



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000291213

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1518925-62.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUCIANO PAULO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO apenas para modificar a modalidade pena privativa de liberdade relativa ao crime do art. 12, caput, da Lei nº 10.826/2003 para detenção, e, em consequência, fixar o regime inicial semiaberto exclusivamente em relação a tal reprimenda, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1518925-62.2023.8.26.0228

Apelante: **Luciano Paulo da Silva**

Apelada: **Justiça Pública**

16ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital/SP

MMa. Juíza de Direito Dra. Fabiola Oliveira Silva

Voto nº 9.945

Tráfico de Drogas e posse ilegal de arma de fogo – Prova segura – Crimes bem evidenciados pela prova oral – Depoimentos policiais convincentes e sem desmentidos – Apreensão inequívoca da droga e das munições – Finalidade mercantil demonstrada diante da apreensão da grande quantidade de drogas, de balança de precisão e anotações alusivas ao tráfico – Condenações mantidas – Dosimetria – Penas dosadas com equilíbrio e moderação – Alteração unicamente na espécie de pena privativa de liberdade relativa à posse ilegal de arma de fogo, que é apenada com detenção – Regime fechado mantido para a reclusão – Regime semiaberto fixado para a pena de detenção – Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa contra a r. sentença de fls. 155/163, que julgou parcialmente procedente a ação e condenou **Luciano Paulo da Silva** à pena de 7 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 594 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o art. 12, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Reclama a defesa, a absolvição do réu, pois fundada sua condenação em prova ilícita, pois houve violação de domicílio, e contraditória (fls. 193/197).

Regularmente processado o apelo, vieram as contrarrazões (fls. 200/204), após o que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo

improvemento do recurso (fls. 211/222).

É o relatório.

Luciano Paulo da Silva foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em concurso material com o art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, porquanto, em 12 de junho de 2023, por volta de 15h00, na Rua Gustavo Paiva, nº 100, viela B, na Comarca da Capital, guardava e mantinha em depósito substâncias entorpecentes conhecidas por K9 (344,77 gramas) e cocaína (178,7 gramas), que determinam dependência física e psíquica, bem como ocultava um arma de fogo de uso restrito, calibre 40, marca Glock, numeração AZA375 e 3 munições íntegras, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após instrução criminal perante o r.juízo da 16ª Vara Criminal a Comarca da Capital, sobreveio sentença que, julgando parcialmente procedente a ação, condenou Luciano por infração ao artigo 33 da lei de drogas e ao artigo 12 do estatuto do desarmamento, contra a qual, inconformada, a defesa interpôs o presente recurso de apelação.

E, na análise dos argumentos trazidos em sede de recurso, impõe-se, inicialmente, afastar a alegação de nulidade na atuação policial, pois não se verifica afronta ao direito constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Segundo consta, os policiais civis já tinham conhecimento de que na região dos fatos havia um local em que se armazenavam entorpecentes, e, ao se aproximarem da casa em que o réu estava, sentiram forte odor de drogas vindo do seu interior. Os policiais então se dirigiram àquele imóvel e encontraram o réu, que lhes franqueou a entrada no imóvel.

Tem-se, portanto, que os policiais civis, além de terem forte suspeita, confirmada pelo odor de drogas, de que no local estava em curso delito de natureza permanente, portanto em situação flagrancial, ainda obtiveram a autorização do réu para ali ingressarem, mesmo que desprovidos de mandado, já que devidamente verificadas as hipóteses autorizadoras previstas no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Inclusive, importante consignar que a questão já foi debatida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal que decidiu, apreciando o tema 280 da repercussão geral, o seguinte:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa)

para a medida. 6 . Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso” (RE n.º 603.616/Tema 280/STF).

Assim, como no caso dos autos, os policiais atuantes na ocorrência se encontravam diante de inegável situação de flagrante delito e obtiveram a devida autorização do réu para entrar no imóvel, não há que se falar em violação de domicílio e na consequente nulidade das provas que advieram do ato, rejeitando-se, pois, a preliminar defensiva.

Feito isso, na análise do mérito do recurso, cumpre salientar que o decreto condenatório foi corretamente lançado aos autos, devendo, neste particular, ser mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

De imediato, anote-se que o réu foi detido em uma residência dentro da qual havia grande quantidade de droga “K9” e cocaína, além de balança de precisão, caderno e também uma arma de fogo municada, circunstâncias bastante sintomáticas e que invertem o ônus da prova, impondo ao réu justificativa plausível para tanto.

No entanto, interrogado em juízo, Luciano disse que, no dia anterior, combinou de ir para a balada com seu primo e com o amigo dele, Danilo. Na volta, dormiu na casa de Danilo. Por volta de 11h30, Danilo saiu com a namorada dele, tendo o interrogado permanecido no local, dormindo. Foi acordado com os policiais já dentro da casa, perguntando se haveria drogas no local. Respondeu não residir naquele imóvel, mas, quando os policiais encontraram o entorpecente K9 no guarda-roupa e uma arma, foi preso.

Tal versão, todavia, além de desprovida de qualquer prova, ainda se mostrou isolada nos autos, pois os elementos de convicção a tudo

esclareceram.

Os policiais civis Leonardo Tommaseo Ponzetti e Robson Farkas Toledo relataram que em abril prenderam um homem chamado Luan numa comunidade na região do Paraisópolis. Naquela ocasião, ele confessou que na casa dele havia drogas e arma. Nesse mesmo dia, ele disse que em Paraisópolis, num estacionamento, o local era utilizado para embalar drogas. Dirigiram-se àquele local posteriormente e, ali, acharam diversos endorfins e anotações. Conversando com as pessoas e investigando, constataram que Luan tinha uma ligação com a Rua Gustavo Paiva, numa travessa da Estrada do Campo Limpo. Passaram pelo local de quatro a cinco vezes, até que, no dia dos fatos, andando por uma viela sentiram forte cheiro de maconha. Bateram à porta do imóvel, sendo atendidos pelo réu. Indagado, ele autorizou a entrada e disse que ali funcionava uma “casa bomba”. De início, o réu negou envolvimento com o local, dizendo que só estava fumando maconha. Ali, acharam uma arma debaixo do colchão, além de anotações e drogas. Diante disso, foi o réu preso em flagrante. Havia droga K9, bem como balanças. A arma era uma .40 com carregador alongado, com cerca de 8 a 10 munições. As drogas estavam numa mochila no chão, ao lado de onde o réu estava, tanto que ele mesmo disse que havia drogas ali.

O policial civil Rodrigo dos Santos Reis, no mesmo sentido, disse que se dirigiram à região do Campo Limpo e sentiram um forte odor de maconha. Deparam-se com o réu sonolento e gritaram “polícia, polícia”. Ele franqueou a entrada dos policiais no imóvel, onde encontraram alguns instrumentos relacionados a drogas, como balança, sacos plásticos caderno, além de “K9”. Fizeram uma pesquisa mais fina e encontraram ainda uma pistola.

Tais depoimentos, importante registrar, são dignos de fé, pois nada há nos autos que, ainda que superficialmente, coloque em dúvida a lisura do trabalho policial.

Os Tribunais Superiores já decidiram que “o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC nº 74.608-0/SP,

rel. Min. Celso de Mello) e que “... *os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade*” (HC 436.168/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

Por outro lado, os relatos das testemunhas arroladas pela defesa não se mostraram dignas de fé e, inclusive, se mostraram contraditórias, pois, enquanto Cinthia Pereira de Souza afirma que Luciano foi detido em sua própria residência, Maria José Pinheiro Diniz, disse que o local era habitado por terceira pessoa chamada Danilo, informação que disse apenas “ter ouvido falar”.

É óbvio, portanto, que os depoimentos de tais testemunhas defensivas não se mostram aptas a revelar a verdade real, constituindo-se em mera tentativa mal ensaiada de inocentar o réu.

Por outro lado, sendo inequívoco, pelas circunstâncias da prisão do réu e pela prova oral, que ele era a única pessoa que se encontrava na residência na qual apreendidos os entorpecentes e a arma de fogo, irretocável se mostra a condenação do apelante, até porque a materialidade de ambos os crimes foi bem demonstrada pelos laudos de fls. 107/108, 140/142 e 143/145.

O delito de tráfico de drogas ficou bem caracterizado, não somente pela grande quantidade e variedade de drogas, mas também pela apreensão de balança de precisão e pela existência de informações de que o local se destinava à guarda de entorpecentes para fins de consumo de terceiros, impossibilitando a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Drogas.

O crime do art. 12 do Estatuto do Desarmamento também é inegável, isso diante da apreensão do armamento e das munições e da prova de seu potencial lesivo.

Por fim, bem reconhecido o concurso material entre o delito do Estatuto do Desarmamento e o tráfico de drogas, já que não restou evidenciado o nexo de causalidade entre ambos os delitos, não sendo o caso, portanto, de absorção do primeiro delito pelo último.

Outro não é entendimento consolidado do STJ no Tema

Repetitivo nº 1.259: “*A majorante do art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006 aplica-se quando há nexó finalístico entre o uso da arma e o tráfico de drogas, sendo a arma usada para garantir o sucesso da atividade criminosa, hipótese em que o crime de porte ou posse ilegal de arma é absorvido pelo tráfico. Do contrário, o delito previsto no Estatuto do Desarmamento é considerado crime autônomo, em concurso material com o tráfico de drogas*”.

Mantida, portanto, a condenação do réu tal qual lançada aos autos, resta, agora, analisar as penas aplicadas, sendo conveniente lembrar que, em se tratando de providência discricionária controlada do magistrado, somente quando desprovida de fundamento ou de equilíbrio é que se justifica, em sede recursal, a alteração da reprimenda estabelecida pelo juízo de origem.

No caso *sub judice*, bem sopesados os elementos norteadores do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do Código Penal, verifica-se que as penas-base foram fixadas no mínimo legal, para, na sequência, serem aumentadas em 1/6 por conta da comprovada reincidência (processo 0004941-39.2023.8.26.0502), não havendo margem para reparos.

Diante da inexistência de outras circunstâncias modificadoras (o privilégio do tráfico era inaplicável diante da reincidência do réu), mantenho as penas de Luciano nos exatos moldes em que calculadas pelo juízo *a quo*.

Impõe-se, no entanto, pequeno reparo à r.sentença, sempre com a devida vênia, evidentemente, isso porque, o crime do artigo 12 do estatuto do desarmamento prevê pena de detenção (a nobre magistrado estabeleceu pena reclusiva).

Assim, modificada exclusivamente a pena da posse ilegal de arma de fogo para a modalidade de detenção, cumpre, em consequência, alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o regime semiaberto, já que, nos termos do art. 33, *caput*, do Código Penal, tal espécie de pena privativa de liberdade não pode ser cumprida inicialmente no regime inicial fechado, ainda que em caso de reincidência, como no caso do réu.

Quanto ao delito de tráfico, dada a reincidência específica, a enorme quantidade e variedade de drogas, bem como em razão da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreensão de utensílios utilizados para o preparo de entorpecentes, impõe-se a manutenção do regime inicial fechado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO apenas para modificar a modalidade pena privativa de liberdade relativa ao crime do art. 12, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 para detenção, e, em consequência, fixar o regime inicial semiaberto exclusivamente em relação a tal reprimenda**, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA
RELATOR