



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000330639

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1516012-73.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LIN XIAOZHE, WU CHANG HUI, ZHI LIN e PIKANG DONG, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), CRESCENTI ABDALLA E GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

FARTO SALLES
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO nº. 32.665

APELAÇÃO CRIMINAL nº. 1516012-73.2024.8.26.0228 (processo digital)

COMARCA: SÃO PAULO – 17ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL

APELANTES: LIN XIAOZHE, WU CHANG HUI, ZHI LIN e PIKANG DONG

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO VOLTADA À VIL MERCANCIA. Materialidade e autoria comprovadas. Negativas dos réus isoladas e inverossímeis, a par de contrariadas pelos seguros e coesos depoimentos dos policiais civis. Apreensão de grande quantidade de droga altamente nociva (quase dois quilogramas de “metanfetamina”) sob a guarda dos acusados). Quadro claramente incompatível com a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Tóxico. Vínculo associativo evidenciado pelo acervo probatório. Condenações mantidas. Pena-base do tráfico acima do piso em face de circunstância desfavorável representada pela considerável quantidade e natureza proeminentemente lesiva do tóxico apreendido exigindo reprovação mais severa, consoante artigo 42 da Lei nº. 11.343/06. Basilar atinente à associação espúria no mínimo legal. Concurso material de infrações. Quadro adverso desnudando dedicação dos apelantes à atividade criminosa e correlato óbice ao privilégio do mesmo modo colidente com a associação espúria e à substituição das corporais por

restritivas de direitos. Regime fechado único adequado ao crime de natureza hedionda, sem se ignorar a circunstância negativa reportada, a par do montante das sanções. Apelos improvidos.

VOTO DO RELATOR

Pela sentença a fls. 893/909, cujo relatório se adota, LIN XIAOZHE, WU CHANG HUI, ZHI LIN e PIKANG DONG, qualificado nos autos, foram condenados a cumprir, cada um deles, pena de nove (9) anos de reclusão em regime inicial fechado, com multa no importe de mil e trezentas (1.300) diárias, unidade no piso, como incursos nos artigos 33, *caput* e 35, ambos da Lei nº. 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal, vedada a interposição de recurso em liberdade, sendo as corrés *Joyce de Oliveira Solda* e *Giordanna Silva Alves de Sena* absolvidas de iguais imputações, consoante artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformados, apelam os réus e as Defesas (fls. 957, 959, 962, 965, 969 e 1.015), vindo as razões dos recursos a fls. 970/989 e 1.015/1.030. Sustentam as Defesas ser frágil o quadro probatório para lastrear a condenação diante de ambos os delitos, daí a absolvição pleiteada. Subsidiariamente, requerem a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas, a redução das penas-base, o reconhecimento do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, o abrandamento do regime prisional, observada a detração e a substituição das carcerárias por restritivas de direitos. LIN, WU e ZHI ainda arguem a inconstitucionalidade da pena de multa, bem como pleiteiam o direito de recorrer em liberdade e a isenção das custas processuais.

Regularmente processados os recursos,

apresentaram-se as contrarrazões a fls. 1.033/1.040, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo improvimento dos apelos (fls. 1.058/1.075).

É o relatório.

Observe-se, desde logo, estar prejudicada a análise da questão atinente ao cabimento do apelo em liberdade, tendo em vista o julgamento agora verificado, além do que justificada a manutenção das prisões preventivas ao se prolatar a sentença (fls. 907/908).

Ademais, verifica-se que os acusados permaneceram no cárcere durante toda a instrução processual, não sendo lógico ou racional colocá-lo em liberdade depois de condenados.

Não é demais lembrar que *“A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal”* (STF, HC 100595/SP, grifei).

Outros julgados da Suprema Corte não divergem (HC 103945/SP e HC 97883/MG).

Como assentou o Superior Tribunal de Justiça há pouco, *“Tendo o agravante permanecido preso durante todo o processo, não deve ser permitido o recurso em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dele depois da condenação em primeiro grau”* (STJ, AgRg no HC n. 742.659/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado **16-08-2022**).

6. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva” (STJ, HC 449692/CE, Relator Ministro JORGE MUSSI).

Acresça-se que a fundamentação pode ser sucinta e

simples, bastando a indicação de elemento constante dos autos apto a justificar a impossibilidade de se aguardar a solução do recurso em liberdade, algo bem delineado na hipótese, considerada a gravidade **concreta** dos fatos imputados aos recorrentes (*aqui considerada a posse de significativa quantidade de entorpecente apreendido, a par da associação estável voltada à traficância*), daí resultando a necessidade de manutenção da prisão antes do trânsito em julgado em prol da ordem pública, algo reforçado pela condenação em primeiro grau.

Superada a questão, infere-se que os recursos não vingam.

Narra a denúncia, resumidamente, que, entre março e julho de 2.024, ZHI LIN, LIN XIAOZHE, PIKANG DONG e WU CHANG, entre si e com outros indivíduos não identificados, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas.

Consta, mais, que, no dia 01 de julho de 2.024, os denunciados mantinham em depósito, para fins de tráfico, duas porções de *metanfetamina* pesando **1.935,40g**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 298/301).

Elaborado o breve escólio, anote-se que a vasta/extensa prova oral colhida será transcrita da sentença, porquanto não impugnados os conteúdos do interrogatório e dos depoimentos reportados no decisório, todos em consonância com as respectivas mídias.

No caso, ZHI LIN negou as acusações, alegando que *“chegou em São Paulo junto com sua namorada. A residência é do seu irmão, chegou em São Paulo e foi visitar o irmão LIN. Estava lá há dois dias na residência dele. Disse que estava dormindo quando o policial chegou. Não viu encontrarem as drogas. Não conhece os demais réus. Estava preso, pois descobriram droga em seu veículo (usava*

metanfetamina). Tem uma BMW. Tinha uma empresa de cosméticos no Paraíso. Está no Brasil há 16 anos” (fls. 896).

LIN XIAOZHE também infirmou as imputações, afirmando que *“não é traficante, tinha drogas para uso próprio. Disse que compra de 50 a 100g, mas naquele dia um homem negro veio e deixou 1kg para ele e disse que só iria pagar depois, conforme fosse consumindo. Não é verdade o registro de 2 mil pessoas ao apartamento por 90 dias. Disse que tem filho e esposa, empregada e a quantidade de movimentação é de vezes e não de pessoas (mesma pessoa acessou o apartamento cinco vezes, por exemplo). Disse que é influencer de produtos chineses. Trabalha na venda de sapatos e como procurador de produtos chineses. Seu irmão ZHI LIN estava na sua casa a dois ou três dias. É usuário de drogas pois trabalha à noite, e tem o fuso horário chinês. O irmão dele também é usuário, mas dessa vez voltou para São Paulo e não usou mais (metanfetamina). O PIKANG DONG é uma pessoa que mora precariamente, a esposa dele morreu, então permitiu que ele deixasse mala e documentos dele no apartamento, inclusive roupas e passaporte. Quando o policial os prendeu PIKANG não estava lá. WU CHANG antes era seu funcionário em importação e exportação. Não tem conhecimento das drogas com WU CHANG. Tem dois filhos, de 1 e 20 anos. O mais velho mora no Rio de Janeiro. Está no Brasil há 25 anos. Já trabalhou no Rio de Janeiro também e depois da pandemia veio para São Paulo. Tem uma filha com a Joyce. Além de seu filho ninguém mais morava com ele neste apartamento. Esse apartamento tem 3 dormitórios e uma sala e compartilhou com outra pessoa, que sempre viajava e praticamente ficava sozinho morando lá. Essa outra pessoa se chama Jin. Além disso, WU ficou por pouco tempo no local, vindo do Norte. Não conhece as pessoas referidas nos cartões apreendidos em sua casa. Nega ter pedido para alguma pessoa da China vir até aqui praticar atividades ilícitas” (fls. 897).*

WU CHANG HUI, por sua vez, “disse que não cometeu o crime. Disse que estava na residência dormindo quando os policiais chegaram. Estava no Estado do Norte, e veio a passeio, de férias. Era funcionário de LIN antes da pandemia. Estava no apartamento há mais ou menos 10 dias. Não conhece PIKANG DONG. Trabalha com negócios de peixe, de propriedade de outro chinês. Trabalhava na empresa do Rio de Janeiro de LIN, de importação e exportação. Ia embora do apartamento no dia 02/07. Não sabe se a porta do apartamento é blindada. Quando a polícia chegou estavam os três no apartamento” (fls. 897).

PIKANG DONG também negou os crimes, destacando que “é usuário de drogas. Estava com 400 g de metanfetamina, para uso próprio. Foi ao apartamento de LIN pegar documentos e roupas para se trocar. Não mora lá. Suas coisas estavam lá (uma mala de roupas e documentos). Mora na Rua São Joaquim, 820. É instalador/trabalha em obras, ganha aproximadamente R\$ 10 a 20 mil por mês se houver trabalho. O veículo Mercedes não é seu. Esse veículo pertence ao presidente da associação de Xangai. Estava dirigindo a Mercedes naquele dia para comprar materiais de decoração. Tem nacionalidade paraguaia, além da chinesa, mas já expirou. O cartão de crédito em nome de Leilei do Banco Bradesco e o cartão do Itaú de Mefei, não sabe dizer de quem são. Somente o LIN morava no apartamento. Explicou que já foi roubado na rua São Joaquim e por isso não deixa documentos e objetos pessoais lá, e por isso deixou com o LIN. Não conhecia os demais réus, os viu naquele dia apenas” (fls. 897/898).

Todavia, as versões exculpatórias, a par de inverossímeis, acabaram isoladas.

Com efeito, corroborando a acusação, contou o policial civil Fábio Hayashi que “houve uma ligação para a delegacia, de uma pessoa de etnia oriental, dizendo que teria sido contratada

para trabalhar aqui por um salário melhor do que recebia na China. Ele foi à delegacia e o chefe o recebeu e ele contou que se hospedou neste endereço e viu que o trabalho era distribuição de drogas. Dirigiram-se até o prédio, falaram com o pessoal da administração, e falou que morava um pessoal chinês neste apartamento e havia muito entra e sai diariamente. Num prazo de 90 dias a administração contou mais de 2 mil visitas a esse apartamento. Solicitado o mandado de busca e apreensão, em cumprimento encontraram dentro do apartamento, três indivíduos chineses e mais duas brasileiras. Lá havia diversos apetrechos para embalagem e manufaturamento do entorpecente e nesse interim chegou um senhor também chinês, e quando chegou na porta ele ficou assustado e um dos policiais o abordou e com ele tinha mais uma quantidade de entorpecente. Foi encontrada metanfetamina. Com o senhor tinha um saco com uma quantidade considerável de metanfetamina e no interior do apartamento tinha uma vasilha de tapaware com pó branco cristal, na cozinha, junto com a balança, maçarico, isqueiros, cachimbos. A comunicação foi difícil. Um dos chineses falava bem pouco e era egresso por tráfico no Rio de Janeiro. As duas brasileiras disseram que frequentavam o apartamento para usar droga e que eles fabricavam a metanfetamina lá, o cristal, e entregam por delivery de drogas. Foi encontrado dinheiro também, R\$ 1.600,00, com o senhor que chegou depois. Também foi apreendido um veículo. Esclareceu que a porta é blindada, eles conversavam lá dentro mas não abriam a porta, e diante da negativa dos ocupantes dos apartamentos, quase 1 hora depois, foi solicitado o arrombamento da porta para terem acesso ao apartamento onde em seu interior depararam com cinco dos indiciados sendo 3 de nacionalidade chinesa e duas brasileiras sendo eles: ZHI LI; WU CHANG HUI; LIN ZIAOZHE; JOYCE DE OLIVEIRA SOLDA e GIODANNA SILVA ALVES DE SENA, onde em revista no local depararam mais precisamente na cozinha do apartamento localizaram

diversos apetrechos usados para o fabrico e manuseio de entorpecentes bem como um pote de plástico contendo pó cristal aparentando ser metanfetamina, cachimbos de vidro; balanças de precisão e isqueiros. Neste momento ali apareceu também o autuado PIKANG DONG, o qual ao aparecer no hall do andar foi abordado e revistado e na sua posse foi localizado um saco de plástico contendo o mesmo pó cristal aparentando ser metanfetamina, bem como a chave do veículo de placas FZH-6688/SP, MERCEDES” (fls. 899/900).

Em idêntico sentir, informou a Delegada de Polícia Tatiana Grutilla Mouriño que “receberam ligação de um cidadão de etnia chinesa e foi conversar com o chefe dos investigadores (Cleo) e lhes contou que estava morando na China e recebeu um convite para ir trabalhar. A princípio seria um trabalho lícito em uma empresa. Quando chegou percebeu que foi ludibriado e viu uma movimentação e se tratava de venda de drogas. Iniciou a investigação e descobriram que no edifício residencial funcionava um serviço de delivery de drogas, acabaram pedindo para a administradora do condomínio a ficha das pessoas que tinham acesso e percebeu que em 90 dias houve 2197 eventos ou acessos, um número muito alto para um condomínio residencial. Ficaram sabendo que eles desciam várias vezes por dia, um entra e sai muito atípico. Eles desciam com pacote e subiam sem nada. Ficaram sabendo que os proprietários da unidade eram três chineses. Uma das pessoas já tinha passagem pelo tráfico de drogas, por metanfetamina (ICE), uma droga muito utilizada pelos jovens asiáticos. O de alcunha Bruce (LIN XIAOHE) já possuía uma investigação em andamento” (fls. 900).

Os também policiais civis Ravi Neiva de Menezes, André Luiz de Souza Bom e Cléo Rodrigues confirmaram a apreensão da droga na residência onde estavam os acusados, destacando o terceiro depoente (Cléo) que “foi até o prédio e falou com o chefe da segurança que confirmou sobre a intensa movimentação no

apartamento. Solicitou a lista de visitas. Falou da Mercedes que ia esporadicamente ao local. Fizeram um e-mail e veio a resposta com um movimento muito grande de visitas. O tempo de visita era muita gente subindo em um tempo muito curto, coisa de 10 minutos, ficando claro o comércio de entorpecentes. [...] A denúncia ocorreu cerca de uns 20 dias antes do cumprimento do mandado. Acredita que foram mais de mil pessoas no apartamento em 90 dias. O apartamento tinha aspecto de bastante sujo” (fls. 900/901).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando animosidade ou intenção deliberada de prejudicar o recorrente, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de versão trazida por policial.

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha agente de segurança pública não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais n.ºs. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI e 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), sendo tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC n.º 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal n.º 993.08.018758-4).

Diante do quadro esmiuçado, evidente que as provas colhidas corroboram a acusação, ficando claro o efetivo envolvimento dos quatro apelantes com o vil comércio, a par de nítida a associação formada pelo quarteto e outros indivíduos não identificados.

Para além das seguras e coesas palavras dos policiais — que, como soa até mesmo óbvio, não teriam motivos para mentir —, o próprio teor da investigação denota a intensa traficância desenvolvida no local dos fatos, ainda mais diante do absurdo e

intenso fluxo de pessoas que “visitavam” a central de distribuição de tóxicos (**cerca de mil pessoas ao longo de 90 dias!!!**).

Pontue-se que a exacerbada quantidade e forma de acondicionamento do entorpecente apreendido (**quase 2kg de metanfetamina**), a par das circunstâncias da abordagem, reforçam o vil comércio desempenhado pelos recorrentes, então associados com o intuito de potencializar ou facilitar o sucesso da traficância.

Cumprе ponderar que eventual condição de usuário de drogas não traduz causa impeditiva para a traficância, ainda mais quando se trata da apreensão de tamanha quantidade de droga sintética de altíssimo potencial viciante e acentuada nocividade à saúde pública, sendo certo que já o uso de pequena parte da substância seria suficiente para ocasionar acentuada diminuição do rendimento psicomotor e depressão grave ou até mesmo a morte, detalhes a corroborar o espúrio comércio e, como correlato, afastar a possibilidade de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Tóxico.

Nesse teor, RT's 714/357 e 776/663, bem como Apelação Criminal apreciada por esta Corte sob o nº. 993.08.018758-4, cabendo consignar que a alegação de usuário ou de “*viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (RJTJESP 101/498).

Outrossim, “*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstância que cercam o agente envolvido*” (RT 729/542).

Cite-se, aqui, lição de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO segundo a qual, “*em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio,*

exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo” (“Prova Penal”, 2ª ed., RT, 2004, item 5, pág. 96).

Noutras palavras, prescindível a prova efetiva e direta de qualquer ato de comércio clandestino de droga (*algo que se menciona apenas a título argumentativo, uma vez que **se verificou a intensa e típica movimentação de usuários no local dos fatos — cerca de 1.000 em 90 dias***), bastando o conjunto de indícios e presunções que, saliente-se, são claros e convergem contra o acusado, não podendo o juiz desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*) ou seja, a ordem normal das coisas, representando aquelas o conhecimento adquirido pela prática e observação do cotidiano, conforme preceituam a doutrina e a jurisprudência (JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. PAULO BROSSARD, RTJ, 149/521; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654).

“3. A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p.

161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009” (STF, HC 97.781/PR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, redator do Acórdão Ministro LUIZ FUX).

Indubitável, igualmente, a associação entre os apelantes, nitidamente envolvidos em atividade criminosa, algo colidente com o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxico.

A propósito, consigne-se que foi apreendida enorme quantidade de *metanfetamina* no apartamento, sendo certo que as investigações davam conta da prática do comércio espúrio desde março de 2.024, com a intensa movimentação de pessoas a indicar a perene dedicação a atividade ilícita, isso sem se desprezar a divisão de tarefas voltada ao sucesso da comercialização proscria (*com indicação, inclusive, de que os réus intentavam “trazer” outro indivíduo da China para os auxiliar na traficância*).

Registre-se, ainda, que somente pessoa profundamente enfronhada no “mundo do crime” poderia conseguir tamanho volume de droga de difícil obtenção e bem restrita no mercado, situação do mesmo modo incondizente com o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, a par de tal circunstância desnudar dolo exacerbado (STF, RHC 94.806/PR; STJ, HC 105.216/SP e HC 141.921/SP; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

Não bastasse, os réus não comprovaram exercer função lícita de forma satisfatória, circunstância a corroborar o crime sob análise, chegando-se à segura conclusão de que obtinham o

sustento da dedicação à “traficância”.

Sob vértice diverso, sabe-se que o tipo penal previsto no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 pressupõe a reunião de propósitos voltada ao tráfico, não sendo a estabilidade elemento de sua qualificação, porquanto, expressamente, fala-se em prática reiterada ou não dos crimes ali reportados (*faz-se tal observação apenas a título argumentativo, porquanto a narrativa dos policiais civis deixam nítida a prática continuada do comércio espúrio pelos réus durante algum tempo*).

A simples associação isolada com união de forças já bastaria para delinear o crime em foco, lembrando que “O art. 35 da atual lei reproduz integralmente a conduta que era prevista no art. 14 da lei antiga, que continuou sendo chamada de associação ao tráfico, exigindo inclusive que a conduta tenha o fim de reiteradamente ou não praticar os crimes definidos no art. 33, **caput** e § 1º, tendo apenas alterado a pena de multa, que foi aumentada, acrescentando o parágrafo único” (VICENTE GRECO FILHO e JOÃO DANIEL ROSSI, “Lei de Drogas Anotada”, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 35, pág. 119, grifei).

“Pouco importa, dessa forma, se os agentes desejam ou não a prática reiterada do crime de tráfico, bastando a associação para a prática de um único crime” (ROBERTO MENDES DE FREITAS JÚNIOR, Drogas, 1ª ed., J. Oliveira, 2006, item 6, pág. 74).

Conclui-se, então, em verdade, que os apelantes estavam “ligados” por um **animus associativo** (ou ajuste prévio) objetivando a prática, reiterada ou não, do crime de tráfico, daí a infração penal prevista no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06.

Assim, demonstrada a materialidade, a par de apurada a autoria dos crimes à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base diante de cada acusado um quinto (1/5) acima do mínimo legal,

a atingir seis (6) anos de reclusão, mais seiscentos (600) dias-multa.

Ao reverso do sustentado pela Defesa, incensurável o incremento porque a quantidade e a natureza bastante lesiva e proeminente poder viciante do tóxico apreendido (*metanfetamina*) desnudam dolo exacerbado a exigir reprovação mais severa, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06, a par de a situação possibilitar ao traficante atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias.

Também não se pode ignorar o enorme número de usuários que compareciam ao local para adquirir entorpecentes, situação a indicar proeminente atividade espúria.

Sobre o tema já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça ao assentar que *“O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base**, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida – 13 (treze) pedras de 'crack' – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3”* (STJ, HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, grifei e destaquei).

*“Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, **a natureza e a quantidade da substância entorpecente**, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06”* (STJ, AgRg no HC 244370/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, grifei).

Pronunciamentos da Suprema Corte reforçam a sensatez do raciocínio, realçando-se que, *“1. Consoante a inteligência*

do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga apreendida, entre outros aspectos, devem ser sopesadas no cálculo da pena” (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado 04-8-2015, grifei).

Arestos diversos também merecem destaques, anotando-se que *“a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal”* (STF, RHC 122.598, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, sem grifo no original), enquanto o *“próprio artigo 42 da lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da natureza da droga”* (STF, RHC 117.489/MS, Relatora Ministra ROSA WEBER, grifou-se).

Como é óbvio, não se pode equiparar a situação dos recorrentes à do traficante pilhado na posse de droga em quantidade mais módica e dotada de menor potencial lesivo (como, *v.g.*, a maconha), sob pena de desprezo aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e individualização.

Quanto à associação para o tráfico, a pena ficou estabelecida no piso de três (3) anos de reclusão, mais setecentos (700) dias-multa.

Ausentes outras causas modificativas, em face do concurso material de infrações, somaram-se as reprimendas, chegando-se ao patamar definitivo de **nove (9) anos de reclusão, mais mil e trezentos (1.300) dias-multa**, unidade no piso, no que tange a cada réu.

Como se adiantou, descabe a causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, cabendo ponderar que a benesse se afigura incompatível com a associação espúria, na hipótese denotando dedicação a atividade criminosa e

integração a organização de tal natureza.

Despropositadas a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos e a concessão de *sursis*, providências nitidamente inadequadas à repressão e prevenção dos delitos, representando qualquer delas incentivo à criminalidade, a par das corporais impostas (superiores a quatro anos de reclusão), circunstâncias adversas (quantidade e acentuada lesividade do tóxico) igualmente incondizentes com os benefícios (artigos 44, incisos I e III, 77, *caput* e inciso II, ambos do Código Penal).

De resto, estipulou-se o **regime fechado** para início de cumprimento das corporais, único adequado ao crime de natureza hedionda, sendo certo que as circunstâncias negativas antes reportadas (quantidade e acentuada lesividade do tóxico) também se mostram inconciliáveis com retiro menos severo, além do que o montante das privativas de liberdade (superiores a oito anos de reclusão) justifica, por si só, o tratamento carcerário imposto na sentença (artigos 33, § 2º, “a” e § 3º e 59, ambos do Código Penal, combinados com o artigo 42 da Lei de Tóxico).

Impossível se cogitar de mitigação do tratamento carcerário com fulcro no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão aprofundada no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado, consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execução Penal, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei nº. 12.736/12.

Assevere-se que, para a progressão de regime, necessária, ainda, a presença do requisito subjetivo, cuja apreciação deve ocorrer no momento executório, sendo a matéria atrelada ao merecimento do preso nitidamente estranha à fase cognitiva.

Além disso, com a expedição das guias de

recolhimento provisórias, permitiu-se a pronta análise, pelo juiz competente, de benefícios atrelados à execução do julgado, sem se deparar com prejuízo aos condenados.

Aresto do Superior Tribunal de Justiça corrobora o posicionamento, pontuando-se que *“a decisão do Tribunal de origem se coaduna com o entendimento desta Corte de que **a detração, já que não aplicada pelo Juiz sentenciante, deverá ser pleiteada e analisada pelo Juízo de execuções**, porquanto este tem, de fato, mais elementos para avaliar a possibilidade de o recorrente iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, considerando o tempo de prisão cautelar.”* (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1653604/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado 24-09-2019, grifei e destaquei).

Ademais, *“quando da prolação do acórdão ora impugnado, mostrava-se irrelevante a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional mais grave foi estabelecido em virtude da valoração negativa de circunstância judicial. Repita-se: **a existência de moduladora desfavorável autoriza a fixação do regime mais grave que o indicado pela quantidade de pena estabelecida no decreto condenatório, como se deu no caso. Logo, indiferente seria eventual detração penal.**”* (STJ, AgRg no HC 561.176/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado 03-03-2020, sem grifo ou destaque no original).

Afasta-se, outrossim, a tese de inconstitucionalidade da pena de multa, ponderando-se que a expressividade do montante cominado no preceito secundário do artigo 33 da Lei de Tóxico decorre do próprio rigor estabelecido pelo Constituinte originário pátrio diante do tráfico (artigo 5º, XLIII), justamente em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Neste passo, quis o legislador atingir mais seriamente o patrimônio do traficante, cuja atividade movimenta

vultosas somas de dinheiro, de forma obviamente proporcional à privativa de liberdade imposta e, portanto, à gravidade concreta da infração penal praticada ante a necessidade da perfeita individualização da pena (cf. Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, *Lei de Drogas Anotada*, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 33, item 9, pág. 90; Renato Marcão, *Tóxicos*, 4ª ed., Saraiva, 2007, págs. 136-7).

Aliás, justamente por isso, a desgastada tese constantemente invocada ao léu pela Defensoria não encontrou mínimo eco na jurisprudência nestes mais de 18 anos da edição da Lei de Tóxico.

Trata-se, ademais, de entendimento há pouco consolidado pela Suprema Corte em recurso representativo da controvérsia em matéria de repercussão geral (*RE 1347158, Relator Ministro LUIZ FUX*), consoante enunciado do **Tema 1.178**: “*A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena*”.

De outra banda, tem-se orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser inviável a “*isenção da pena de multa imposta ao acusado, sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que tal pleito não possui previsão no ordenamento jurídico*” (STJ, HC 295958/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, grifou-se).

Em arremate, quanto à isenção das custas processuais, consoante artigo 4º, § 9º, “a”, da Lei Estadual nº. 11.608/03, o recolhimento da taxa judiciária nas ações penais será feito em primeiro grau de jurisdição, pelo réu condenado.

Lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE não destoa, preconizando-se estar “[...] *as custas a cargo do vencido. A sentença ou o acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso,*

condenará nas custas o vencido, diz o artigo 804. Sendo dois ou mais os réus condenados, a satisfação das custas deve ser efetuada por rateio (pro rata). Não sendo satisfeitas no processo penal as custas pelo condenado, ficará sujeito ele à cobrança judicial pelas vias próprias. A pobreza do condenado não impede a condenação nas custas, pois a exequibilidade ou não da sua cobrança é matéria de execução e nesta deve ser considerada” (Processo Penal, 17ª ed., Atlas, 2005, pág. 823, nº 21.3.1).

E o artigo 98 do Novo Código de Processo Civil dispõe que a assistência judiciária compreende a isenção do pagamento das taxas judiciárias. No entanto, o § 3º do verbete em destaque autoriza a suspensão da exigibilidade das custas, as quais *“somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.*

Noutros termos, o beneficiário da justiça gratuita não se vê isento das verbas de sucumbência, mas tem em seu favor a suspensão do pagamento enquanto durar a situação de pobreza, pelo prazo máximo de cinco anos, findo o qual estará prejudicada a obrigação.

Como a situação de hipossuficiência do criminoso pode se alterar a qualquer instante, o momento processual adequado para se aferir eventual miserabilidade deve coincidir com a execução do julgado (STJ, REsp nº 743.149/MG; REsp nº 715.914/MG; REsp nº 400.682/MG; AgRg no REsp nº 364.021/DF; REsp nº 263.021/MG).

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS**, mantendo a sentença impugnada.

Comunique-se.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FARTO SALLES

Relator

(Assinatura Eletrônica)