação

defensiva, os fatos apurados no presente feito datam de 06.05.2021 e o processo nº 1500206.75.2018.26.0626 reflete condenação desinente de episódio anterior que transitou em julgado posteriormente à data dos fatos, não afrontando, assim, a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, eis que não se trata de processos em andamento.

Prestam-se, por conseguinte, para configuração de maus antecedentes, caracterizando, pois, circunstância judicial negativa a ser sopesada na primeira etapa, nos moldes do art. 59 do Código Penal.

A propósito do tema, o entendimento da aludida Corte Superior:

“Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes” (HC 167.602/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 9/3/2011).

“O Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que podem ser considerados, para caracterizar maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame, conforme procederam as instâncias ordinárias ao fixarem a pena-base do paciente. Não incidência, in casu, do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, porque foram aplicadas condenações já transitadas em

julgado, como maus antecedentes, para exasperar a pena-base” (HC 209.148/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.^a Turma, DJe 19/11/2012).

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena.

Na derradeira fase do itinerário trifásico, houve a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, eis que restou devidamente corroborado nos autos que a mercancia espúria perpetrada pelo acusado envolveu o adolescente *Ramon*, o qual, ficou responsável pela entrega das drogas, tendo o acusado acionado um carro de aplicativo para tal finalidade, conforme devidamente aduzido pelo próprio adolescente em solo policial, testemunha e pelos policiais responsáveis pela investigação e ouvidos em Juízo.

Nesse jaez, ainda, o simples envolvimento de menor, a qualquer pretexto, é motivo idôneo para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, sendo irrelevante eventuais deliberações acerca do menor já ser ou não corrompido. Destarte, o adolescente era conhecido do apelante, tornando-se dissonante do acervo probatório coligido a alegação de que desconhecia a menoridade dele.

Nesse sentido, é o entendimento já esposado pela C. 11^a Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal

de Justiça:

“1-) *Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Parcial provimento do recurso defensivo para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, sem reflexo na pena. 2-) Materialidade delitiva e autoria estão comprovadas pela prova oral e documentos existentes nos autos. Destinação mercantil do material ilícito apreendido demonstrada pelo acervo coligido. 3-) **A causa de aumento do envolvimento do adolescente ficou demonstrada pelo dito pelos policiais, pois confirmaram que ele e o apelante estavam parados no ponto de tráfico, correram juntos e dispensaram entorpecentes no imóvel onde ingressaram para despistá-los, além do que, na delegacia, confessaram que o menor era "gerente da biqueira", certo que o adolescente também admitiu o tráfico ilícito na Vara da Infância e Juventude (fls. 203).** 4-) Pena redimensionada, mantido o "quantum". Na primeira fase, a pena-base foi fixada no piso: cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa. Na segunda fase, imperativo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois, na fase policial, o recorrente admitiu a prática do tráfico ilícito, devendo incidir, desse modo, a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, embora presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, a pena permanece no mesmo patamar, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Na terceira fase,*

malgrado se trate de agente jovem e primário, o recorrente não faz jus à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sobretudo diante da quantidade de drogas apreendidas (três (3) porções de cocaína, pesando 5,96 gramas; uma porção de maconha, pesando 6,39 gramas; trinta e cinco (35) porções de maconha, pesando 265,0 gramas; e duas (2) porções de maconha, com peso de 7,83 gramas) - parte em seu poder e outra parcela guardada em um imóvel - e porque praticou o delito em conhecido ponto de tráfico, na companhia de um adolescente, a evidenciar que estava envolvido com algo maior e organizado, tanto que afirmou aos policiais – e reiterou na delegacia - que trabalhava como "vapor" para o menor, "gerente da biqueira", indicando a prática reiterada do comércio proscrito. Por fim, a pena foi aumentada em 1/6, pela causa de aumento do art. 40, inc. VI, da Lei de Drogas, totalizando-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa. 5-) Regime que não se modifica, inicial fechado, pela gravidade concreta do crime, para retribuição, prevenção e ressocialização criminais. 6-) Incabível a substituição da pena corporal, diante da inexistência de requisitos legais (art. 44 do Código Penal). 7-) Recurso em liberdade (fls. 241). Determinada expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado, em virtude de recente decisão no Excelso Supremo Tribunal Federal (6x5)". (TJ-SP - Apelação Criminal: 1501550-34.2021.8.26.0126 Caraguatatuba, Relator: Tetsu Namba, Data de Julgamento: 09/02/2023, 11ª Câmara de

Direito Criminal, Data de Publicação:
09/02/2023) – grifos nossos.

Destarte, afastou-se, ainda, a incidência do beneplácito insculpido no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a ausência do preenchimento dos requisitos subjetivos, consubstanciando sua condenação anterior pela mercancia espúria evidente indicativo de que se dedicava a atividades criminosas e fazia da mercancia espúria seu meio de vida.

Noutro vértice, o regime inicial não poderia ser outro que não o fechado, porquanto os fatos são deveras graves. Trata-se de crime que fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da pena.

Outrossim, a fixação de regime inicial fechado não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

*“Não há falar em aplicação de regime mais brando ou inconstitucionalidade de dispositivo legal. A Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei n° 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2o, § I o que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas **inicialmente** em regime fechado”* (Ap. 990.10.051761-9, 9ª Câm. Dir. Criminal, Rel. Francisco Bruno, j. 29.07.2010, r. 16.08.2010)

Isso não bastasse, a vida pregressa do agente e o *quantum* de pena imposto não recomendam a fixação de regime menos gravoso, conforme disposição legal contida no art. 33, §3º, do Código Penal.

No mais, embora seja de conhecimento que por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, julgado em 1º de setembro de 2010, o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” contida no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, e tenha o Senado Federal pela Resolução n° 5/2012 suspenso a execução do trecho da norma que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade, a aplicação de tal instituto deve ser enfrentada nos moldes disciplinados pelo Código Penal, em seu art. 44.

No caso em tela, cuida-se de crime equiparado a hediondo, valendo aqui as mesmas considerações tecidas quanto ao regime inicial, vale dizer, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de a sanção penal não alcançar seus fins.

Além do mais, a sanção suportada pelo réu é superior ao limite estabelecido no art. 44, I, do Código Penal, o que também inviabiliza a concessão da benesse legal.

Noutro vértice, no que concerne ao pleito de restituição dos bens apreendidos nos autos, não merece acolhimento.

Como se viu, os elementos constantes destes autos comprovam a utilização dos aparelhos celulares na mercancia espúria tratando-se de instrumentos do crime (fls. 17/18), bem como permite inferir que os valores apreendidos são produtos do crime, de modo que acertada a decisão do juízo *a quo* ao determinar suas perdas em favor da União, nos termos do art. 62 e art. 63, ambos da Lei nº 11.343/06.

Importa frisar, ainda, que a lei não exige seja o bem de origem espúria, mas tão somente utilizado para a prática do tráfico, como evidencia-se ser o caso dos autos.

Assim, impossível a restituição dos bens.

Sobre o tema, colaciona-se alguns julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

*“TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO - VEÍCULO UTILIZADO NA PRÁTICA DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - **Em que pese o bem apreendido ter sido adquirido de forma lícita, a comprovação de que fora utilizado como instrumento para a prática de tráfico de drogas pode implicar seu confisco e perdimento em favor da União** - APELO NÃO PROVIDO.”* (TJ-SP - APL: 00022660420148260637 SP 0002266-04.2014.8.26.0637, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 05/03/2015, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/03/2015) (Sem destaque no original)

“Apelação TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO Nulidades Inépcia da denúncia. Ausência de prova da materialidade. Inocorrência Realização de exame toxicológico no acusado Rodrigo. Ausência de elementos que indiquem a necessidade da prova pericial. Capacidade cognoscitiva presente Ilegitimidade de parte e falta de provas. Alegações que se confundem com o mérito dos recursos. Análise oportuna Nulidades no indiciamento e na elaboração da nota de culpa. Independência entre o inquérito policial e o processo judicial criminal Matérias preliminares rejeitadas Conjunto probatório suficiente para manter a condenação dos acusados Edilson,

*Rosemeire, Rodrigo, Diego e Fabiano pelo crime de tráfico. Prova testemunhal segura Circunstâncias da prisão. Quantidade de drogas Associação para o tráfico Prova suficiente em relação aos acusados Edilson, Rosemeire e Rodrigo Insuficiência de provas quanto aos demais acusados. Mero concurso de agentes. Associação eventual. Absolvição Daniele. Absolvição. Falta de provas acerca da participação nos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico Dosimetria Regime prisional fechado. Determinação legal Causa de diminuição de pena e substituição da pena privativa de liberdade. Quantidade de droga e dedicação à prática de crimes. Impedimento à aplicação dos benefícios **Restituição dos valores monetários e dos veículos apreendidos. Impossibilidade. Perdimento em favor da União. Art. 62 da Lei 11.343/06** Prisão preventiva. Presente a justa causa para a medida cautelar Recursos dos acusados Edilson, Rosemeire e Rodrigo desprovidos. Recursos dos réus Diego e Fabiano parcialmente providos. Recurso da apelante Daniele provido.” (TJ-SP - APL: 00031551020118260201 SP 0003155-10.2011.8.26.0201, Relator: Rachid Vaz de Almeida, Data de Julgamento: 16/10/2014, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/10/2014) (Destacado).*

Nada há, portanto, a ser alterado, devendo a r. sentença subsistir por seus próprios fundamentos

Sentença integralmente mantida, portanto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento ao recurso.**

CAMILO LÉLLIS

Relator