



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000344435

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1500260-91.2023.8.26.0294**, da Comarca de Jacupiranga, em que é apelante/apelado EMERSON RIBEIRO SEVERO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelado LUCAS NEVES FELIZARDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso Ministerial e deram parcial provimento ao apelo Defensivo, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSO JUNIOR (Presidente) E SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

GRASSI NETO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto Nº 36823

Apelação Criminal Nº 1500260-91.2023.8.26.0294

Comarca: Jacupiranga

Apelante/Apelado: Emerson Ribeiro Severo

Apelado: Lucas Neves Felizardo

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Nulidades – Nulidade relativa – Demonstração de prejuízo – Entendimento

Em se tratando de nulidade relativa, seu reconhecimento depende da demonstração efetiva do prejuízo suportado pelo apelante, diante do princípio *pas de nullité sans grief*.

Tráfico de entorpecentes – Agente surpreendido trazendo consigo, para fins de tráfico, 4,63 gramas de cocaína, na forma de “crack”, 7,77 gramas de cocaína em pó e 10,5 gramas de maconha – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

Tráfico de entorpecentes – Dolo de traficar – Desclassificação para porte de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) – Descabimento

Provado o dolo genérico de traficar, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não cabe a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, se for observado que as demais circunstâncias que cercaram a prisão do acusado dão conta da caracterização do tráfico de entorpecentes.

Associação para o tráfico de entorpecentes – Delimitação clara das funções de cada um dos envolvidos – Conjunto probatório indicativo de prévia associação estável para a prática do tráfico de entorpecentes

A delimitação das funções de cada um dos envolvidos é indicativa de que os agentes teriam se associado previamente e de modo estável para a prática do tráfico de entorpecentes.

Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes e associação ao tráfico de entorpecentes – Demonstração de união estável e duradoura entre os acusados para a prática de tráfico – Descabimento da causa de redução prevista no § 4º, do art. 33 Lei n. 11.343/06



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É de rigor a condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 sempre que verificada a união estável e duradoura entre os acusados, no contexto que antecede o crime de tráfico ilícito de drogas. Em tal situação é, ainda, incabível a incidência da causa de redução prevista no § 4º, do art. 33 do mesmo diploma legal, por incompatibilidade lógica. A associação para o tráfico denota, com efeito, o envolvimento do agente com atividades criminosas e a integração de organização criminosa, aspectos que afastam a incidência da referida causa especial de diminuição de pena.

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 456/469, prolatada pelo MM. Juiz Fabio Rodrigo de Moraes, cujo relatório ora se adota, EMERSON RIBEIRO SEVERO foi condenado como incurso no art. 33 e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, às penas totais de 09 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado e de 1399 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos; e LUCAS NEVES FELIZARDO foi condenado como incurso no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e de 700 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, restando, ainda, absolvido da acusação de ter infringido o art. 33, *caput*, do mesmo diploma legal, com fundamento no art. 386, VII, do CPP. Foi negado aos acusados o direito de recorrerem em liberdade.

Parcialmente inconformado, apelou o representante do Ministério Público, em busca da condenação de Lucas, pelo crime previsto no art. 33, *caput* da Lei de Tóxicos, e do

reconhecimento da continuidade delitiva entre os vários crimes de tráfico de entorpecentes, imputados ao corréu Emerson.

Emerson também recorreu, alegando, preliminarmente, a nulidade da juntada do laudo pericial, dado que extemporâneo, bem como a nulidade do feito, por quebra da cadeia de custódia. No mérito, pretende a sua absolvição por atipicidade da conduta, ou por insuficiência e fragilidade de provas. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei de Tóxicos, pela redução de sua reprimenda, pela aplicação do § 4º, do art. 33, do mesmo diploma legal, bem como pelo reconhecimento de concurso formal entre o tráfico e a associação para o tráfico.

Processados e contra-arrazoados os recursos, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso do Ministério Público e pelo parcial provimento do apelo da Defesa para afastar a agravante da reincidência.

É o Relatório.

As preliminares devem ser, desde logo, afastadas.

Não se há cogitar de extemporaneidade do laudo pericial de fls. 543/575, dado que esse documento já havia sido juntado aos autos, antes da prolação da sentença, com ciência e disponibilização para todas as partes, antecedendo, inclusive, as alegações finais (fls. 350/382).

A esse respeito, o i. parecerista oficiante ainda pontuou (fls. 624) que:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A comparação entre os dois documentos demonstra que se trata de cópias idênticas, de modo que tudo indica que a juntada às fls. 543/575 foi um mero equívoco administrativo, o qual, evidentemente, não impõe nenhum prejuízo às partes.

Logo, não há nulidade a ser reconhecida.

De outra parte, não se vislumbra a apontada quebra da cadeia de custódia, sob a alegação de que o aparelho celular de Emerson não teria sido individualmente lacrado no momento da sua apreensão, tendo sido manipulado por policiais, antes do seu envio ao Instituto de Criminalística, para realização de perícia, como bem analisado no r. parecer (fls. 625/626):

Há nos autos toda a documentação relativa à apreensão e realização de exame pericial no aparelho celular em questão.

Consta, às fls. 12, o auto de exibição e apreensão do aparelho, com a sua descrição. Do relatório policial acostado às fls. 26/28 conclui-se que o aparelho foi apreendido porque havia registro de sua perda/extravio em boletim de ocorrência registrado no dia 09.01.2023.

Há, às fls. 39, a representação por autorização judicial para acesso a dados telefônicos, a qual é deferida em decisão acostada às fls. 45/46.

Em relatório policial juntado às fls. 69/89, consta que: “Uma vez que houve a apreensão do citado telefone celular que estava em poder de Emerson, o qual usava o chip de numeral TIM 13-98128-9032, certo que com a devida autorização Judicial, passamos a examinar e degravar as te (sic) mensagens através do aplicativo WhatsApp, as quais após cuidadosa verificação, vai abaixo descrito.”

O relatório prossegue com descrição e imagens do conteúdo acessado no aparelho celular apreendido (fls. 70/86).

Após, o aparelho celular foi enviado para o Instituto de Criminalística, devidamente lacrado, para realização do exame pericial (fls. 90).

O laudo de exame em aparelho celular (fls. 350/382) atestou que: “A peça deu entrada neste Núcleo de Perícias Criminalísticas de Santos em invólucro plástico transparente de lacre 0009109. Após exames, foi



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

novamente acondicionada em invólucro plástico transparente e acompanha o presente laudo sob lacre SPTC 5914062.” (fls. 351).

Ainda, o aparelho foi enviado para o Instituto de Criminalística acompanhado do relatório policial mencionado anteriormente e o exame pericial atestou que foram “encontrados os diálogos e usuários especificados no relatório de investigação. No entanto, como alguns desses contatos mantinham na configuração dos respectivos aparelhos a opção de duração de mensagens, algumas mensagens apresentadas no relatório de investigação não estavam armazenadas no aparelho examinado quando dos exames periciais, possivelmente em razão de serem armazenadas temporariamente.” (fls. 367).

Diante de tal documentação, verifica-se que a atuação policial foi irretocável.

Todo o caminho percorrido pelo aparelho em questão foi devidamente documentado. O relatório policial acostado às fls. 69/89 não se confunde com exame pericial e foi precedido de autorização judicial para acesso ao aparelho telefônico. Ainda, o Instituto de Criminalística recebeu o aparelho devidamente lacrado.

Ademais, a n. Defesa não apresentou contraprova demonstrando eventual adulteração das conversas extraídas do celular do acusado tampouco arguiu, concretamente, a falsidade de quaisquer dos dados obtidos, limitando-se a afirmar que houve “quebra da cadeia de custódia” o que, como visto, não ocorreu.

O MM. Juiz sentenciante também já havia afastado a alegação defensiva de quebra de cadeia de custódia, fundamentando que (fls. 460):

Em relação à análise do celular apreendido ter sido realizada por policial civil não integrante da carreira de perito judicial, não vislumbro qualquer ilegalidade, porquanto a autorização de acesso aos dados constantes no aparelho não se confunde com a realização de perícia.

Ademais, diferentemente do que alegam as defesas, não houve qualquer quebra na cadeia de custódia, porquanto comprovado que o aparelho celular fora lacrado, tendo em vista que o Instituto de Criminalística recebeu o objeto sob



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

o Lacre 0009109 e devolvido sob o Lacre SPTC 5914062 (fls. 350/382). Segundo dispõe o artigo 158-A do Código de Processo Penal, a cadeia de custódia é o "conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".

No caso em tela, analisando o conjunto das provas e os questionamentos específicos feitos pelas defesas, bem como a apreensão das drogas, tem-se que a cadeia de custódia foi integralmente preservada.

Em se tratando, ademais, de nulidades relativas, o reconhecimento depende da demonstração efetiva do prejuízo suportado pelo acusado, diante do princípio *pas de nullité sans grief*.

No mérito, o recurso do Ministério Público não merece prosperar, enquanto o apelo defensivo comporta parcial provimento.

A condenação de Emerson e Lucas pelo crime de associação para o tráfico e, ainda, de Emerson pelo crime de tráfico de entorpecentes, foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.

Segundo o que restou apurado, no dia 23 de fevereiro de 2023, Emerson, conhecido por "Erminho", trazia consigo, para fins de tráfico, 02 porções de maconha, 05 pedras de "crack" e 03 porções de cocaína.

Apurou-se, ainda, que, ao menos no período entre fevereiro e março de 2023, nas cidades de Cajati e Jacupiranga, Emerson, conhecido por "Erminho", e Lucas, conhecido por "Lukinhas" ou "Red Label", teriam se associado para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico de entorpecentes.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelos autos de constatação de fls. 09, pelos autos de exibição e apreensão de fls. 10/11 e 12, pelos laudos de fls. 55/58,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

178/186 e 250/382 (cópia às fls. 350/382), pela guia de depósito de fls. 96 e pelo relatório final de fls. 116/125.

A prova oral colhida na instrução criminal (fls. 07, 08, 312/313 e arquivos digitais), que contou com os coesos depoimentos dos Policiais Militares que atenderam à ocorrência e deram conta das circunstâncias que cercaram a prisão de Emerson e a apreensão dos entorpecentes em poder dele, bem como dos depoimentos dos Policiais Civis, relatando as investigações que culminaram na condenação de Lucas, pelo crime de associação para o tráfico, mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

Ouvido perante, tanto a autoridade policial (fls. 14), como em Juízo sob o crivo do contraditório (fls. 312/313 e arquivo digital), Emerson negou os fatos que lhe foram atribuídos, admitindo, tão somente, a posse dos entorpecentes, alegando que se destinavam a seu uso próprio.

Perante a autoridade policial, Lucas optou por permanecer em silêncio (fls. 94). Posteriormente, ao ser ouvido em Juízo sob o crivo do contraditório, ele acabou negando as imputações (fls. 312/313 e arquivo digital).

Aludidas negativas restaram, todavia, isoladas no conjunto probatório dos autos.

Observe-se que, independentemente dos elementos de convicção obtidos junto aos próprios acusados, o teor das declarações prestadas pelos Policiais Militares e Civis, por si só, já os desfavorece. Os depoimentos são suficientemente detalhados e dão conta das circunstâncias que cercaram a prisão de Emerson e a apreensão dos entorpecentes, bem como o envolvimento de Lucas no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

delito de associação para o tráfico.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos Policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão dos acusados são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Como qualquer elemento de prova, o testemunho prestado por agente público é submetido ao crivo do contraditório judicial e deve ser apreciado pelo Magistrado com a cautela dispensada às demais provas constantes no processo, para que, com base em todo o conjunto, possa formar sua convicção e fundamentadamente expor as razões de sua decisão.

Há, ainda, o depoimento da vizinha de Lucas, dando conta de que ele a ameaçou, por acreditar que a testemunha chamava a polícia e, assim, atrapalhava “o fluxo” de atividade do acusado. A testemunha confirmou, também, que Lucas e Emerson moravam na casa vermelha mencionada pelos policiais, ratificando as investigações sobre a associação estável e permanente entre os acusados.

Pondere-se que, para a realização do tipo penal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aquele de “trazer consigo”.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais:

Crime contra a saúde pública – Tráfico de entorpecente – Acusado surpreendido e preso quando trazia consigo certa quantidade de 'pontos' de LSD – Quantidade ainda maior apreendida em sua residência – Confissão de a ter trazido dos Estados Unidos – Condenação – Voto vencido – Inteligência dos arts. 12 e 37 da Lei 6.368/76

Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, 'contrario sensu'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.¹

A atual legislação de entorpecentes determina, com efeito, que o tipo penal do tráfico de entorpecentes abrange indistintamente condutas hipotéticas, que são regidas por uma série de núcleos verbais diversos entre si. Estes vem relacionados, por sua vez, no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer substâncias estupefacientes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 20.239-3. Apelante: Justiça Pública. Apelados: Leônidas José Tavares e Elde Penna Kubrusly. Relator: Desembargador Geraldo Gomes. 4ª Câmara Criminal. Votação unânime. São Paulo, 26 de agosto de 1985. **Revista dos Tribunais**. v. 584, Junho 1984, p. 347/348.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É possível aferir-se, assim, a partir de uma simples leitura superficial do texto legal, que o mero trespasse ilegal de substância estupefaciente já implica, por si só, na incidência do tipo penal referente ao tráfico de entorpecentes. A transferência, ainda que a título de cessão gratuita, distribuição, dádiva, troca ou presente, tampouco escapa ao sentido de tráfico previsto pelo legislador, uma vez não ser imprescindível a presença do escopo de lucro à configuração do crime.

Em tais casos, é irrelevante, ainda, à consumação, o fato de o agente ter ou não logrado concretizar a *traditio* da substância a terceiros.

A respeito dos elementos de convicção carreados aos autos, o MM. Juiz sentenciante consignou (fls. 465) que:

Digno de nota, nesta esteira, que, embora tenham negado a prática do delito, os próprios acusados deixaram de indicar qualquer razão fática concreta para ao menos colocar em dúvida a atuação policial.

As versões dos réus, além de destoantes entre si, restaram isoladas, uma vez que, em vista das circunstâncias do flagrante, aliadas à quantidade, natureza e forma de acondicionamento entorpecentes apreendidos, além dos demais objetos apreendidos em cumprimento de mandado, e, principalmente, em vista do conteúdo dos dados constantes do celular de Emerson, denotam que os denunciados estavam associados para a prática do tráfico de drogas e, no caso de Emerson, efetivamente praticaram a mercancia espúria de entorpecentes.

Diante de todo esse contexto, a negativa de autoria alegada pelos denunciados se apresenta como totalmente infundada, pois flagrantemente contraditória e divorciada da prova dos autos, fato que revela que agem como a maioria dos acusados em juízo, pois se valem do direito de não produzir prova contra si mesmo para apresentar a versão que melhor lhe convém. Destaca-se, inclusive, os depoimentos controversos dados pelos réus. Enquanto Emerson afirmou que morava na casa da Rua Pinheiro, n.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

412, bairro Flor da Vila, cidade de Jacupiranga, no mesmo local que Lucas - fato esse ainda confirmado pela testemunha Sheila o acusado Lucas negou que ali fosse sua moradia.

Contudo, restou demonstrado que tal residência onde se deu o cumprimento do mandado de busca e apreensão era de fato residência de ambos os acusados e utilizada para prática do tráfico. Entre outras evidências, cita-se as conversas encontradas no celular periciado, dentre as quais verifica-se uma mensagem com menção à “casa vermelha”, em referência à residência de Emerson (fl. 80).

No mesmo sentido, em fls. 75, verifica-se uma conversa entre ambos os réus, em que combinam qual entorpecente iriam buscar, e qual forma iriam fracioná-la, visando maior lucro, corroborando ao contexto fático e demais provas colhidas.

Em outro trecho dos dados constantes do celular apreendido, um terceiro, nomeado como “Henrique” estaria reclamando com o acusado Emerson sobre a quantidade da droga vendida, e aduz que geralmente a droga vendida por “Lukinhas” e ele, sempre é entregue de maneira correta (fls. 85). Em seu interrogatório, Lucas aduziu que o caderno com as anotações pertinentes à comercialização dos entorpecentes, eram na verdade das vendas de roupas. No entanto, afirmação totalmente infundada, tendo em vista que no local não foram encontradas quaisquer roupas para comercialização.

Desta feita, no tocante ao crime de associação para o tráfico, foi possível verificar mensagens, contatos, prova oral, os quais relatam de maneira clara a intenção dos réus em esforço conjunto, concretizarem a empreitada criminoso, bem como nítida é a divisão de tarefas, que, apesar de dinâmica, demonstra a organização de seus autores.

Diante disso, de rigor a condenação dos réus pelo delito de associação para o tráfico.

No caso em tela, dúvidas inexistem, portanto, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de traficar, elemento subjetivo do tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Resta, portanto, completamente descabida a hipótese de desclassificação da conduta praticada por Emerson para

aquela subsumível à descrição contida no art. 28 do mesmo texto legal, até mesmo porque, o local, as condições do fato criminoso, bem como os demais indícios apontados pelo conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, não permitem o acolhimento da tese de destinação para uso próprio.

Nesse sentido:

Tóxico – Tráfico – Alegação de ser viciado o agente, o que não obsta o reconhecimento da figura delitiva – Hipótese em que a figura do traficante e do viciado se mesclam num mesmo agente, preponderando a primeira – Sentença confirmada

A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade.²

Analisando-se o conjunto probatório dos autos, conclui-se, ainda, no sentido da presença de fartos elementos de convicção confirmando a existência de vínculo associativo e estável entre os sentenciados, tendo a r. sentença analisado toda a prova produzida com acuidade.

Foram ouvidos os Policiais que participaram da operação, que confirmaram terem apurado que a associação estabelecida por Emerson e Lucas, visando à prática do crime de tráfico tinha, à evidência, caráter permanente.

In casu, a prova é segura no sentido de que os acusados atuavam em associação criminosa, com a finalidade de praticar o tráfico de drogas, agindo de maneira extremamente organizada e com divisão de tarefas.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 42.229-3 – São Paulo - Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Dirceu Cerquiario. Relator: Onei Raphael. 1ª Câmara. São Paulo, 23 de dezembro de 1985. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 101, 1986, p. 498.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Com efeito, o delito de associação para o tráfico exige para a sua consumação a estabilidade das relações entre os agentes, devendo existir um caráter duradouro e estável, ajustados para a finalidade de comercialização de entorpecentes.

Dos elementos de convicção carreados aos autos, principalmente o relatório das investigações policiais, foi possível verificar mensagens, contatos, prova oral, os quais deixaram clara a intenção dos réus de agirem em esforço conjunto, para concretizarem a empreitada criminosa, bem como nítida é a divisão de tarefas que, apesar de dinâmica, demonstra a organização de seus autores.

Não se trata, portanto, de mero concurso de agentes, mas, sim, de associação criminosa.

Pondere-se que a condenação pelo crime de associação para o tráfico, descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/06 será de rigor sempre que o conjunto probatório, alicerçado em depoimentos policiais verossímeis, demonstre de modo efetivo, não apenas a existência do tráfico ilícito de entorpecentes, como de que este foi antecedido pela união estável e duradoura entre os acusados voltada para sua prática. Em tal situação é, ainda, incabível a incidência da causa de redução prevista no § 4º, do art. 33 do referido diploma legal, tal como pretendido pela Defesa de Emerson, por incompatibilidade lógica, uma vez que a associação para o tráfico denota, com efeito, o envolvimento dos agentes com atividades criminosas e a integração de organização criminosa, aspectos que afastam a incidência da referida causa especial de diminuição de pena.

É, portanto, de rigor a condenação dos réus pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 eis que verificada a união estável e duradoura entre eles, no contexto que antecede o crime de

tráfico ilícito de entorpecentes.

A esse respeito, o i. parecerista oficiante bem pontuou (fls. 633/636) que:

Diante de tal conjunto probatório, verifica-se que está comprovada a prática do tráfico de drogas por parte de Emerson, ligado à apreensão das drogas descritas acima, bem como a associação para o tráfico entre Lucas e Emerson, o que inviabiliza os pedidos formulados pela n. Defesa de Emerson a respeito de sua absolvição e/ou da desclassificação do tráfico para o crime de porte de drogas para uso pessoal.

Ainda, está claro que os crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico cometidos por Emerson se deram em contextos diferentes, razão pela qual, inclusive, Lucas se viu absolvido da imputação do crime de tráfico de drogas. Inviável, assim, o deferimento do pedido defensivo de aplicação do concurso formal entre os crimes imputados à Emerson.

[...]

Afigura-se impossível, também, a condenação de Lucas pelo crime de tráfico de drogas, e de Emerson por uma série de crimes de tráfico de drogas em continuidade delitiva.

Isto porque, como descrito acima, durante as investigações houve apenas uma apreensão de substâncias entorpecentes, as quais estavam em posse unicamente de Emerson.

É imprescindível, para a comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas, que haja apreensão e perícia da substância entorpecente.

[...]

Ora, como descrito acima, no curso da investigação, houve comprovação de materialidade de apenas um único crime de tráfico de drogas, imputado ao corréu Emerson. Na ausência de provas da materialidade de mais de um crime de tráfico imputado à Emerson ou de qualquer crime desse tipo imputado à Lucas, é inviável o provimento do recurso ministerial.

Observa-se, portanto, que não é possível o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

reconhecimento da continuidade delitiva em relação a outros crimes de tráfico de entorpecentes que teriam sido praticados por Emerson, durante os meses de fevereiro e março de 2023. Ainda que existam indícios da prática delitiva, não há, nos autos, prova da materialidade e, por isso, mantém-se a condenação de Emerson tão somente pelo delito de tráfico cometido em 23 de fevereiro de 2023.

O decreto condenatório é, pois, de rigor, tal como lançado.

As penas, conquanto dosadas e fundamentadas de acordo com o sistema trifásico, com a fixação do regime inicial fechado e semiaberto, comportam reparo, apenas para afastar a agravante da reincidência de Emerson:

A) Apelante Emerson Ribeiro Severo

A1) Do tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06)

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-base foram fixadas no patamar mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

b) na segunda fase, presente a agravante da **reincidência**, a reprimenda foi exasperada de 1/6, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

O i. parecerista oficiante bem observou que a referida circunstância deve ser afastada, uma vez que não houve o trânsito em julgado do proc. 1500975-41-2020.8.26.0294 anteriormente à data do crime em análise, pelo que a reprimenda deve permanecer no patamar mínimo legal, ausentes circunstâncias



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

agravantes ou atenuantes.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, o subtotal obtido na fase anterior tornou-se definitivo.

A quantidade de substâncias estupefacientes com a qual o agente foi surpreendido não é, efetivamente, elevada (10,55 gramas de maconha fracionados em 02 porções; 4,63 gramas de “crack” divididos em 05 porções; e 6,77 gramas de cocaína acondicionados em 03 porções). No caso em apreço, porém, existe vedação legal à aplicação do redutor, uma vez ter restado igualmente caracterizada a realização do tipo penal concernente ao crime de **associação para a prática de tráfico**. Cuida-se de ilícito evidentemente incompatível com a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pois sua ocorrência comprova, por si só, a dedicação dos acusados à prática de atividade criminosa. Entendimento diverso, além disso, impediria a pena de alcançar seus objetivos, a saber: prevenção e reprovação do delito.

A2) Da associação para o tráfico (art. 35, caput da Lei n. 11.343/06)

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-base foram fixadas no patamar mínimo legal, ou seja, em 03 anos de reclusão e 700 dias-multa.

b) na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a reprimenda foi exasperada de 1/6, perfazendo 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Como acima pontuado, a agravante da reincidência deve ser afastada, mantendo-se a reprimenda no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

patamar mínimo.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, o subtotal obtido na fase anterior tornou-se definitivo.

Por derradeiro, após já terem sido finalizadas as reprimendas concernentes a cada crime, ante o reconhecimento do concurso material previsto no art. 69 do CP, correta sua soma. Chega-se a um total final consolidado de 08 anos de reclusão e de 1.200 dias-multa.

Conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade.

O regime prisional para início do cumprimento da pena imposta ao réu deve ser, por fim, fixado no sistema **fechado**, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto,

Com relação ao tráfico de entorpecentes, observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu incidentalmente, todavia, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade

também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.³

Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, que foi incorporada ao nosso Direito interno (Decreto n. 154/1991). Referida Convenção teria, consoante entendimento do Relator, natureza de “norma supralegal de hierarquia intermediária”, pela qual cada Estado soberano estaria autorizado “a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

O impacto de referido acórdão ensejou, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, em 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.256/RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Brasília, 16 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico nº 247**. 16 Dez 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, pois, possível fixar-se regime inicial diverso do fechado também no tráfico ilícito de entorpecentes.

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.

No caso ora em apreço, o ora acusado simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena. O regime inicial deve ser efetivamente o fechado (art. 33, § 3º, do CP, que faz remissão aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP).

Por tal razão, mesmo que o *quantum* da pena imposta ao sentenciado o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(tráfico de entorpecentes em concurso material com o delito de associação para o tráfico) exige maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime inicial **fechado**, conforme o disposto art. 33, § 3º, do CP.

B) Apelado Lucas Neves Felizardo (art. 35, *caput* da Lei n. 11.343/06)

a) estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-base foram fixadas em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa, o que equivale ao mínimo legal, acrescido de 1/6, por força dos maus antecedentes do acusado.

b) na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade relativa do réu, à época dos fatos, a reprimenda retornou ao patamar mínimo legal.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, o subtotal obtido na fase anterior tornou-se definitivo.

Em se tratando de apelante cujas circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis (maus antecedentes), ao qual foi aplicada pena inferior a 04 anos, a opção pelo regime semiaberto mostra-se como sendo a mais adequada, tanto em razão do *quantum* da pena fixada, como em função das particularidades do caso em apreço, que indicam ser necessária a adoção de medidas mais rígidas de controle do processo de ressocialização do réu, considerando-se a orientação do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, e a necessidade de efetiva repressão e prevenção do delito, bem como da ressocialização do réu.

Ante o exposto, **rejeitam-se as preliminares, nega-se provimento ao recurso** interposto pelo Ministério Público e dá-se parcial provimento ao apelo defensivo, interposto em favor de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

EMERSON RIBEIRO SEVERO, apenas para reduzir a sua reprimenda a 08 anos de reclusão e 1.200 dias-multa, restando mantida, no mais, a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Sem prejuízo das custódias cautelares anteriormente decretadas, ora mantidas pela ausência de alteração na conjuntura que determinou a decretação, fica determinada, desde já, a expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandados de prisão em regime semiaberto (Lucas) e fechado (Emerson), bem como de cartas de guia, para que seja iniciado o cumprimento das penas em definitivo.

Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016.

ROBERTO GRASSI NETO

Relator