



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000303723

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500099-96.2024.8.26.0213, da Comarca de Guará, em que é apelante RIAN CLEYTON DOS SANTOS, e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram as preliminares e deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI E CONCEIÇÃO VENDEIRO.

São Paulo, 28 de março de 2025.

**RICARDO SALE JÚNIOR**  
**Relator**  
Assinatura Eletrônica

**15ª Câmara de Direito Criminal**

**Apelação nº 1500099-96.2024 – Guará**

**Apelante:** Rian Cleyton Dos Santos

**Apelada:** A Justiça Pública

**Magistrado:** Dr. Luis Carlos Martins

**Voto nº 37.632**

*APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Autoria e materialidade delitiva comprovadas – Preliminares arguidas rejeitadas - A tese de nulidade da prova foi rejeitada, pois o crime de tráfico de drogas é permanente, dispensando mandado de busca - Decisão condenatória que se impõe - Impossibilidade de absolvição ou desclassificação do réu – Penas readequadas – Dosimetria. Primeira fase: Pena-base agora fixada no mínimo legal em razão das circunstâncias inerente ao tipo penal. Segunda fase: Nada deve ser alterado: Terceira fase: Pena torna-se definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pois inaplicável o redutor do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas - Regime inicial semiaberto devido - Incabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos – Associação para o tráfico - Absolvição que se faz necessária - Prova frágil – Princípio do in dubio pro reo - Recurso parcialmente provido.*

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 423/435, cujo relatório se adota, que julgou procedente a denúncia para condenar **RIAN CLEYTON DOS SANTOS**, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 1.440 (mil, quatrocentos e quarenta) dias-multa, no valor mínimo

legal.

Pretende, com o presente recurso, a reforma da r. sentença recorrida, objetivando, preliminarmente, a nulidade do presente feito, em razão de suposta violação de domicílio e acesso indevido ao conteúdo dos celulares apreendidos. No mérito, pugna pela absolvição dos réus por ambos os delitos, sob o fundamento da insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Pugna, ainda, pelo reconhecimento do redutor inserto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, com a fixação de regime prisional mais benéfico e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 449/473).

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões à fls. 490/493, vieram os autos a esta Instância, tendo, a Douta Procuradoria Geral de Justiça, opinado pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 614/636).

É o relatório.

Rejeitadas as preliminares, o recurso defensivo merece parcial provimento.

Primeiramente, não merece prosperar a tese de nulidade da prova produzida, ante a não apresentação de mandado de busca e apreensão para ingresso na residência dos

apelantes. Isso porque, em se tratando de crime permanente, como é o caso dos autos, em que se discute a prática do crime de tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo por deliberação exclusiva do seu sujeito ativo, a permissão ou a expedição do mandado de busca e apreensão especificando como objeto a busca por drogas é dispensável, de modo que não houve qualquer ilicitude na atuação dos agentes.

Nesse sentido, é o entendimento pacificado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*“DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita (“denúncia anônima” e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. (...) 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revólver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.” (STF, RHC: 86082 RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 05.08.2008)*

No mesmo sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*“2. O ingresso forçado em domicílio é legítimo quando justificado pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem ocorrer, no interior da residência, situação de flagrante delito, como ocorreu no presente caso, em que os policiais, quando estavam em patrulhamento, em local conhecido como ponto de vendas de drogas, visualizaram o agravante, em frente à sua residência, entregando algo a outro indivíduo. Ao realizarem sua abordagem, localizaram 12 pedras de crack, o que justificou a diligência na casa do acusado. 3. Embargos de declaração rejeitados.” – STJ – Edcl no AgRg no HC 619400/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – julgado em 11/05/2021, DJe 13/05/2021.*

Ademais, observa-se que, com o objetivo de apurar as denúncias anônimas obtidas, os policiais realizaram prévia visualização no local, para somente depois representar pelo mandado de busca e apreensão. Assim, não há que se falar que a medida foi baseada unicamente em denúncias anônimas.

Nesse sentido:

*Apelação. Tráfico ilícito de drogas. Preliminares de nulidade. Busca e apreensão que não se pautou apenas em denúncias anônimas. Decisão fundamentada. Fishing expedition não configurada. Ausência de irregularidade. Quebra da cadeia de*

*custódia. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Mérito. Prova segura. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Dosimetria. Pena e regime bem aplicados e fundamentados. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1500428-47.2023.8.26.0568; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São João da Boa Vista - Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/08/2024; Data de Registro: 19/08/2024)*

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

O réu foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, e 35, ambos, da Lei nº 11.343/06, pois, nas circunstâncias narradas na denúncia, no dia 07 de fevereiro de 2024, na Rua Algesu Cardoso, nº 188, no interior dos imóveis situados no terreno, na cidade e comarca de Guará, previamente ajustado e agindo em concurso com André Luiz de Souza Ramos, guardavam, 288 (duzentos e oitenta e oito) eppendorfs, contendo 51,13g de cocaína, uma porção em saco plástico, contendo em seu interior 4,29g de cocaína; um tijolo, 04 segmentos plásticos transparentes e brancos médios e 196 segmentos plásticos transparentes pequenos, totalizando 633,65g de maconha; e também 19 eppendorfs, contendo em seu interior 4,10 g cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de balanças de precisão e quantia em notas diversas.

Consta, ainda, que, em dia e horário incertos, mas antes do dia 07 de fevereiro de 2024, na Rua Algesu Cardoso, nº 188, no bar e na barbearia localizados no terreno, na cidade e comarca de Guará, associou-se com André Luiz de Souza Ramos para o fim de praticar o crime tráfico de drogas.

Segundo apurado, em dia e horário incertos, no interior do bar e da residência do réu Rian e da barbearia e da residência do apelante André, localizados no mesmo terreno, os denunciados associaram-se para prática do crime de tráfico de drogas. Nesse sentido, o relatório policial de fls. 80/81 aponta que os denunciados guardavam drogas para comercializá-las aos usuários que lá aportavam.

Após denúncias anônimas e investigações da Polícia Civil, foi expedido mandado de busca e apreensão domiciliar nos autos do processo n. 1500071-31.2024.8.26.0213, a ser cumprido nos endereços dos denunciados. No dia 07 de fevereiro de 2024, em cumprimento ao aludido mandado de busca e apreensão, os policiais localizaram, no bar do denunciado Rian, 19 porções de cocaína, a quantia de R\$ 336,00 em notas diversas e um documento de identidade do denunciado Rian. Na residência de Rian, foram localizados, ainda, objetos utilizados no preparado das drogas, como um prato com resquícios de drogas, lâmina de corte, eppendorf's vazios e uma balança de precisão.

Na mesma ocasião, os policiais localizaram, na

residência do acusado André, as demais porções de cocaína e de maconha, dinheiro, além de eppendorfs do mesmo padrão dos que foram localizados na residência do denunciado Rian. No local, foram localizados, ainda, uma faca, um multiprocessador, uma embalagem de fermento em pó, rolos de plástico filme, além de diversos eppendorfs vazios, balanças de precisão, todos objetos utilizados pelos insurgentes para comércio de entorpecentes.

A denúncia foi regularmente recebida em 04 de abril de 2024 (fls. 258/260), prosseguindo-se a instrução processual, sendo que, ao final, sobreveio a r. sentença, que foi publicada em 13 de junho de 2024 (fls. 479).

A materialidade do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/3), auto de exibição e apreensão (fls. 26/28), fotografia (fls. 29), laudos de constatação preliminar (fls. 32/35 e 36/38), relatório de investigação (fls. 80/81), boletim de ocorrência (fls. 114/122), laudos toxicológicos definitivos (fls. 183/185, 186/188, 189/190, 203/205 e 233/236), laudo pericial (fls. 190/201) e pela prova oral coligida durante a instrução criminal.

A autoria do crime de tráfico de drogas também é incontestável.

Com efeito, a testemunha James Hoffman Bida, policial militar, *informou que, por diversas vezes, avistou os réus*

*em frente ao local dos fatos devido às denúncias de venda de drogas na área. Contou que de acordo com as diligências, a movimentação era intensa na localidade. Informou que no terreno havia um bar com uma casa de fundo, uma casa no meio atrás de uma barbearia e um portão lateral que dava acesso a outra casa aos fundos, sendo que em buscas realizadas na residência foram localizados debaixo do rack no quarto objetos utilizados no preparo da droga, como um prato, o qual estava com resquícios de pó branco, lâmina de corte, diversos eppendorf's vazios, ao passo que na bancada da sala foi localizada uma balança de precisão. Ainda dentro da residência o policial civil Ezequiel encontrou, na entrada do bar, uma certa quantidade de pinos com substância branca, provavelmente cocaína, além de cerca de R\$300,00 reais em dinheiro, e sobre a mesa da sala diversos eppendorf's cheios de substância branca. Narrou que RIAN tocava o bar e ANDRÉ era seu sócio, pois nas diligências foi constatado, por diversas vezes, que os acusados se revezavam em horários distintos para ver quem ficava em frente ao bar. Relatou que na casa dos fundos do bar encontrou documentos de RIAN juntamente com os petrechos das drogas, sendo que tal residência possuía móveis. Disse que a casa lateral aparentava estar desabitada, apenas sendo usada para confecção e guarda das drogas. Já a casa do meio era de ANDRÉ, que afirmou residir ali. Por fim, informou que o réu RIAN já havia sido preso em outra operação, acreditando que o imóvel é locado pelos acusados.*

A testemunha Adriano José de Almeida, policial militar, *informou que na data dos fatos estava em operação conjunta*

*com a Polícia Civil em razão de diversas denúncias de tráfico no local. Afirmou que os denunciados usavam o bar e a barbearia como fachada para vender drogas. Disse que no bar foram encontradas drogas, e que a casa de fundo ao lado da barbearia pertencia a ANDRÉ. Relatou que em diversas patrulhas realizadas na localidade os acusados sempre estavam se movimentando em frente ao bar e à barbearia, inclusive os acusados estavam no local há mais de seis meses, sendo a localidade conhecida como ponto de venda drogas. Narrou que quatro foram as pessoas abordadas, entretanto apenas os acusados foram detidos, pois as outras duas pessoas não haviam sido vistas anteriormente no local. Por fim, descreveu que nunca viu ANDRÉ cortando cabelo na barbearia, entretanto sempre ficava em pé na calçada, enquanto RIAN vendia espetos no bar.*

A testemunha Eder Boareto Malta, policial militar, declarou que, no dia dos fatos, realizou uma operação com a Polícia Civil, munidos de mandado de busca e apreensão, devido às denúncias recebidas. Contou que o monitoramento da casa, da barbearia e do bar, de mesmo numeral para os três locais, qual seja, 188, foi realizado por cerca de oito meses, sendo que os acusados sempre eram vistos em tais locais. Disse que por ocasião dos fatos quatro indivíduos foram abordados, entre eles os denunciados, bem assim que não foi encontrado nada de ilícito na posse dos acusados. Todavia, seguiram com as buscas no local, onde encontraram entorpecentes no bar de RIAN, sendo que na casa e barbearia de ANDRÉ encontraram mais entorpecentes e petrechos de fabricação. Afirmou, no mais, que ANDRÉ preparava as drogas e que ambos

*comercializavam o entorpecente.*

A testemunha Evilson Rodrigues Vigarani, policial militar, *relatou que por volta das 16h30min, em operação conjunta realizada nesta cidade entre as Polícia Civil e Militar, foi acompanhado de outros policiais civis, dentre eles o investigador James, bem como de policiais militares, até a uma residência localizada à Rua Algesu Cardoso, 191, sendo que em frente a esse local outros policiais ingressariam em três imóveis, para cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido nos autos do Processo n. 1500071-31.2024.8.26.0213. Contou que chegaram ao local e entraram na residência de numeral 191, onde nada de ilícito ou de interesse policial foi encontrado. Diante disso, foi até a residência localizada no numeral 188, aos fundos, para apoiar os policiais que ali estavam. Disse que entrou pelo corredor que dá acesso à residência, sendo que ao entrar na casa o Delegado de Polícia, Dr. Rafael de Paula Leão Andreo, também estava ingressando. Referiu que a casa aparentava estar desabitada, pois havia apenas um colchão velho, uma mesa e um fogão sem botijão de gás, sem qualquer utensílio doméstico. Descreveu que na cozinha, sobre a pia, localizaram uma faca, um multiprocessador, com resquícios de pó branco, uma embalagem de fermento em pó e rolos de plástico filme. Sobre a mesa da cozinha havia diversos eppendorf's vazios, outros tantos cheios de cocaína e duas balanças de precisão. Dentro do fogão localizaram meio tijolo de maconha, 3 porções menores da mesma droga embalada em plástico filme e diversas outras porções de maconha prontas para venda. No chão do quarto, próximo a um*

*colchão, localizaram diversos eppendorfs de cocaína. No quarto ainda localizaram um "cofrinho" com duas notas de R\$5,00, e diversas moedas que totalizaram a quantia de R\$59,00. Os policiais militares Almeida e Malta, que estavam participando da operação, informaram que o acusado ANDRÉ era o responsável pelo imóvel onde as drogas foram localizadas, sendo que ele tinha sido abordado quando da chegada dos policiais no local. Disse que ANDRÉ tem uma barbearia contígua ao imóvel onde as drogas foram localizadas, a qual também foi alvo de buscas. Informou, por fim, que, por atuar em outra delegacia de polícia, não tem conhecimento sobre a investigação que desencadeou a presente operação.*

*A testemunha Ezequiel Damião da Silva, policial militar, disse que realizaram operação conjunta para o cumprimento do mandado de busca domiciliar, relatou que, ao chegarem em frente ao local dos fatos, visualizaram diversos homens sentados na calçada, sendo todos devidamente abordados. Dentre os indivíduos estava o acusado RIAN, o qual era alvo do mandado por ser o responsável pelo bar. Ao realizar as buscas no bar, foi localizado próximo da porta de entrada, dentro de um engradado de bebidas, um saquinho plástico com 19 eppendorfs de cocaína. Além disso, dentro de um balcão que serve como caixa do comércio, havia R\$ 336,00 em notas diversas e o documento de identidade do referido acusado. Contou que no bar nada mais de ilícito foi localizado. Informou que o investigador James localizou outros objetos de interesse policial na casa que fica nos fundos do bar, e que com RIAN foi localizado um aparelho celular. Disse que o Delegado de Polícia*

*estava no local e, ao ser informado dos fatos, deu voz de prisão em flagrante a RIAN, o qual foi conduzido para Delegacia, onde foi autuado em flagrante. Informou, por fim, que, por atuar em outra delegacia de polícia, não tem conhecimento sobre a investigação que desencadeou a presente operação.*

As declarações dos policiais que atenderam a ocorrência têm valor relevante e merecem total credibilidade, uma vez que se trata de agente do Estado, no exercício de função pública, razão pela qual há que se presumir legítimo o relato por ele ofertado, mormente quando em consonância com as demais provas colhidas nos autos. A propósito:

*“Os testemunhos de policiais destacados para a realização de repressão criminal devem ser aceitos quando se prestam a dar conta da tarefa realizada, inexistindo motivo para que sejam considerados tendenciosos, sendo certo que somente podem ser rechaçados se comprovado que houve falseamento da verdade ou que estão em des0conformidade com o restante da prova” (TJSP – Apelação nº 1.364.617/5 Rel. Luiz Ganzerla).*

*“É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte (STJ - AgRg no Ag 158921/SP Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura Sexta Turma j. 10-5-2011).”*

A testemunha de defesa Paola Miranda de Freitas Marques *declarou que mora no local dos fatos desde seu*

*nascimento, sendo vizinha dos acusados. Relatou que frequentava o bar/mercearia de RIAN para comprar espetos de churrasco. Aduziu que ele estava há quatro ou cinco meses no bar e que ANDRÉ estava há cerca de dois ou três meses na barbearia. Narrou que seu irmão corta o cabelo com ANDRÉ. Por fim, descreveu que o terreno possui três casas separadas e com acessos diferentes, sendo que na casa de portão próximo ao da barbearia moravam três pessoas, mas não sabe dizer quem são, pois essas pessoas residem no imóvel há sete ou oito meses.*

A testemunha Ana Maria Pereira da Costa, também arrolada pela defesa, *declarou que conhece os acusados da mercearia e da barbearia, residindo no local há dez anos. Informou que são três casas que estão dentro do terreno e que RIAN tem a mercearia/bar no local há cerca de quatro ou cinco meses. Narrou que compra alimentos na mercearia e que nunca presenciou RIAN vendendo drogas ali. Disse que André tem a barbearia há dois ou três meses e que antes não havia comércio no local da barbearia. No mais, relatou que a Polícia Militar tentou abrir o portão da casa dos fundos com chave, entretanto não logrou êxito, sendo necessário o arrombamento. Contou que numa das casas moravam três homens, há cerca de sete ou oito meses.*

Em juízo, o réu André, *aduziu que trabalha como letreiro no período entre 07h e 17h, sendo que após esse horário trabalha na barbearia, até às 21h. Disse que no local averiguado pelos policiais existem três casas, sendo que mora*

*naquela que fica ao lado do bar, enquanto RIAN mora na casa do bar. Disse que alugou o imóvel há dois ou três meses e que não acompanhou a busca realizada pelos policiais em sua residência, pois ficou sentado na calçada com outros agentes. Por fim, informou que os policiais arrombaram a porta da residência onde havia mais drogas, dizendo acreditar que RIAN é usuário de drogas e que ele também faz uso de entorpecentes.*

Em juízo, o réu Rian Cleyton dos Santos informou que na data dos fatos estava na porta de sua residência e que no mesmo terreno tem três casas, as quais possuem acessos diferentes. Relatou que ANDRÉ mora na casa B e que a barbearia é na casa C. Narrou que a casa onde foi encontrada grande quantidade de drogas pertencia a três homens que vendiam laranjas, sendo que ele e seu irmão não foram autorizados a acompanhar a busca realizada pelos policiais. Disse que tem a mercearia/bar há cinco meses e que é usuário de drogas, mas estava em tratamento. Por fim, relatou que os policiais tentaram usar suas chaves e as de ANDRÉ para entrar na residência dos fundos, sem êxito. Por isso, arrombaram a porta. Referiu que depois de dois ou três meses morando no local dos fatos, o acusado ANDRÉ, que trabalha com pintura e barbearia, se mudou para uma das residências do terreno.

Ora, pela observância da prova colhida, pela forma e circunstâncias em que foi realizada a abordagem do réu e pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido (maconha e cocaína), é evidente a destinação para entrega a consumo de

terceiros.

Assim, a conduta do réu Rian se amolda perfeitamente ao delito capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas). Trata-se de tipo penal misto alternativo, que abrange, entre outras, a conduta de “ter em depósito” substância entorpecente, “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Insta consignar que para a configuração do crime de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, uma vez que o simples fato de, com essa finalidade, guardar, preparar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime de tráfico.

Nesse sentido, é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

*“(...) o fato do réu não ter sido preso em atos de traficância, por si só, pouco importa, afinal, o crime previsto no art. 33, 'caput', da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal, dentre eles, o verbo 'trazer consigo', sendo que a Lei Especial não exige que o agente esteja em atos de mercancia, até porque tipifica como crime a prática das condutas acima mencionadas ainda que gratuitamente” (...). (TJSP - Apelação nº*

0001686-11.2011.8.26.0400, Rel. Des. Airton Vieira, 3ª  
Câmara de Direito Criminal, j. em 10.10.2017)

Dessa forma, é de rigor a manutenção da condenação do réu, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Incogitável, também, a desclassificação do crime, sendo irrelevante o fato do apelante ser usuário de droga, condição que não é incompatível com a traficância, a qual é, inclusive, muitas vezes utilizada como meio de manutenção do alegado vício (TJSP, Apelação nº 01746-37.2012.8.26.050, Rel. Des. J. Martins, j. 15.08.2013).

Contudo, em relação ao delito inserto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, entende-se que não restou seguramente caracterizada a associação dos réus **Rian** e André, pois não restou comprovado que estivessem efetivamente *associados* para praticar, “*reiteradamente ou não*”, o delito de tráfico de drogas.

Na ilustre lição de Renato Marcão, para a configuração do tipo penal em apreço, “*Não basta, não é suficiente (...) a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável*”. É, ainda, “*necessário que se identifique, na societas criminis, o caráter permanente, que não se confunde com a mera coautoria*” (MARCÃO,

Renato. “TÓXICOS – Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de drogas”, anotada e interpretada, 9ª edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2014, p. 172).

Assim, à míngua de elementos suficientes a demonstrar tal *animus* associativo, é de rigor a absolvição dos acusados em relação ao delito previsto no artigo 35, da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, anteriormente decidi:

*APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas e associação para o tráfico – Autoria e materialidade delitiva comprovadas apenas em relação ao delito de tráfico de drogas – Associação para o tráfico não configurada – Absolvição que se faz necessária – Penas readequadas – Recursos defensivos parcialmente providos. (TJSP; Apelação Criminal 1500349-80.2020.8.26.0598; Relator (a): Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barra Bonita - 1ª Vara; Data do Julgamento: 24/03/2023; Data de Registro: 24/03/2023)*

Feitas essas considerações e mantida a condenação do acusado **Rian** pelo delito de **tráfico de drogas**, passa-

se à análise da dosimetria da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, em razão da natureza e quantidade das drogas e pelo crime ter sido cometido em plena pandemia. Neste ponto, merece reparo a r. sentença para se adotar o *quantum* inerente ao tipo penal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 e 59 e 68, ambos do Código Penal.

Conforme entendimento pacificado nas Cortes Superiores, não é possível, sob o mesmo fundamento – quantidade e natureza dos entorpecentes – elevar as penas nesta etapa da dosimetria e não aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, artigo 33, da Lei de Drogas, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, c.c. o artigo 59, do Código Penal.

A propósito já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito:

*“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. QUESTÃO PROBATÓRIA QUE DESBORDA DOS LIMITES DO MANDAMUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E DA QUALIDADE DA DROGA PARA AUMENTAR A PENA BASE E PARA DIMINUIR A SANÇÃO, NA FRAÇÃO MÍNIMA, COM FUNDAMENTO NO § 4º DO ART. 33*

*DA LEI DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. - Esta **Corte Superior de Justiça, secundando entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria da pena e também para afastar o benefício do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 ou escolher a menor fração de diminuição de pena admissível, ao argumento de que tal proceder caracteriza inadmissível bis in idem - dupla consideração do mesmo fato (qualidade e quantidade da droga) para fins de apenação.** 4. - Na hipótese, constata-se que o Tribunal estadual utilizou-se do mesmo fundamento - quantidade e qualidade da droga - para manter a pena-base acima do mínimo legal e reduzir a sanção na fração mínima e tal proceder, segundo a novel jurisprudência, por traduzir inegável bis in idem, é passível de correção, por meio de habeas corpus, a ser concedido de ofício. 5. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que Tribunal a quo proceda a nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em uma das etapas do cálculo da pena.” (STJ, HC nº 285136 SP 2013/0414486-4, Min. Rel. Walter de Almeida Guilherme, j. em 21.10.2014, grifo nosso)*

E como constou no Agravo em Recurso Especial nº 1.142.277-SP, julgado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

*“Verifico que o Tribunal de origem manteve a decisão que elevou a pena-base e deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena em razão da quantidade e da diversidade do entorpecente apreendido, o que caracteriza o vedado bis in idem.*

*Ocorre que este Tribunal Superior passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Habeas Corpus n. 109.193/MG e 112.776/MS, nos quais o Plenário consagrou a orientação de que a utilização da*

*quantidade e/ou quantidade da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível.*

*Acresça-se, ainda, que no julgamento do ARE nº 666.334/AM, sob o rito da repercussão geral o STF reafirmou que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena (relatoria do ministro Gilmar Mendes)”.*

Na segunda etapa da dosimetria, nada deve ser alterado.

Na terceira etapa da dosimetria, impossível a aplicação do redutor inserto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, a quantidade de drogas apreendidas constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da referida causa de diminuição de pena, entendimento este pacífico nesta Turma julgadora e no Egrégio Superior Tribunal de Justiça (TJSP, Apelação Criminal nº 0003422-06.2014, Rel. Des. Gilberto Ferreira da Cruz, j. em 12/05/2016; STJ, AgRg no REsp 1502698, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, j. em 29/06/2015).

Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº*

11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS. (I) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL FIXADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.* 2. *Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais.* 3. *A ausência de particularização dos artigos supostamente violados, inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula 284/STF.* 4. *Agravo regimental a que se nega*

*provimento” (STJ, Ag Rg no Agravo em Recurso Especial nº 628.686 MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 24/02/2015, pub. Em 02/03/2015). (grifos nossos)*

Portanto, a pena torna-se definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Em relação ao regime de cumprimento de pena, considerando o *quantum* da pena, as circunstâncias judiciais positivas e a primariedade do apelante, deve ser fixado o **regime inicial semiaberto**, que não se estende ao corréu por ser portador de maus antecedentes, com fundamento no artigo 33, §§ 3º e 2º, alínea “b”, do Código Penal, *in verbis*:

*“Art. 33- A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...)*

*§ 2º- As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*

*a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*

*b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*

*c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

*§ 3º- A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”*

Ainda nesse sentido, as Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal enunciam que a mera gravidade do crime não se revela argumento hígido a cancelar a imposição de regime mais gravoso que o estipulado aprioristicamente pela lei.

Da mesma forma, o regime mais severo que a quantidade de pena permitir é admissível tão somente nas hipóteses de motivação idônea, calcada, como dito, nas circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal:

*“Súmula 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”*

*“Súmula 719: A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige*

*motivação idônea.*

Conforme precedentes do Pretório Supremo Tribunal Federal, a gravidade abstrata ou hediondez não devem levar, por si sós, à adoção do regime prisional mais pesado, devendo justificar a decisão com base nas circunstâncias do caso concreto.

*“(...) Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.” (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27.06.2012)*

Ademais, referido tema foi consolidado em sede de repercussão geral:

*Tema 972- É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.” (ARE 1052700 RG, Relator(a): Min. EDSONFACHIN, julgado em 02.11.2017)*

Por fim, pelos mesmos fundamentos e

evidenciadas as peculiaridades do crime equiparado a hediondo, no caso concreto, não se impõe a substituição dessa pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que a culpabilidade exacerbada do apelante não autoriza essa benesse (cf. artigo 44, incisos I e III, do Código Penal).

Assim sendo, e nestes termos, rejeitadas as preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo para absolver o réu da infração contida no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantendo-se a condenação como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo.

**Ricardo Sale Júnior**  
Desembargador Relator