



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000341870

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501423-19.2024.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes DIOGO PEREIRA PINTO e ALYSSON APARECIDO CARDOSO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Rejeitadas as preliminares, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena de Alysson Aparecido Cardoso da Silva para 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U."**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ROBERTO SOLIMENE E LAERTE MARRONE.

São Paulo, 7 de abril de 2025

ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal nº 1501423-19.2024.8.26.0344

Apelantes: **Alysson Aparecido Cardoso da Silva e Diogo Pereira Pinto**

Apelada: **Justiça Pública**

2ª Vara Criminal da Comarca de Marília

MM. Juiz de Direito Dr. Paulo Gustavo Ferrari

Voto nº 9.531

Tráfico de Drogas – Preliminares de abordagem ilegal e de violação de domicílio afastadas – Agentes que, ao visualizarem a presença policial, adotaram postura evasiva justificando a abordagem – Apreensão de caderno contendo anotações de tráfico, que justificavam a incursão na residência onde as drogas foram apreendidas – Ação policial legítima – Condenação bem decretada – Testemunhas de acusação que apontam, com segurança, para a prática do tráfico de drogas – Quantidade de substância estupefaciente e de dinheiro apreendidos que confirmam a traficância – Condenação mantida – Dosimetria – Reconhecimento da atenuante da confissão em relação a Alysson – Inteligência da Súmula 545 do STJ – Tráfico privilegiado corretamente afastado em razão da quantidade e variedade de drogas e da reincidência, indicativas da dedicação dos réus à atividade criminosa — Regime fechado necessário – Preliminares rejeitadas e recurso parcialmente provido para reduzir a pena de Alysson.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa contra a r. sentença de fls. 759/769, que julgou parcialmente procedente a ação e, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, condenou **Diogo Pereira Pinto** à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, e **Alysson Aparecido Cardoso da Silva**, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, de valor unitário mínimo, absolvendo-os da imputação de associação para o tráfico por falta de provas, sendo negado o apelo em liberdade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A defesa de ambos os apelantes à época da interposição do recurso recorreu alegando a ausência de fundada suspeita para a busca pessoal e a ocorrência de violação de domicílio, e, por conseguinte, busca a absolvição por falta de provas (fls. 790/822).

O advogado que manejou o mencionado apelo apresentou substabelecimento sem reserva de iguais poderes com relação ao corréu Diogo (fls. 836), cujo novo causídico “complementou as razões de apelação” a fls. 838/844.

Regularmente processado o apelo, vieram as contrarrazões (fls. 849/862), após o que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 928/934).

Importante consignar que a Defesa de Diogo se manifestou em oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Diogo Pereira Pinto e Alysson Aparecido Cardoso da Silva foram denunciados como incurso no artigo 33, *caput*, em concurso material com o artigo 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, porquanto, em 19 de fevereiro de 2024, por volta de 10h30, na Rua Francisca de Olivera, nº 354, Cidade e Comarca de Marília/SP, após se associarem para o fim de praticarem o crime de tráfico de drogas, guardavam, para consumo alheio, 47 porções de maconha (185,8g), 1 pote com maconha (72,63g), 83 porções de crack (29,38g), 195 porções de maconha (928,16g) e 266 microtubos de cocaína (73,15g), substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após regular instrução, sobreveio r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal, pelo que, irresignadas, as defesas apelaram nos termos acima consignados.

E, antes mesmo de proceder à análise do recurso interposto, cumpre assinalar que o arrazoadado de fls. 838/844 sequer merece ser conhecido, não só por absoluta ausência de previsão legal (a lei processual não prevê a possibilidade de “complementar razões de apelações”), mas também porque, com a interposição primeva, operou-se a preclusão consumativa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:
“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. NULIDADE. RAZÕES COMPLEMENTARES DE APELAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. SUFICIÊNCIA DA PROVA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. GRAVIDADE DO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A interposição de dois ou mais recursos, pela mesma parte e contra a mesma decisão ou acórdão, sob o argumento de "aditamento às razões do recurso", impede o conhecimento daquele que foi apresentado após o primeiro recurso, tendo em vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade recursal. 2. As instâncias ordinárias reconheceram a materialidade do crime de extorsão com lastro nas provas dos autos, submetida ao contraditório. 3. Para afastar a condenação imposta pela Corte de origem, a fim de absolver o réu ou, ainda, desclassificar o crime de extorsão para a forma tentada, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado nesta esfera, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. O crime praticado mediante o emprego de violência ou de grave ameaça, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp n. 1.241.836/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 9/6/2021.).

Dito isso, na análise dos argumentos trazidos no recurso de fls. 790/822, impõe-se, inicialmente, afastar as preliminares de nulidade arguidas pela combativa defesa.

De imediato, anote-se que os agentes de segurança afirmaram que já se dirigiram ao local dos fatos munidos de informação de que, naquela oportunidade, estaria ocorrendo um “acerto” referente ao tráfico de drogas, sendo que, ao chegarem ao lugar indicado, depararam-se com os réus.

Eles, que demonstraram nervosismo diante da presença policial, tentaram adentrar a residência indicada na denúncia anônima, circunstâncias que,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inequivocamente, reforçavam a suspeita sobre eles e evidenciavam a existência de justa causa para a abordagem e revista pessoal de ambos os acusados, nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal.

Outro não é o entendimento, *mutatis mutandis*, do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. BUSCAS PESSOAL E VEICULAR. ARTS. 240, § 2º, E 244 DO CPP. FUNDADA SUSPEITA. JUSTA CAUSA. LEGALIDADE DA MEDIDA. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Não há que se falar em inobservância do disposto nos arts. 240, § 2º, e 244 do CPP, pois as buscas realizadas pelos agentes policiais se deram em vista de fundadas suspeitas de prática delitiva, sobretudo pelos elementos que envolviam a própria conduta do corréu, que buscou, ativamente, esquivar-se da equipe policial, acelerando o veículo, ignorando ordem de parada, em clara tentativa de fuga. 2. Verificada justa causa para a realização da abordagem policial, tomando-se como base o quadro fático delineado pelas instâncias antecedentes, alcançar conclusão em sentido diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via do habeas corpus. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (HC 230232 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 02-10-2023).

No mesmo sentido:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ENTRADA FRANQUEADA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Na esteira do decidido em repercussão geral pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, para a adoção da medida de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em fundadas razões as quais indiquem a situação de flagrante delito no imóvel. 2. Hipótese em que o paciente apresentou atitude evasiva ao ver a guarnição, de modo que os

agentes o abordaram, porém, nada de ilícito foi encontrado. Durante a abordagem, o acusado se mostrou confuso e apreensivo, informando ter passagem criminal e que não se lembrava dos seus dados pessoais, de forma que conduziu os agentes até sua residência para apresentar documento de identificação. No local, o réu autorizou o ingresso dos policiais e lhes apresentou sua carteira nacional de habilitação, momento em que os agentes sentiram forte cheiro de substância entorpecente e lograram em apreender 1 tijolo de crack junto com uma balança de precisão num armário do imóvel. 3. Portanto, devidamente autorizado o ingresso no imóvel, não se verifica ilegalidade das provas pela violação de domicílio, sendo certo que desconstituir tal fundamento, pelo suposto vício no consentimento, demandaria reexame do conteúdo fático e probatório, inviável em sede de habeas corpus. 4. Agravo regimental não provido” (AgRg no HC n. 851.758/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.).

Com relação à alegação de afronta ao direito constitucional da inviolabilidade do domicílio, melhor sorte não assiste à defesa.

Como já dito, os policiais, após receberem denúncia anônima de que no imóvel do local dos fatos estaria ocorrendo o acerto de drogas, para lá se dirigiram, podendo abordar, de pronto, Alysso e Diogo, sendo que, na posse deste último, foi apreendido um caderno contendo anotações típicas de contabilidade do tráfico.

Não fosse isso, Alysso de pronto admitiu ser o proprietário da residência, confessando que em seu interior havia diversos entorpecentes e materiais para embalo das drogas.

Tem-se, portanto, que os policiais civis tinham a certeza de que na residência de Alysso estava em curso delito de natureza permanente, portanto em situação flagrancial, com o que estavam plenamente autorizados a adentrar o imóvel, ainda que desprovidos de mandado ou de autorização do morador, isso porque o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, estabelece que a hipótese de flagrante delito é exceção à chamada inviolabilidade de domicílio.

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

repercussão geral, o seguinte:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso” (RE n.º 603.616/Tema 280/STF).

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

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

Os réus foram detidos na frente da residência de Alysson, indicado como local em que ocorreria um “acerto” do tráfico de drogas, sendo apreendido um caderno com Diogo, no qual continha anotações do tráfico, circunstâncias bastante sintomáticas e que invertem o ônus da prova, impondo-lhes justificativas plausíveis para tanto.

No entanto, enquanto Alysson confessou a traficância, Diogo ofertou negativa bastante superficial, dizendo estar no local apenas para “fumar um baseado” com Alysson.

Embora não se possa negar que a confissão de Alysson se constitui em prova plena de sua autoria, já que nada há nos autos a evidenciar que a sua admissão de culpa seja viciada, verdade é que a tentativa de Diogo de se livrar da acusação de tráfico, endossada por Alysson, além de desprovida de qualquer fidedignidade, não se sustenta em qualquer elemento de prova produzido por aqui.

Nesse contexto, vale lembrar que a versão apresentada pelos réus para tentar inocentar Diogo diverge daquela prestada por ele próprio na fase policial (fls. 15/16), onde, assistido por advogado, afirmou que, após ouvir um barulho de tiro, Alysson lhe entregara um caderno e uma caneta, afirmação que evidentemente destoa da explicação dada em juízo, segundo a qual o mencionado caderno simplesmente estaria ao lado de Diogo numa cama.

Ainda que assim não fosse, a prova oral a tudo esclareceu.

Ouvidos em juízo, os Policiais Cíveis relataram que receberam

informação de que estaria ocorrendo um “acerto” de tráfico de drogas, sendo indicado um local onde isso aconteceria. Aproximaram-se do local e ali visualizaram os réus, que ao perceberem a presença policial, tentaram entrar na residência em frente à qual estavam. Eles foram abordados e, na posse de Diogo, foi encontrado um caderno com uma caneta vermelha, onde havia anotações de tráfico de drogas. Com Alisson, foi encontrada a quantia de R\$ 135,00. Ele disse que morava no barraco em questão, relatando que ali haveria drogas. Foram encontradas 47 porções de maconha, dinheiro e um pote de Nutella com mais entorpecentes. Indagado se havia mais entorpecentes, Alisson disse que numa moita próximo à casa dele haveria mais drogas e petrechos para embalo de entorpecentes. Alisson admitiu a posse das drogas e disse que Diogo estaria ali só para fumar um baseado. Conduziram ambos à Delegacia porque Diogo tinha o caderno com as anotações do tráfico.

Os depoimentos dos policiais, é bom frisar, são dignos de fé, pois nada há nos autos a desmerecer a seriedade e lisura do trabalho por eles desenvolvido.

Nessa esteira, os Tribunais Superiores já decidiram que “o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello) e que “...Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade” (HC 436.168/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

Por outro lado, os relatos das testemunhas arroladas pelas defesas se apresentaram de pouca valia para a elucidação dos fatos, pois se são pessoas conhecidas dos réus, detendo interesse na absolvição deles, e também porque nenhuma delas acompanhou a ação policial dentro da casa de Alysson.

Vê-se, portanto, que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal de ambos os Apelantes pelo tráfico de drogas, pois, repita-se, os policiais foram enfáticos em afirmar que, enquanto Alysson era dono da residência e admitiu o tráfico de drogas, Diogo foi



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

detido na posse do caderno de anotações da contabilidade do comércio nefasto.

O fato de os escritos de tal caderno terem a menção ao nome de Alysson e de serem de aparente autoria deste não afasta, por si só, a responsabilidade de Diogo pelo tráfico, sobretudo porque tal objeto foi apreendido na posse de Diogo, cuja posse justifica e corrobora o conteúdo da denúncia anônima recebida pelos investigadores, de que estaria ocorrendo uma “prestação de contas” referente ao tráfico de drogas.

Tudo isso, somado aos fatos de que (a) a explicação dada por Diogo diverge completamente daquela versão dada na fase policial, quando, repita-se, estava acompanhado do mesmo advogado que o defendeu em juízo; e (b) Diogo já tem envolvimento pretérito por tráfico de drogas, não deixam dúvidas acerca do envolvimento do mencionado réu no delito escrito na inicial.

No mais, anote-se que a significativa quantidade e variedade de entorpecentes, bem como a presença de inúmeros objetos utilizados no embalagem individual das drogas, evidenciam o inequívoco dolo de tráfico, impossibilitando a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Drogas.

Assim, provadas a autoria pela prova oral e também havendo prova plena da materialidade delitiva pelo laudo químico-toxicológico de fls. 308/313, irretocável o desate condenatório a que procedeu o juízo *a quo*, que deve ser integralmente mantido.

É bom frisar, ainda, que o fato de os réus não serem surpreendidos em pleno ato de venda de droga não enfraquece a prova e não impede a condenação, pois o comportamento deles em guardar o entorpecente com finalidade mercantil é suficiente para tipificar o crime do artigo 33 da lei nº 11.343/06.

Consoante já decidido:

“A expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, normalmente, é suficiente para configurar o injusto previsto no art. 12 da Lei de Drogas, somente afastado quando o elemento ‘para exclusivo uso próprio’ encontra relevante respaldo na prova dos autos. O tipo previsto no art. 12 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se o tipo subjetivo no dolo.” (REsp 347.909/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 04/03/2002, p. 290).

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. REVOLVIMENTO DE CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. DELITO PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO E DE IGREJA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Ademais, é firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive trazer consigo, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. Precedentes (...)” (AgRg no AREsp 1846368/SP – 5ª Turma do STJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 18/5/2021 – DJE: 24/5/2021).

Mantidas, pois, as condenações dos apelantes como incursos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, impõe-se, agora, analisar as penas fixadas.

Bem sopesados os elementos norteadores do artigo 42, da Lei nº 11.344/06, tem-se que a pena-base de Alysson foi fixada no mínimo legal, inexistindo margem para reparos; quanto a Diogo, a sua reprimenda inaugural foi acertadamente estabelecida 1/6 acima do piso diante dos seus maus antecedentes (processo nº 0003293-33.2018.8.26.0344 – trânsito em julgado em 21/3/2012 – fls. 222/223 e processo nº 0028365-85.2012.8.26.0344 – trânsito em julgado em 7/11/2013 – fls. 224/225).

Na segunda fase, diante da reincidência de Diogo (processo nº 0009927-69.2016.8.26.0344 – trânsito em julgado em 3/7/2017 – fl. 223), irretocável o aumento de mais 1/6 à sua pena.

Quanto a Alysson, respeitado o entendimento do juízo *a quo*, entendendo deva incidir, nos termos da Súmula 545 do STJ, a atenuante da confissão, já que, no que se refere à sua própria admissão de culpa, ela se deu de maneira integral.

Assim, compenso a mencionada atenuante pela agravante da reincidência (processo nº 0001448-32.2020.8.26.0344 – trânsito em julgado em 23/10/2019), restando a pena de Alysson inalterada nesta etapa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Corretamente afastada a incidência do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, porque, como bem salientado pelo juízo *a quo*, a quantidade e variedade de entorpecentes, somadas à presença de petrechos destinados ao preparo da droga não deixam dúvidas acerca da profunda dedicação de todos os réus à prática criminosa.

Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INOVAÇÃO RECURSAL NÃO CONHECIDA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL TIPO POR VIOLADO, QUANTO A UMA DAS TESES RECURSAIS. SÚMULA 284/STF. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NOS DOIS DELITOS, PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DA TRANSNACIONALIDADE, TAMBÉM NOS DOIS CRIMES. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. INFRAÇÕES DISTINTAS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (...) 4. É permitido valorar a natureza e a quantidade da droga negativamente na primeira-fase da dosimetria dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sem que isto configure bis in idem. (...) 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido” (AgRg no REsp 1675656/RS – 5ª Turma do STJ – Rel. Min. Ribeiro Dantas – j. 09/3/2021).

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. TESE NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADA PELO TRIBUNAL LOCAL. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. CREDIBILIDADE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE VERTICALIZAÇÃO DA PROVA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. IDONEIDADE PARA EXASPERAR A PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM ENTRE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. PEDIDO

DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE AO PACIENTE LEANDRO. PRETENSÃO RECHAÇADA PELA INSTÂNCIA A QUO. ALTERAÇÃO A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL QUE O PACIENTE EXERCIA A TRAFICÂNCIA DE FORMA HABITUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) VIII - Quanto ao pedido de incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, frise-se que, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. In casu, há fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na quantidade, na diversidade e na natureza da droga apreendida, ou seja: 48 g de cocaína; 35,5 g de crack; e 155 g de maconha. Assim, a Corte originária se convenceu de que os pacientes se dedicavam, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficantes ocasionais. Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Nesse sentido: HC n. 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/2/2017; e HC n. 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC 627596/SP – 5ª Turma do STJ – Rel. Min. Felix Fischer – j. 02/3/2021).

Não fosse por isso, o privilégio também se mostra incabível em razão da reincidência de ambos os réus, haja vista que a benesse do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é reservada apenas aos réus primários.

Não há que se falar, por fim, na ocorrência de *bis in idem* ao se considerar a reincidência para agravar a pena e, ao depois, negar a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, pois, conforme já decidido, “....na aplicação do preceito em foco, o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pena, não se podendo falar em bis in idem por ter sido a reincidência considerada para aumentar as sanções e também impedir a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois a aplicação de tal dispositivo exige a ocorrência simultânea de todas as condições mencionadas, ou seja, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa e nem integrar organização criminosa, o que não é o caso do acusado. Conforme já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, “não há que se falar em bis in idem mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico a reincidência quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente” (HC 118403/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 15.12.2009).” (Apel. Crim. Nº 990.10.184009-0, 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Tristão Ribeiro).

Outrossim, “O agravamento da pena pela reincidência também está correto e decorre de expressa determinação legal. Não ocorreu bis in idem. Não é raro que uma mesma circunstância reflita em mais de uma direção. O reincidente, v.g., não tem direito a sursis, por expressa disposição legal. Não obstante, o magistrado é obrigado a exacerbar sua pena, porque a reincidência também é agravante. Seguindo o mesmo raciocínio, no caso ora em exame, não aplicável a causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dada a recidiva, a qual também é usada para agravar a pena, por determinação legal.” (Rev. Crim. Nº 990.09.160794-0, 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Eduardo Pereira).

No mesmo sentido é a Jurisprudência dos Tribunais Superiores:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE AFASTADA. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ANTECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A

inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. 3. Ausência de bis in idem na condenação que aplica a agravante de reincidência e afasta a causa de diminuição na terceira fase de fixação da pena, por ausência de atendimento aos requisitos para a aplicação da privilegiadora. 4. Não se inaugura a competência deste Supremo nas hipóteses em que as instâncias antecedentes não examinaram a matéria objeto da irresignação, visto que tal proceder acarretaria indevida supressão de instância. 5. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC 191.580 – 2ª Turma do STF – Rel. Min. Edson Fachin – j. 16/11/2020).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDADO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO PARCIAL NÃO UTILIZADA PARA A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. MINORANTE DO § 4º NÃO APLICADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. A não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não configura bis in idem. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC 558867/SP – 5ª Turma do STJ – Rel. Min. Joel Ilan Parcionik – j. 02/2/2021).

Assim, mantenho a pena de Diogo nos exatos moldes fixados pelo juízo *a quo*, ao passo que, para Alysson, reconhecida a confissão, reduzo a sua pena final para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Por fim, adequada e suficiente a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena, pois, não bastassem as reincidências dos apelantes, a quantidade e variedade de drogas recomenda enérgica interferência estatal e, principalmente, o afastamento deles da sociedade, a fim de fazê-los refletir sobre seus atos e repensar suas perspectivas de vida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeitadas as preliminares, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena de Alysso Aparecido Cardoso da Silva para **5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa**, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

André Carvalho e Silva de Almeida

Relator