



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000296452

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500335-40.2024.8.26.0539, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são apelantes SAMUEL DA SILVA REIS, JEFFERSON NICOLAU GASPARINI, WAGNER FELIPE LOPES, CRISLEY HENRIQUE DE ALMEIDA BIBIANO, VITOR MATHEUS LOURENÇO e CLAUDINEI RENATO REIS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram a preliminar arguida pela Defesa para declarar a nulidade do processo a partir da sentença, em relação ao apelante Wagner Felipe Lopes, com a devolução dos autos ao juízo de origem, para instauração de incidente de insanidade mental, prejudicada a análise do mérito recursal para ele, e, no mérito, em relação aos demais recorrentes, negaram provimento aos recursos defensivos, determinação nos termos do voto do E. Relator. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), ALEXANDRE ALMEIDA E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 27 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16187

Apelação Criminal nº 1500335-40.2024.8.26.0539

Comarca: Vara Criminal de Santa Cruz do Rio Pardo

Juiz de Direito: doutor João Paulo Sorigotti da Silva

Apelantes: Vitor Matheus Lourenço, Claudinei Renato Reis, Crisley Henrique de Almeida Bibiano, Wagner Felipe Lopes, Jefferson Nicolau Gasparini e Samuel da Silva Reis

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: Estevam Augusto Ciardulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ACOLHE-SE A PRELIMINAR. RECURSOS DEFENSIVOS NÃO PROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Vitor, Crisley, Jefferson, Claudinei e Wagner foram condenados por tráfico de drogas e associação para o tráfico e Samuel foi condenado por associação para o tráfico, com penas variando de três a doze anos de reclusão. Os fatos ocorreram entre 20 de fevereiro e 20 de março de 2024, em Santa Cruz do Rio Pardo/SP, onde os réus, em concurso, vendiam drogas sem autorização. A operação policial resultou na apreensão de diversas porções de drogas e na prisão dos envolvidos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a nulidade da sentença em relação a Wagner devido à necessidade de avaliação de sua sanidade mental; (ii) a manutenção das condenações dos demais recorrentes por tráfico de drogas e associação para o tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A nulidade da sentença em relação a Wagner é acolhida devido a indícios de comprometimento mental, necessitando de exame médico-legal.

4. As provas são robustas e incriminam os recorrentes, com depoimentos coesos de policiais e evidências materiais que confirmam a prática do tráfico de drogas.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recursos defensivos não providos, exceto para Wagner, cuja sentença é anulada para instauração de incidente de insanidade mental. Tese de julgamento: 1. A função de "olheiro" caracteriza coautoria no tráfico de drogas. 2. A associação para o tráfico exige estabilidade e permanência entre os agentes.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, art. 26, 98, 149.

Lei n. 11.343/06, art. 33, 35, 40, III.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, ADC nº 43, 44 e 53, Rel. Min. Marco Aurélio.

STJ, HC 854826/SP, Rel^a. Min^a. Daniela Teixeira, J. 5.11.2024.

STJ, AgRg no HC 589320/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 8.9.2020.

STJ, AgRg no HC 526852/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 18.2.2020.

STJ, HC 377179/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, J. 21.2.2017.

STJ, AgRg no REsp 1690808/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, J. 5.6.2018.

STJ, HC 312620/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 10.5.2016.

STJ, HC 258819/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 19.4.2016.

STJ, HC 276132/PR, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, J. 18.8.2015.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 853/855

Vítor; Crisley e Jefferson foram condenados, individualmente, à pena de nove (9) anos e quatro (4) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de mil, trezentos e noventa e nove (1.399) dias-multa, no piso; Claudinei e Wagner foram condenados, individualmente, à pena de doze (12) anos, oito (8) meses e treze (13) dias de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de mil, novecentos e três (1.903) dias-multa, no piso, como incurso nos **artigo 33, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso**

III, ambos da Lei n. 11.343/06 e artigo 35, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06, na forma do artigo 69, “caput”, do Código Penal e Samuel (menor de 21 anos à época dos fatos - fls. 276) foi condenado à pena de três (3) anos e seis meses de reclusão, em *regime inicial aberto*, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, além do pagamento de oitocentos e dezesseis (816) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 35, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06, porque no período de **20 de fevereiro à 20 de março de 2024**, na Vila Saul, sobretudo no entorno da rotatória de acesso para o Bairro Parque São Jorge, Rua José Rosso, 656, na cidade e comarca de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, os recorrentes e o corréu, Estevam, agindo em concurso e com unidade de propósitos, associaram-se para o fim de, reiteradamente, venderem drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ademais, no dia **20.3.2024**, por volta das **16h11**, na Rua José Rosso, 637, Vila Saul, próximo à APAE, localizado na Rua Francisco Sansom, nº153, e ao estabelecimento de ensino “Escola Estadual Zilda Comegno Monti”, localizado na Rua Francisco Sanson, nº 2911, na cidade e comarca de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, **Vitor, Claudinei, Crisley, Wagner e Jefferson**, agindo em concurso e com unidade de propósitos, traziam consigo uma porção de droga conhecida como “maconha”, pesando aproximadamente 1,55 gramas, quinze (15) porções de cocaína, cada um, na forma de “crack”, pesando aproximadamente, respectivamente, 1,9g e 2,8g, individualmente embaladas para venda, além de duas (2) porções de cocaína embaladas em plástico transparente fechado por aquecimento (aricanduva), pesando aproximadamente 1,9g, e duas porções de droga conhecida como “maconha”, embaladas em plástico fechado por nó, pesando aproximadamente 1,7g e ainda, mantinham em depósito, também para fins de tráfico, um invólucro constituído por fita adesiva retorcidas (parte de um tijolo) de droga conhecida como “maconha”, pesando aproximadamente 272,6g, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo foi apurado, os**

indiciados Vitor, Claudinei, Crisley, Wagner, Jefferson, Samuel e Estevam realizavam o tráfico de drogas na região onde moravam. Diante de inúmeras notícias anônimas e prisões em flagrante pela prática de tráfico de drogas no local, que começou a ser apelidada pela população de “Cracolândia de Santa Cruz do Rio Pardo”, a Polícia Civil deflagrou investigação no local, a qual durou cerca de trinta dias, levada a efeito pela investigadora Daniele, que realizou observação velada no local, em dias e horários alternados, registrando, por meio de fotos e vídeos, a movimentação dos indivíduos partícipes da traficância, além da intensa movimentação de usuários. Segundo apurou tal investigadora, a associação funcionava de forma estruturada e organizada com indivíduos desempenhando funções definidas de fornecedor dos entorpecentes (Estevam), vendedor (Vitor, Claudinei, Crisley e Samuel) e “olheiro” (Wagner e Jefferson). Foi constatada grande movimentação de usuários no local, de modo que os envolvidos se posicionavam, de forma estratégica, em pontos distintos, trazendo pouca quantidade de drogas cada um, a fim de simularem a condição de usuários em eventual abordagem policial. Apurou-se que o fornecimento de entorpecentes era realizado por Estevam, que repassava quarenta e cinco pedras de “crack” aos “vendedores”, Claudinei, Crisley, Vitor e Samuel, onde trinta destinariam-se a venda e as quinze restantes poderiam servir como forma de pagamento por tal “prestação de serviços”. Enquanto isso, os autuados Wagner e Jefferson permaneciam na função de “olheiros” e a comunicação entre os membros se dava normalmente por assovios, para avisar algo (chegada de compradores) ou alertar sobre aproximação policial. Ciente dessas informações, no dia 20.3.2024, por volta das 16h11, policiais realizaram diligência no local e lá estavam os apelantes Vitor, Claudinei, Crisley, Wagner e Jefferson com o mesmo modus operandi. Com a chegada dos policiais, dispersaram-se: Wagner e Jefferson, que desempenhavam a função de “olheiros” no dia dos fatos a fim de garantir a realização conduta ilícita de venda de drogas pelos comparsas e o vendedor de drogas Vitor. Os policiais, então, abordaram Crisley e Claudinei. Em revista pessoal encontraram em Claudinei,

no cós da bermuda, no lugar do elástico da vestimenta, uma tira contendo 15 (quinze) porções de cocaína, cada um, na forma de “crack”, pesando aproximadamente 2,8g, individualmente embaladas para venda. Em posse de **Crisley** foi localizado no espaço entre sua cueca e a perna, uma tira contendo 15 (quinze) porções de cocaína, cada um, na forma de “crack”, pesando aproximadamente 1,9 g, além de duas porções de cocaína embaladas em plástico transparente fechado por aquecimento (aricanduva), pesando aproximadamente 1,9 g, e duas porções de droga conhecida como “maconha”, embaladas em plástico fechado por nó, pesando aproximadamente 1,7 g, todas igualmente embaladas individualmente para venda. Ambos foram indagados se teriam entorpecente em suas casas, no que responderam que não. O cão farejador foi empregado no local, sendo localizado, no imóvel de **Claudinei**, um invólucro constituído por fita adesiva retorcidas (parte de um tijolo) de droga conhecida como “maconha”, pesando aproximadamente 272,6 g e uma balança digital de precisão com resquícios aparentes de entorpecente em sua plataforma de pesagem. Posteriormente, **Vitor** foi localizado e com ele foi encontrada uma porção de droga conhecida como “maconha”, pesando aproximadamente 1,55 gramas, e apenas R\$ 30,00 (trinta reais). Os olheiros **Wagner** e **Jefferson**, que auxiliavam na venda da droga, foram localizados e também presos. As circunstâncias da apreensão, em especial a quantidade de droga, sua natureza, a forma como estava embalada, além da localização das balanças de precisão, demonstram que a droga se destinava ao fornecimento de terceiros. Destaca-se que o local dos fatos dista 290 e 400 metros, respectivamente, da APAE e do estabelecimento de ensino “Escola Estadual Zilda Comegno Monti” conforme laudo de constatação de proximidade do local de fls. 326/331.

O processo foi desmembrado em relação ao corréu **Estevam** (fls. 557).

Nas razões de apelação apresentadas pela defesa de **Samuel** pleiteou-

se a absolvição com base na fragilidade do conjunto probatório (fls. 928/936).

Nas razões do apelo da defesa de Jefferson requereu-se **a)** absolvição por ausência de provas; **b)** desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Drogas; **c)** reconhecimento da atenuante da confissão; e **d)** regime inicial aberto (fls. 941/949).

Nas razões de apelação apresentadas pela defesa de Claudinei sustentou-se **a)** absolvição por ausência de provas; **b)** desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Drogas (fls. 966/982).

Nas razões do apelo da defesa de Crisley requereu-se **a)** absolvição por ausência de provas; **b)** desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Drogas; **c)** reconhecimento da atenuante da confissão; **d)** redução da pena imposta e **e)** alteração do regime inicial para o aberto (fls. 983/993).

Nas razões do apelo da defesa de Vitor postulou-se **a)** absolvição por ausência de provas; **b)** redução da pena imposta e **c)** alteração do regime inicial para o aberto (fls. 995/1.001).

Por fim, nas razões do apelo da defesa de Wagner, sustentou-se preliminarmente **a)** anulação da sentença, determinando-se a instauração de incidente para a realização de exame de insanidade mental, a fim de determinar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do apelante, pois ele possui diagnóstico médico de retardo mental leve e de toxicomania; no mérito **b)** absolvição por ausência de provas e **c)** redução da pena imposta (fls. 1.044/1.051).

Contrarrazões a fls. 1.055/1.066, para manutenção da respeitável sentença.

Houve trânsito em julgado da respeitável sentença para o Ministério Público em 2.12.2024 (fls. 1.068).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos recursos (fls. 1.076/1.088).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 682/683 e 759/760.

II – Fundamentação

De início, acolhe-se o pedido da digna Defesa do apelante Wagner, para anulação da sentença, apenas em relação a ele, uma vez que há, de fato, indícios razoáveis no sentido de que existe necessidade de submissão do recorrente à avaliação de seu equilíbrio mental.

Nota-se que, quando da apresentação de defesa prévia (fls. 505/508), a Defesa formulou requerimento expresso buscando a submissão do apelante a exame pericial, e juntou aos autos documentos que indicam que Wagner, no ano de 2020, foi diagnosticado com retardo mental leve (fls. 521), tendo cumprido medida de segurança em processos anteriores (fls. 524/526), além disso, ele faz tratamento de dependência química de álcool e drogas no CAPs do município de Santa Cruz do Rio Pardo (fls. 527/530).

O Ministério Público manifestou-se pelo deferimento do pedido, para instauração do incidente de insanidade mental (fls. 554/555).

Todavia, o douto Magistrado indeferiu o pedido, porque entendeu que o pleito é genérico e não traz informações que justifiquem o exame de

insanidade (fls. 557).

Sabe-se que o artigo 26 do Código Penal dispõe que: *“É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”* (destacou-se).

Ademais, o artigo 98, do Código Penal disciplina que: *“Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º”*.

Sendo que, nos termos do artigo 149, do Código de Processo Penal: *“Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal”* (destacou-se).

Ou seja, havendo dúvida sobre a integridade mental do acusado, poderá ser requerido que ele seja submetido a exame médico-legal.

Desse modo, embora conste que, em 2023, a perícia médica tenha concluído que foi cessada a periculosidade de Wagner, foi recomendado a imposição de tratamento ambulatorial, como forma de assegurar a plena

possibilidade de sua reintegração psicossocial (fls. 517/518). No entanto, nota-se que ele não vinha se comprometendo com o acompanhamento proposto pela equipe do CAPS (fls. 530 – 12.1.2024).

Assim, com base nos documentos apresentados pela Defesa, há indícios sólidos de que a capacidade mental do apelante pode estar comprometida. Por isso, faz-se necessária a instauração de um incidente para avaliar sua sanidade mental, bem como possível dependência toxicológica, a fim de verificar sua eventual inimputabilidade.

Concluída a perícia, as partes deverão ser notificadas para que se manifestem sobre o laudo, e, posteriormente, deverá ser proferida nova sentença em relação a Wagner. As partes poderão indicar Assistentes e formular quesitos.

Inclusive, nesse sentido este Colendo Tribunal de Justiça já decidiu:

“Apelação. Condenação pelos delitos de lesão corporal leve e lesão corporal de natureza grave. Insurgência da defesa. Preliminar: Pleito de nulidade da sentença – Alegação de cerceamento de defesa ante o indeferimento do pedido de instauração do incidente de insanidade mental por dependência toxicológica – Réu que admite ser usuário de entorpecente. Documentos médicos juntados pela defesa que atestam que o réu é portador de transtornos psicológicos. Sentença anulada. Recurso parcialmente provido – Matéria preliminar acolhida, prejudicado o exame do mérito” (*Apelação nº 0008673-22.2014.8.26.0024* - 13ª Câmara Criminal - Relator Des. Xisto Rangel – J. Em: 3.11.2020 - Dje: 3.11.2020).

Diante do exposto, acolhe-se a preliminar arguida pela digna Defesa para declarar a nulidade do processo a partir da sentença, em relação ao apelante Wagner Felipe Lopes, com a devolução dos autos ao

juízo de origem, para instauração de incidente de insanidade mental, prejudicada a análise do mérito recursal para ele.

Em relação aos demais recorrentes, Vítor, Crisley, Jefferson, Samuel e Claudinei, os apelos defensivos não comportam acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pelo ilustre Magistrado, doutor João Paulo Sorigotti da Silva, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fl. 1/10, boletins de ocorrência de fls. 11/16, 347/348, auto de exibição e apreensão de fls. 20/21, reproduções fotográficas de fls. 22/29 e fls. 36/45, laudo de constatação preliminar de fls. 32/35, laudo pericial do local de 326/331 e laudo de exame químico toxicológico fls. 334/337, relatório policial de fls. 316 e relatório final de fls. 340/343, bem como pela prova produzida em Juízo, "maconha", cocaína e "crack" foram apreendidos, além de haver comprovação a associação descrita na peça inaugural.

A *autoria* é atribuível aos recorrentes.

Interrogados na fase investigativa (link da gravação a fls. 10):

Vítor disse que está desempregado. **Alegou que o flagrante foi forjado, não tinha drogas em sua posse.** Estava indo a casa de seu pai para levar R\$ 30,00 que sua irmã deu para ele. Durante o caminho encontrou dois colegas, que não são réus nesse processo, foram abordados, os dois amigos liberados. Não vende drogas (fls. 5).

Jefferson disse que trabalha como marido de aluguel, mas na data dos fatos não estava trabalhando. **É usuário de drogas e estava no local para comprar drogas, não sabe o nome do vendedor. O local fica próximo a**

escolas. Não encontrou o Wagner no dia dos fatos. Foi abordado em frente a sua residência (fls. 9).

Wagner disse que faz uso de medicação e é usuário de drogas. Estava no local pedindo dinheiro para comprar drogas. Tinha um isqueiro, um "caninho" e um pedaço de bombril em sua posse. **Não vende entorpecentes. O local é ponto de drogas e fica próximo de duas escolas** (fls. 8).

Crisley está desempregado. Estava com seu primo Claudinei, o qual tinha drogas em sua posse, mas **com o declarante não havia entorpecentes. Sempre fica na esquina, pois é próximo de sua casa.** Tem duas escolas próximo ao local (fls. 7).

Claudinei é conhecido como "Nei" e é usuário de drogas. Estava vindo do mercado, próximo de sua casa, quando foi abordado pelos policiais. **Não tinha drogas em sua posse. Na sua residência não havia meio tijolo de maconha nem a balança de precisão.** Seu primo Crisley estava com ele, mas não sabe onde ele tinha ido. **Não vende drogas** (fls. 6).

Samuel disse que é usuário de drogas e já vendeu drogas no local para manter seu vício (fls. 276, 342).

O corréu **Estevam** não foi localizado, sendo indiciado indiretamente (fls. 342).

Em juízo:

Crisley assumiu a propriedade de toda a droga apreendida. Vendia drogas e pagava Claudinei para armazenar entorpecente para ele. Não sabe dizer quem é Estevam. Estava há pouco tempo em liberdade. Já viu

Wagner no local, muitos falam que ele tem transtorno mental.

Samuel negou envolvimento no tráfico de drogas. Disse que é usuário de “crack” e ficava na esquina observando a movimentação de policiais e usuários. Recebia drogas de **Crisley** como pagamento para levar usuários para comprarem entorpecentes. Conhece **Estevam**, mas não soube dizer se ele tem envolvimento no tráfico. Também conhece Wagner, usavam drogas juntos no local. Tem contato com os demais recorrentes no presídio.

Claudinei negou o envolvimento no tráfico. Afirmou que **Crisley** estava traficando drogas. Costumava ver **Samuel** sentado na esquina. Estava voltando de um mercado quando foi abordado por policiais. Não soube dizer detalhes sobre a suposta traficância. É usuário de drogas há 15 anos. Crisley é seu vizinho.

Jefferson negou envolvimento no tráfico de drogas. Afirmou que é usuário de “crack”. No momento da prisão estava na rua descendo para sua casa, que fica a duas quadras do endereço em que houve a operação policial. Não estava com drogas nem dinheiro. Negou ter ficado como “olheiro” em troca de drogas. Permanecia no local informado, porque as vezes, quando tinha dinheiro, comprava drogas com outros usuários para usavam. Não sabe o local exato onde as drogas eram adquiridas, só dava o dinheiro para os usuários comprarem para ele. Crisley mora próximo.

Vitor negou envolvimento no tráfico. É usuário de crack. Afirmou que mora perto ao local da operação e por isso permanecia por ali. Naquela região ninguém comercializa droga.

Wagner disse que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Disse que estava aguardando a mãe de um colega, que tinha vendido

um carro, ela iria lhe pagar uma comissão, que iria utilizar para comprar drogas. **Conhecia os demais recorrentes. Todos, inclusive ele, são usuários de drogas. Nunca venderam entorpecentes no local em que foram presos. Desconhece se alguns dos demais envolvidos realizavam a venda de drogas. É usuário de drogas há cerca de 4 anos. Frequentou a APAE e narra diagnóstico de problemas mentais com internação em hospital de Franco da Rocha.**

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

Apenas Crisley assumiu a traficância, dizendo que todas as drogas apreendidas pertenciam-lhe e pagava Claudinei para guardar os entorpecentes. Os demais negaram o envolvimento com tráfico de drogas, alegando serem, apenas, usuários, todavia, as negativas estão dissociadas das demais provas.

A testemunha Daniele, policial civil, depôs que **tinha informações de diversos moradores da região de que os recorrentes estavam traficando drogas na cidade. O local transformou-se em uma espécie de**

"Cracolândia", com grande fluxo de usuários e traficantes. As denúncias indicavam que o corréu Estevam era o fornecedor de entorpecentes. Quem fazia a venda de entorpecente era Samuel, Vitor, Crisley e Claudinei. A equipe de investigação começou a fazer levantamentos no endereço objeto das denúncias para definir a qualificação completa dos sujeitos envolvidos no tráfico e a função de cada um deles. Durante as operações, fotografaram a movimentação. Obtendo-se imagens de Samuel, que ficava próximo a entrada a APAE, ele já tinha sido conduzido ao plantão policial dias antes dos fatos, por estar na posse de 10 pedras de crack, mas se passou por usuário. Tiraram fotos de Vitor e Claudinei. Claudinei aparece fazendo contato com um veículo, que era investigado por furto. O condutor do automóvel foi abordado por policiais militares e confirmou que era usuário de drogas e procurava por entorpecentes no local, para efetuar a compra. Nos dias anteriores às prisões, estava de campana monitorando o local. Viu Samuel sair do imóvel de Estevam, que era o fornecedor das drogas, por volta das 23h. A esposa de Estevam percebeu a presença dos policiais no local, eles saíram da cidade e não foram mais encontrados. Visualizou dois usuários fazerem contato com Vítor e outros usuários fazerem contato com Crisley. Jefferson e Wagner tinham a função de "olheiros". Quem fazia a venda de entorpecente era Samuel, Vitor, Crisley e Claudinei, eles iam a casa de Claudinei com frequência para buscar as drogas, que estavam armazenadas no local. No dia da abordagem, contou com apoio de policiais militares e o único que não estava no local era Jefferson. Estevam já tinha se evadido da cidade. Toda a investigação durou aproximadamente 30 (trinta) dias e os principais dias de diligência foram aos finais de semana. Notou que eles traziam pouca quantidade de drogas em suas posses, para passarem por usuários. As drogas foram apreendidas em um terreno próximo a casa de Claudinei. Sobre Estevam, ele já era investigado pela prática de tráfico de drogas, realizaram busca na residência dele, mas ela não estava no local, encontra-se foragido. Visualizou Samuel na esquina de cima, sempre no mesmo local, fazendo contato com usuários e direcionando os usuários para algum dos vendedores. Em uma das

datas, viu Samuel sair da casa de Estevam com algo nas mãos, mas não pode abordá-lo para certificar o que era, não tem conhecimento se na data da prisão dele foi localizada droga em sua posse. Obtiveram informações de que Samuel pegava cerca de 45 pedras de crack por vez, com Estevam, sendo que 30 eram para venda e 15 recebia como pagamento. Quanto a Claudinei vendia drogas, fotografou-o fazendo contato com um usuário de drogas, que estava dentro de um automóvel. O sujeito do automóvel foi abordado por policiais militares e confessou ser usuário de drogas, mas não foram apreendidos entorpecentes com ele, naquela ocasião. No dia da prisão de Claudinei os policiais encontraram entorpecentes com ele e a maioria estava enterrada próximo à casa dele, encontrada pelo Canil. Em relação a Jefferson ele era “olheiro” e ficava na outra extremidade da rua também conduzindo usuários. Wagner também era olheiro e ficava em outro canto da rua monitorando a presença de policiais e conduzindo usuários para o ponto de venda. Os “olheiros” se comunicavam com assovios. Sobre Crisley tinha saído recentemente da cadeia por tráfico, era um dos vendedores e auxiliava Claudinei, acredita que ele também foi fotografado no local. Ele foi abordado próximo a casa de Claudinei. Nos monitoramentos, viu dois usuários fazendo contato com Crisley. Vítor era um dos vendedores e viu Jefferson levar usuários até ele. **A localidade onde havia movimentação de tráfico de entorpecentes, devido à proximidade de um colégio, é ponto de passagem obrigatória dos estudantes. Viu estudantes passando pelo local em que os recorrentes vendiam drogas.** Todos os réus são usuários de drogas, com exceção de Vítor. Os sujeitos recebiam pedras de “crack” como pagamento pelo auxílio no tráfico, principalmente aqueles que exerciam a função de “olheiro”. Os principais atuantes no tráfico eram Estevam, que fornecia droga a Samuel, que distribuía para Claudinei, Crylei e Vítor, os demais serviam apenas como “olheiros”.

A testemunha Eder, policial militar, depôs que **o local em que houve as prisões era objeto de diversas denúncias sobre a ocorrência de**

tráfico de entorpecentes. Os alvos mantinham estrutura organizada com cadeia de distribuição e “olheiros” que avisavam a aproximação da viatura caracterizada, dificultando o sucesso das abordagens. No dia houve operação conjunta com a Polícia Civil. Havia uma investigadora de campana observando a movimentação dos alvos. Na abordagem, com Claudinei encontraram, na bermuda, algumas tiras com quinze (15) pedras de “crack” e com Crylei, dentro da cueca, havia um invólucro com porções de “crack”, maconha e cocaína. Na casa de Claudinei, com auxílio de cão farejador, encontrou uma porção bruta de maconha e uma balança de precisão com resquícios de droga. Em contato com a investigadora, conseguiram abordar os demais envolvidos próximo ao local - Jefferson, Wagner e Vitor – na posse de Vitor localizaram uma quantia em dinheiro, aparelho celular e uma porção de maconha. Todos foram conduzidos à Delegacia de Polícia para as providências. No dia da operação, Samuel, que era o principal vendedor de drogas, não estava presente e não foi localizado. Posteriormente, soube que Samuel foi preso preventivamente. Estevam era o “patrão”, fornecedor dos entorpecentes, mas não foi localizado. **O local que era conhecido como “Cracolândia de Santa Cruz do Rio Pardo”, ficava próximo à APAE e a uma escola e por isso havia movimentação de crianças.** As atividades eram divididas entre olheiros, outros levavam o usuário até o vendedor, alguns realizavam a venda, outros recolhiam os valores em dinheiro. Estevam fornecia os entorpecentes. Samuel era o indivíduo que mais era visto no local, ele vendia as drogas. Claudinei e Crisley também eram vendedores. Wagner e Jefferson eram vistos com frequência no local, eram olheiros e levavam os usuários até os vendedores. Já tinha abordado Crisley e Vitor em outra ocasião, antes dos fatos.

Como se vê, os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam os recorrentes, pois esclareceram que foram realizadas investigações prévias, com registro de imagens. **Haviam diversas denúncias dando conta da traficância no local dos fatos, sendo conhecido como “Cracolândia de Santa**

Cruz do Rio Pardo”. Constataram que **havia uma estrutura organizada entre os recorrentes e corréus, com cadeia de distribuição e “olheiros”, sendo que conseguiram identificá-los e individualizaram a função de cada um deles.** Com efeito, inexistia razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, os apelantes não mostraram que quisessem prejudicá-los gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

De outro lado, se valia tivessem as declarações dos apelantes, eles estariam imputando prática de crime a quem, justamente, deve coibi-lo, o que, dentro do contexto dos autos, é incabível.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes das Polícias Civil e Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Além disso: "A denúncia anônima, por si só, não causa nulidade das investigações e, conseqüentemente, da prova produzida. Ela pode dar ensejo a mandados de busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e diligências de constatação, por exemplo, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 72854/SP T5 Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi J. 19.9.2017 DJe 27.9.2017; RHC 53294/RS T5 Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi J. 12.9.2017 DJe 20.9.2017; HC 396298/SP T5 Quinta Turma Rel. Min. Félix Fischer J. 20.6.2017 DJe 30.6.2017; HC 312620/RJ T6 Sexta Turma Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz J. 10.5.2016 DJe 19.5.2016; HC 258819/SP T6 Sexta Turma Rel. Min. Nefi Cordeiro J. 19.4.2016 DJe 29.4.2016 e HC 276132/PR T5 Quinta Turma Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo Desembargador convocado do TJ/PE J. 18.8.2015 DJe 1.9.2015), apenas para ilustrar, pois existem diversos outros V. Acórdãos sobre a matéria, com o mesmo pensamento."

As provas são robustas e incriminam os recorrentes.

O delito de tráfico ficou caracterizado em relação a Vitor, Claudinei, Crisley e Jefferson.

Não obstante, apenas, **Crisley** tenha assumido a realização da mercancia ilícita, dizendo ser o proprietário de toda droga apreendida, sendo que pagava **Claudinei** para guardar os entorpecentes, e os demais tenham alegado serem somente usuários de drogas, **o conjunto probatório, não deixa dúvidas quanto à real dinâmica dos fatos e a realização do tráfico de drogas praticado por eles.**

A circunstancia das prisões, as denúncias anônimas, as investigações prévias, a apreensão de drogas e apetrecho utilizado no fracionamento das substâncias (balança de precisão), não deixam dúvida da traficância.

Nos termos dos insuspeitos depoimentos policiais, as drogas eram guardadas em um terreno ao lado da casa de Claudinei, que realizava a mercancia ilícita. Crisley, que tinha saído recentemente da prisão, também, era um dos vendedores e auxiliava Claudinei, na traficância. Bem como, Vítor, que atuava na comercialização das substâncias e, nos termos do depoimento da policial civil Daniele, Jefferson foi visualizado levando usuários até Vítor para realizar a compra de entorpecentes. Jefferson, por sua vez, era um dos olheiros e ficava na extremidade da rua conduzindo usuários. Claudinei e Crisley foram abordados no local, sendo encontrado quinze (15) pedras de “crack na posse de Claudinei, além de uma porção bruta de maconha e uma balança de precisão na residência dele. Com Crisley havia um invólucro com porções de “crack”, maconha e cocaína. Em diligências pelo local, encontraram Vítor, em sua posse localizaram uma quantia em dinheiro, aparelho celular e uma porção de maconha.

O auto de exibição e apreensão (fls. 20/21), as imagens das substâncias ilícitas apreendidas (fls. 22/29) as fotografias da movimentação dos envolvidos no local dos fatos (fls. 40/45) e os laudos periciais de constatação preliminar e exame químico toxicológico (fls. 32/35 e fls. 334/337), corroboram com os insuspeitos depoimentos policiais.

Acrescente-se que o artigo 33 da Lei de Tóxicos prevê diversas condutas. No caso, os apelantes traziam consigo, vendiam e guardavam entorpecentes para o comércio, conduta que também se tipifica e deve ser combatida.

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para

consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

Quanto a Jefferson, é importante destacar que não cabe a desclassificação da conduta para a rubrica do artigo 37 da Lei nº 11.343/06, pois, mesmo atuando como "olheiro" naquela ocasião, ele contribuía de forma estável e determinante para a prática do tráfico ilícito no local, cabendo-lhe a atribuição de avisar os demais traficantes sobre a aproximação da Polícia e conduzia os usuários até os vendedores.

A função de "olheiro" ou "olheira" não é para um momento só e, sim, exige certa estabilidade e permanência com os traficantes, caracterizando-se a conduta do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Aliás, essa função é importante para a efetivação do comércio ilegal, pois quem a realiza avisa sobre aproximação policial, primordialmente, permitindo a fuga de quem comercializa diretamente, bem como a dispensa do produto do crime e das drogas, a fim de despistar a ação policial.

Nesse sentido:

"3. A função de "olheiro", que consiste em atuar diretamente na atividade de tráfico, repassando informações sobre a aproximação policial para proteger o comércio ilícito, caracteriza coautoria no crime de tráfico de drogas, sendo inaplicável a desclassificação para o art. 37 da Lei de Drogas, que exige atuação mais distante e desvinculada do núcleo central da narcotraficância." (*HC 854826/SP* – T5 – Quinta Turma – Relª. Minª. Daniela Teixeira – J. 5.11.2024 – DJe 11.11.2024).

"1. Não se admite a capitulação jurídica nos termos do artigo 37 da

Lei de Drogas, à conduta de "olheiro", praticada mediante contribuição estável e permanente aos destinatários das informações que possibilitarão a prática do tráfico de drogas, já que a referida figura típica pressupõe o vínculo esporádico e eventual." (AgRg no HC 589320/SP T6 Sexta Turma Relator Ministro Nefi Cordeiro J. 8.9.2020 DJe 14.9.2020). "1. Apesar de a defesa afirmar que não houve menção, por parte do julgador, à estabilidade e à permanência, verifica-se que o acórdão hostilizado trouxe concreta fundamentação a respeito da associação entre os acusados, atentando para o fato de que o ora agravante estaria na condição de "olheiro", bem como a maneira como atuavam em parceria." (STJ - *AgRg no HC 526852/RS* - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - J. 18.2.2020 - DJe 28.2.2020).

No mais, os apelantes poderiam até mesmo serem usuários de drogas, todavia, isso não se deu de maneira exclusiva, sendo imprescindível para caracterizar o art. 28 da Lei nº 11.343/2006. A mera alegação de ser usuário não afasta, por si só, a condição de traficante.

Sobre o tema já decidiu esta Colenda Câmara: "Além do mais, o fato de serem usuários de entorpecentes não exclui o de estarem também envolvidos com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício." (*Apelação Criminal nº 3000574-96.2013.8.26.0363* - Relator Desembargador Paiva Coutinho - J. em 12.2.2020).

Quanto ao crime tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, oportuno lembrar que, para a sua configuração, deve existir estabilidade e continuidade da parceria entre os agentes.

Nesse sentido o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça: "Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que

a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006." (STJ - *AgRg no HC 539.907/RJ* – T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 17.12.2019 – DJe em 19.12.2019).

Da mesma forma do afirmado vide, exemplificativamente, *Apelações ns. 0001935-09.2012.8.26.0470* - 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Pinheiro Franco - J. em 9.5.2013; *0005880-88.2012.8.26.0248* - 16ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Newton Neves - J. em 7.5.2013; *9000002-03.2009.8.26.0323* - 15ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Encinas Manfré - J. em 25.4.2013 e *0003702-62.2009.8.26.0058* - 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida - J. em 28.6.2012.

No caso, os elementos de prova evidenciam que a ação não foi única, levando em consideração a investigação prévia, na qual constataram a coordenação e organização das tarefas entre os apelantes e corréus para sucesso da empreitada criminosa. Eles tinham funções pré-definidas, sendo todos imprescindíveis para a perfeita concretização da atividade criminosa. Foi demonstrado que agiam em conjunto e havia comunicação entre os membros da associação criminosa.

Não obstante as negativas dos recorrentes em relação a associação para o tráfico de drogas, Crisley admitiu a propriedade das drogas apreendidas e Samuel, no distrito policial, admitiu já ter vendido entorpecentes no local. E os insuspeitos depoimentos dos policiais deixaram claro a função de cada um na associação criminosa, especialmente a narrativa da policial civil Daniele que durante as operações, fotografou a movimentação e, de forma coesa e harmônica, depôs que o corréu Estevam era fornecedor dos entorpecentes comercializados pelo grupo e parte da droga que recebiam servia como pagamento pelos serviços. As drogas eram armazenadas em um terreno próximo

a residência de Claudinei. Samuel era o que mais ficava no ponto de venda de drogas, fazendo contato com usuários e direcionando-os para algum dos vendedores (fotografias a fls. 40/41). Os entorpecentes eram comercializados por Vitor, Crisley e Claudinei (fotografias fls. 42, 43 e 44), os quais ficavam com pequena quantidade de substâncias ilícitas em suas posses e iam a casa de Claudinei com frequência para buscar drogas. Jefferson e Wagner atuavam como olheiros, ficando um em cada canto da rua, monitorando a presença de policiais e conduzindo usuários para o ponto de venda, comunicavam-se com assovios (fotografias a fls. 41, 43 e 44). O depoimento do policial militar Eder, corroborou com a narrativa de Daniele, ele participou da prisão dos envolvidos. Ambos os policiais afirmaram, ainda, que haviam diversas denúncias dando conta da traficância realizada no local dos fatos, que já era conhecido como "Cracolândia", diante do grande fluxo de usuários e traficantes.

Esse contexto evidencia que não se tratava de uma reunião ocasional, de mero concurso de agentes. Ao contrário, a união de esforços para a prática do tráfico ilícito era estável e permanente, configurando-se, desse modo, o crime previsto no artigo 35, "caput", da Lei de Drogas para Vitor, Samuel, Claudinei, Crisley e Jefferson.

As penas não comportam reparo.

Na primeira fase, em relação a Vitor, Crisley e Jefferson diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas, as penas-base foram fixadas no mínimo legal, ou seja, cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, para o tráfico de drogas e três (3) anos de reclusão e pagamento de setecentos (700) dias-multa, para a associação para o tráfico.

Samuel, condenado apenas pela prática de associação para o tráfico, diante da ausência de circunstâncias judiciais negativas, a pena-base foi fixada

no mínimo legal, ou seja, três (3) anos de reclusão e pagamento de setecentos (700) dias-multa.

Claudinei possui maus antecedentes (autos n. 0004323-18.2002.8.26.0539, fls. 186 e 220), assim, sua pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, tem-se: cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa para o tráfico e três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de oitocentos e dezesseis (816) dias-multa para a associação para o tráfico.

Na **segunda fase**, quanto a **Vítor** e **Jefferson** ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Samuel foram reconhecidas a atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, feita no distrito policial, todavia, não levam a pena aquém do piso (“As atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo (cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 - STJ) (...)” (RSTJ 161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623, 755/615, 735/588, apenas para ilustrar, dessa forma, fica no mesmo patamar.

Claudinei, é reincidente (autos n. 1500138-75.2018.8.26.0578, fls. 186 e 221), a pena foi majorada em mais 1/6, obtendo-se: seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa para o tráfico e quatro (4) anos e um (1) mês de reclusão e pagamento de novecentos e cinquenta e dois (952) dias-multa para a associação para o tráfico.

Crisley é reincidente (autos n. 0000291-32.2023.8.26.0539, fls. 223), por outro lado ele confessou a propriedade das drogas, o que foi considerado para os dois delitos, assim, houve compensação entre as referidas agravante e atenuante, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, ficando as sanções inalteradas.

Pode haver compensação entre atenuante e agravantes, por exemplo, entre confissão espontânea e reincidência, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o art. 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência, *in verbis*: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (**Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP**, paradigmas

do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na **terceira fase** em razão dos maus antecedentes e da reincidência de Claudinei (fls. 184/190) e reincidência de Crisley (fls. 223/225) não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto, reiteração criminal e as circunstâncias da prisão revelam que não era principiante ou traficante ocasional (*AgRg no HC 547176/SP* - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. 17.12.2019 - DJe 4.2.2020; *AgRG no HC 526085/SP* - 5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 3.12.2019 - DJe 16.12.2019; *HC 4780001/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 5.2.2019 - DJe 14.2.2019 e *AgRg no HC 530668/ES* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 19.11.2019 - DJe 3.12.2019 - nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Em relação a Vítor e Jefferson, embora sejam primários (fls. 218;

232/233), **não é possível a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da mesma Lei**, porque as circunstâncias do caso concreto evidenciam que os apelantes não eram principiantes, ao contrário, praticavam o comércio proscrito de maneira habitual e há certo tempo, tanto que havia diversas denúncias que ensejaram as investigações prévias sobre a grande movimentação de venda de drogas no local dos fatos. As provas reunidas demonstram a atuação conjunta entre eles, Vítor atuando na venda das substâncias entorpecentes e Jefferson como "olheiro", bem como conduzindo os usuários aos vendedores. Lembrando-se que foram realizadas observações em dias alternados, os recorrentes foram visualizados praticando suas funções de forma costumeira, sendo que a investigação levou cerca de 30 dias para a conclusão, circunstância que evidência que faziam do tráfico de drogas um meio de vida.

Ademais, a **existência de associação para o tráfico, de *per si*, é suficiente para afastar a causa de diminuição da pena contida no art. 33, § 4º, na medida em que evidencia a dedicação dos apelantes à atividade criminosa, conforme entendimento do Preclaro Superior Tribunal de Justiça (*AgRg no REsp 1690808/ES* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - J. em 5.6.2018 - DJe em 15.6.2018; *REsp 1626399/RO* - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Nefi Cordeiro - J. em 3.8.2017 - DJe em 14.8.2017; *HC 377179/RJ* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. em 21.2.2017 - DJe em 6.3.2017 e *REsp 1544375/RJ* - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - J. em 17.9.2015 - DJe em 7.10.2015).**

O benefício em questão é reservado apenas para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime, mas não é o caso dos autos.

Por fim, **incide a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei**

de Drogas, foi demonstrado pelo laudo pericial do local (fls. 328), que o delito foi praticado nas imediações da APAE (cerca de 290 metros) e de instituição de ensino (cerca de 400 metros de distância do local dos fatos), bem como pelos depoimentos dos policiais, os quais narraram que o local onde comercializavam as drogas fica nas imediações da APAE e de uma escola, sendo passagem comum de muitos alunos que iam da escola para a casa. Sendo, portanto, local de concentração pública e de maior facilidade de aliciamento de crianças e adolescentes. Exasperou-se a reprimenda de 1/6, tem-se:

Para Vitor; Crisley e Jefferson cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, para o tráfico de drogas e três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de oitocentos e dezesseis (816) dias-multa, para a associação para o tráfico, individualmente;

Para Samuel três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de oitocentos e dezesseis (816) dias-multa;

Claudinei sete (7) anos, onze (11) meses e oito (8) dias de reclusão e setecentos e noventa e três (793) dias-multa para o tráfico e quatro (4) anos, nove (9) meses e cinco (5) dias de reclusão e pagamento de um mil cento e dez (1.110) dias-multa para a associação para o tráfico.

Ressalte-se que, por se tratar de causa de aumento de natureza objetiva, não há necessidade de prova no sentido de que o agente visasse vender ou entregar drogas a frequentadores desse local público, nem que, no horário da abordagem, houvesse aglomeração de pessoas.

Nesse sentido: "5. Quanto à causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, a jurisprudência do STJ é clara no sentido de que sua incidência não depende de comprovação de que o tráfico ocorria

efetivamente em instituições de ensino ou em áreas frequentadas por estudantes, bastando que o crime tenha sido cometido nas imediações desses locais" (**HC 846785 / SP** - T5 - Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relatora Ministra Daniela Teixeira – J. em 22.10.2024 – Dje: 29.10.2024).

Ao final, as penas foram somadas, pelo concurso material, totalizando-se para:

Vítor; Crisley e Jefferson, individualmente, nove (9) anos e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de mil trezentos e noventa e nove (1.399) dias-multa;

Claudinei doze (12) anos, oito (8) meses e treze (13) dias de reclusão e pagamento de mil novecentos e três (1.903) dias-multa.

E a pena de **Samuel** manteve-se em: três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de oitocentos e dezesseis (816) dias-multa;

As penas são finais, pois mais nada as alteram. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado para Vítor, Crisley, Jefferson e Claudinei.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

As penas fixadas são superiores a 8 anos, nos termos do

dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

O crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247).

Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado

(art. 5º, inciso XLVI, da CF). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (*Habeas Corpus* nº 69657/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (*Habeas Corpus* nº 82966/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (*Habeas Corpus* nº 82959/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (*Habeas Corpus* nº 91360/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Os recorrentes praticaram delitos concretamente graves, tráfico

de entorpecentes e associação para esse fim, dedicando-se à comercialização de substâncias nocivas (cocaína, "crack" e maconha), além do fato de a traficância ser tão intensa que justificou as denúncias prévias e investigações preliminares. Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (art. 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Ademais, **Claudinei e Crisley ostentam condenações anteriores**. Reiteram na prática de delitos, possuindo tendências para esse comportamento. Demonstram, pois, condutas sociais inapropriadas. Poderiam emendassem, pois têm consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persistem no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: (...) *o art. 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto) (RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017).*

No mesmo sentido: ***“Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta”*** (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, preferiram realizar o delito ao invés de comportarem de maneira correta.

É evidente a periculosidade dos envolvidos. Estavam organizados para praticarem o tráfico de drogas em associação, com nítida divisão de tarefas e hierarquia entre eles. Operavam em ponto com grande concentração de usuários de drogas, conhecida como a "Cracolândia" da cidade, atingindo um grande número de pessoas.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

Exsurge pertinente frisar que não existiu ofensa ao enunciado das Súmulas 440, do Superior Tribunal de Justiça, e 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois a fixação do regime inicial decorre das condições pessoais do agente e das circunstâncias do fato concreto e não de mera opinião do Magistrado.

A realização dos delitos pelos apelantes causa temor na sociedade, que se vê à mercê, muitas vezes, das associações criminais. Isso não pode ser permitido quando se eleva a nível constitucional a segurança pública e a concreção da dignidade da pessoa humana. A paz social deve ser alcançada e a realização das infrações penais em comento não faz isso, ao contrário, causa

temor entre as pessoas.

Conforme ensina Julio Fabbrini Mirabete: “A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, “como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus” (Manoel Pedro Pimentel. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 134). Essa idéia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a *House of Correction*, construída em Londres em 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no Século XVIII” (*Manual de direito penal*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1986, p. 246-247).

Na mesma obra, lembra: “Se do ponto de vista educativo e recuperatório a pena de prisão apresenta tais aspectos negativos, não se pode, entretanto, questionar que continua ela a ser o único recurso aplicável para os delinqüentes de alta periculosidade. Mesmo Foucault, acerbo crítico do sistema prisional, reconhece que nessa hipótese não há possibilidade de mudança, sendo a pena de prisão detestável solução de que não se pode abrir mão. E Manoel Pedro Pimentel lucidamente afirma: “A prisão precisa ser mantida, para servir como recolhimento inicial dos condenados que não tenham condições de serem tratados em liberdade” (Ob. cit., p. 185-186). A prisão, deve-se reconhecer é insuprimível, quer como instrução de repressão, quer como defesa social” (p. 249).

Se, mais além e com efetividade, se almeja observar o princípio de individualização das penas, é preciso, como fez ver Karl Mannheim, que o juiz proceda “em relação ao delinqüente individual como o legislador faz em relação aos delinqüentes em abstrato” (Criminologia Comparada, tradução portuguesa de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade, ed. Fundação Calouste Gulbenkian,

Lisboa, 1984, vol I, p. 216).

O que deve ser levado em conta para a fixação do regime não é o crime em sua dimensão abstrata – vale dizer, a gravidade hipotética de um delito – e sequer exclusivamente em sua posição concreta pretérita, até porque a só gravidade jurídica da pena de um crime “carece freqüentemente de significação desfavorável para o prognóstico” (Middendorff, remetendo-se a lições de Mannheim, Bockelmanne e dos Glueck. *Teoria y Práctica de la Prognosis Criminal*. Madrid, Ed. Espasa – Calpe, 1970, 128).

Jescheck diz que para dosar a pena deve-se levar em conta “crescente aumento de determinadas classes de delito em algum setor concreto (prevenção geral)” (*Tratado de derecho penal*. Tradução castelhana de Mir Puig e Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol II, parágrafo 82, III, n. 2.).

A benevolência infundada – a que se referiu graficamente Jescheck (Op. cit., vol I, parágrafo 1, I, n. 2) –, ou, na dura expressão de Exner “as fraquezas do juiz, que deixam indefesa a sociedade” (*apud* Middendorff. Op. cit., p. 168), terminam por adquirir um influxo propiciador não só da recidiva do condenado – frustrando a meta de prevenção específica – mas também do contágio hierárquico – reduzindo a eficácia da prevenção genérica.

Dessa forma, retribui-se pelas condutas perpetrada;s previne-se que não as cometam mais, tráfico de drogas e associação para o tráfico, e outras infrações penais, com retorno à sociedade em harmonia, pois imprescindível a convivência com outras pessoas.

“Cícero, no “De Officiis”, I, 58, dizia que o homem não pode ficar sozinho e, permanentemente procura companhia para falar e ouvir, ensinar e aprender, mesmo que, com uma espécie de varinha mágica, *quasi vírgula divina*,

pudesse obter tudo o que quisesse, o homem é sócio do homem. Platão, na "República", II, 369, diz que a vida urbana é exposta como causada pela necessidade. Aristóteles, "Política", I, ao contrário, salienta que "animal político", *politikon zoon*, está para significar que o modo ideal de existência humana consiste em viver na *polis*, ou cidade-estado" (Antonio Junqueira de Azevedo. "Ciência do Direito, Negócio Jurídico e Ideologia". *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 18-19).

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

As penas corporais não comportam a benesse, pois superiores a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I, do Código Penal). Há, pois, um requisito objetivo que impede a substituição pleiteada.

Os apelantes **Claudinei** e **Crisley** são reincidentes (artigo 44, inciso II e III).

Caso isso fosse feito, não teriam consciência da ilicitude do que fizeram, não se arrependeriam, frustrando os fins da sanção.

O artigo 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

O regime inicial da pena privativa da liberdade de Samuel pode ser o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Ele praticou crime grave, de proporções grandes, todavia, não hediondo e Samuel é primário e de bons antecedentes (fls. 213/214) e a pena fixada é inferior a 4 (quatro) anos. Em caso de descumprimento da pena substituta, é o melhor regime para repressão, prevenção especial e geral. Não poderá falta de oportunidade para emendar-se, tampouco a necessidade de rever seus conceitos de licitude e necessidade econômica.

Sobre a possibilidade de escolha de regime mais benéfico no caso, especificamente aberto, cf. ***RHC 113380/DF***, 2ª T. do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 28.08.2012 e ***HC 109583/MS***, 2ª T. do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 15.05.2012.

Aplicando-se o art. 44, § 2º c. c. o art. 77, inciso III, ambos do Código Penal, substituo a pena corporal por pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, cujo melhor disciplinamento será feito no Juízo das Execuções, verificando-se as aptidões do acusado e disponibilidade de tempo, segundo o art. 46 e parágrafos do estatuto repressivo, além de limitação

de fim de semana, para a correta repressão, prevenção (especial – não cometimento do mesmo delito e geral – realização de outras infrações penais) e ressocialização criminais (com convívio harmônico em sociedade, já que é imprescindível. A substituição é permitida, desde que hajam requisitos legais, pelo HC nº 97.256-RS (Rel. Min. Ayres Britto do STF, de setembro de 2010) e Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal.

Dessa maneira, concilia-se a individualização da sanção penal, que guarda sintonia com as condições objetivas e subjetivas dela, aliada à necessidade de sancionar a conduta combatida e criticada aqui e fora do país.

Dá-se, conforme dito, uma oportunidade para aquele que, repita-se, é primário, não ostenta antecedentes criminais. Se ele reincidir novamente no delito, deverá ser apenado de maneira mais enérgica, para a efetivação da dignidade humana.

A sociedade deve ser protegida, entretanto, não se pode olvidar de quem faz parte dela, dentre estes, aqueles que cometem o crime numa primeira vez.

III – Conclusão

Ante o exposto, acolhe-se a preliminar arguida pela Defesa para declarar a nulidade do processo a partir da sentença, em relação ao apelante Wagner Felipe Lopes, com a devolução dos autos ao juízo de origem, para instauração de incidente de insanidade mental, prejudicada a análise do mérito recursal para ele, e, no mérito, em relação aos demais recorrentes, vota-se pelo não provimento dos recursos defensivos.

Claudinei e Crisley encontram-se presos (fls. 871). Deverão

permanecer no cárcere, porque seria ilógico mantê-los toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza da responsabilização, libertá-los, ademais, são reincidente e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que os apelantes são perigosos e ousados, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

Vítor e Jefferson respondem em liberdade (fls. 531/533 e 573/575). Por força do recente entendimento firmado, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser constitucional a regra inserta no Código de Processo Penal (art. 283), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, **expeça-se mandado de prisão em desfavor dos recorrentes após o trânsito em julgado da condenação.**

Samuel e Wagner encontram-se em liberdade (fls. 573/575 e 871).

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.