



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000369879

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500801-68.2024.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante KAIQUE EDUARDO ALVES GOMES, 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 ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 14 de abril de 2025.

MARCOS CORREA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500801-68.2024.8.26.0366

Apelante: Kaique Eduardo Alves Gomes

Apelado: Ministério Público

Comarca: Mongaguá

Voto nº 25.660

TRÁFICO DE DROGAS – Nulidade – Provas ilícitas – Afastamento da matéria preliminar, porquanto não verificada nenhuma irregularidade na diligência policial – Abordagem do acusado motivada por fundadas suspeitas – Não caracterização da ofensa ao princípio da inviolabilidade de domicílio – Direito fundamental que tem como uma de suas exceções a situação de flagrante delito – Diligência policial realizada sem transgressão da norma constitucional e do entendimento sedimentado pelo Colendo STF em Repercussão Geral (tema nº 280) – Mérito – Autoria e materialidade comprovadas pelo acervo probatório – Absolvição – Impossibilidade – Pena fixada de acordo com os parâmetros legais – Pena-base elevada em face das circunstâncias do crime, dos maus antecedentes e da natureza e quantidade de drogas apreendidas – Comprovação da agravante da reincidência – Hipótese de não aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, diante das circunstâncias do caso concreto, que evidenciam a dedicação do acusado a atividade criminosa – Regime inicial fechado fundamentadamente imposto. Preliminar rejeitada. APELO DESPROVIDO.

Ao relatório da r. sentença de fls. 122/131, acrescenta-se que o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Mongaguá julgou procedente a ação penal e condenou **KAIQUE EDUARDO ALVES GOMES** a pena de 09 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 972 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, apela a Defesa alegando, preliminarmente, que o feito é nulo em face da ilicitude das provas colhidas, pois não havia fundada suspeita para justificar a abordagem do acusado, sobretudo no interior de sua residência, sem mandado judicial, ficando caracterizado, assim, a violação do princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio. No mérito, busca a absolvição, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a condenação se baseou somente nos parciais depoimentos dos policiais. Subsidiariamente, pede a redução da pena e a fixação do regime inicial semiaberto (fls. 166/173).

Contrariado o recurso (fls. 176/180), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo, com a retificação apenas do dispositivo da sentença (fls. 189/200).

É o relatório.

Não merece acolhimento a preliminar atinente à ilicitude das provas.

Conforme descreve a denúncia, policiais civis realizavam diligência em local conhecido como ponto de tráfico, denominado de *Boca da Nove*, quando avistaram o réu sentado sozinho num banco verde na via pública, empunhando uma sacola plástica. Ao notar a aproximação da viatura, o réu correu para o interior de um imóvel. Diante do comportamento suspeito, deliberaram efetuar a sua abordagem.

que haviam fundadas suspeitas da prática do delito, justificando, assim, a ação policial.

E tal decisão se revelou acertada, na medida em que culminou na apreensão de considerável quantidade de drogas – vale dizer, 46 porções de *crack*, 47 de *K2*, 72 de cocaína e 43 de maconha.

No mais, a alegada ilicitude da prova, decorrente de burla ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, não está caracterizada nos autos.

Em primeiro lugar porque, conforme observou o i. magistrado *a quo*, sequer existe prova de que o réu, de fato, morava no imóvel onde fora preso em flagrante.

Nesse ponto, afirmou um dos policiais que se tratava de casa abandonada, que tinha apenas um colchão velho no chão.

Ainda que assim não fosse, o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal dispõe expressamente: “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”.

Desta forma, a garantia fundamental não é absoluta, estando previstas no próprio texto constitucional as exceções, existentes exatamente para a efetivação do princípio da proporcionalidade que rege a análise de conflito entre essas espécies de direitos de primeira geração.

No caso, caracterizada a situação de flagrante pelo delito equiparado a hediondo, era desnecessária a autorização judicial para o ingresso no imóvel.

Portanto, a conduta policial ocorreu em perfeita sintonia com o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado sob a sistemática da repercussão geral (tema 280), no sentido 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 responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados*" (RE 603616/RO, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Plenário, m.v., j. 05/11/2015).

Não se pode olvidar, ademais, que tratando-se de prisão em flagrante pela prática de crime permanente, não há se cogitar de reconhecimento de nulidade ou irregularidade no procedimento adotado pelos agentes públicos.

Afastada a preliminar, melhor sorte não assiste ao recorrente quanto ao mérito.

Narra a denúncia que, no dia 1º de agosto de 2024, por volta das 14h30, na cidade de Mongaguá, o apelante trazia consigo, para fins de tráfico, no total, 8,89g de *crack*, divididos em 46 porções; 49,7g de *K2*, acondicionados em 47 porções; 85,2g de cocaína, divididos em 72 porções; e 53,3g de maconha, acondicionados em 43 porções,

sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade do delito foi comprovada pelos autos de exibição e apreensão (fls. 12/13) e de constatação preliminar (fls. 19/20), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 91/96) e, ainda, pela prova oral.

A autoria também é certa.

Na fase administrativa, o réu optou pelo silêncio (fls. 06), enquanto, em Juízo, negou a prática do tráfico, alegando que, diferentemente do que foi afirmando, não trazia consigo a sacola que continha drogas. Asseverou, ainda, que foi preso no interior de sua residência (termo de audiência de fls. 120/121).

Por outra parte, relataram os policiais civis Alexandre dos Santos e Roberto Gomes dos Santos Filho, na fase inquisitiva, que, durante diligência realizada em local conhecido como ponto de tráfico, denominado de *Boca da Nove*, avistaram o réu sentado sozinho num banco verde, com uma sacola plástica nas mãos. Disseram, ainda, que, ao notar a aproximação da viatura, o acusado correu para o interior de um imóvel. Diante da atitude suspeita, desembarcaram da viatura e passaram a persegui-lo, efetuando, então, a sua abordagem. Na ocasião, o portão estava aberto e o réu foi abordado no interior da casa. Nada de ilícito foi encontrado em seu poder, contudo, no interior da mencionada sacola plástica, que foi localizada no quintal, estavam acondicionadas dezenas de porções de entorpecentes, divididos em *crack*, *K2*, cocaína e maconha, além da quantia de R\$ 21,00 em espécie. Questionado, o

acusado confessou informalmente a prática do comércio ilícito, alegando que passava por dificuldades financeiras. Esclareceu, ainda, que iniciava o turno às 08h00 e terminava às 20h00, recebendo 30% da renda auferida com a venda dos tóxicos. Por fim, asseverou que morava na residência onde fora preso em flagrante (fls. 02/03 e 04/05).

Sob o contraditório, os policiais confirmaram, na essência, os relatos apresentados na fase extrajudicial, tendo o policial Alexandre acrescentado que o réu foi preso após entrar numa casa abandonada, que tinha apenas um colchão velho no chão.

É importante destacar que os depoimentos dos policiais foram harmônicos e firmes no que é essencial, não havendo razão para desprezá-los só porque emanam de policiais. Ademais, não existe nenhuma notícia ou indício de que eles teriam razão para incriminarem falsamente o réu.

Sabe-se que para se concluir para a prática do crime de tráfico, a prova indiciária se reveste de especial valor, devendo ser considerado, além da quantidade e qualidade da droga, circunstâncias como o local da prisão, condições da ação criminosa, a conduta praticada, a qualificação e antecedentes do acusado (art. 28, §2º da Lei de Drogas).

No caso, relataram os policiais que o réu foi surpreendido em local conhecido como ponto de tráfico, portando grande quantidade de drogas e empreendeu fuga ao notar a aproximação da viatura.

Deve ser ressaltado, nesse ponto, que não há qualquer evidência de que os policiais pretendessem imputar falsamente a prática do delito ao acusado, razão pela qual seus depoimentos devem prevalecer sobre a simples negativa de autoria do acusado.

Cumpre salientar que para alicerçar a pretendida condenação por tráfico não é necessária a prova do comércio de substância entorpecente. O denominado tráfico ilícito de entorpecente é infração que se integra de várias fases sucessivas, articuladas umas com as outras, desde a produção até sua entrega ao consumo, com atos de comércio propriamente ditos, bem como os que lhe são preparatórios, acessórios ou complementares e alguns até despidos de caráter de mercancia. Como seria extremamente, para não se dizer praticamente impossível apurar em conjunto e em sua integralidade, todas as fases em que se desenvolve essa atividade criminosa, contenta-se a lei, no esforço de combater as toxicomanias, em admitir que qualquer delas configura, por si só, delito contra a saúde pública (AC n. 172.880-3/7-00 – Relator Desembargador Cunha Camargo – TJSP).

Em síntese, era mesmo de rigor a condenação do réu pela prática do delito descrito na denúncia.

A pena foi fixada de acordo com os parâmetros legais, não comportando, pois, nenhum reparo.

No caso, a pena-base foi corretamente fixada em 2/3 acima do mínimo legal, ou seja, 08 anos e 04 meses de reclusão, mais pagamento de 833 dias-multa, no valor unitário mínimo, em face da

natureza e considerável quantidade de drogas apreendidas (46 porções de *crack*, 47 de *K2*, 72 de cocaína e 43 de maconha, repita-se), do mau antecedente (condenação anterior definitiva por crime de receptação, Processo nº 0081577-93.2013.8.26.0050 – fls. 54), bem como das circunstâncias negativas do crime, na medida em que “*o crime de tráfico foi cometido em via pública, e em local conhecido pela traficância, afetando de maneira mais elevada a ordem pública e a segurança dos moradores da região*”.

Como é sabido, é perfeitamente possível a consideração da quantidade e natureza da droga para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Aliás, o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Cumprе consignar, ainda, que “*A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariеdade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores*” (STF, HC 113366, Rel. Min. Rosa Weber,

Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, Processo Eletrônico, DJe-240, divulgado em 05-12-2013, publicado em 06-12-2013).

Na segunda fase, a sanção foi acrescida de 1/6 diante do reconhecimento da agravante da reincidência (condenação anterior por roubo duplamente majorado, Processo nº 0092766-34.2014.8.26.0050, fls. 54/55).

À míngua de causas modificadoras, a pena foi tornada definitiva em 09 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 972 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Incabível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, diante da evidente dedicação do acusado a atividade ilícita.

Nesse particular, convém destacar que as circunstâncias do crime (notadamente a natureza e quantidade de drogas apreendidas e local do flagrante, conhecido como ponto de tráfico), assim como o perfil do acusado (que ostenta condenações anteriores diversas), deixam claro que não se trata de mero traficante eventual, a quem a lei pretendeu beneficiar.

Com efeito, a referida minorante deve ser analisada do cotejo do artigo 59, *caput*, do Código Penal com o artigo 42, da Lei 11.343/06, não se tratando de direito subjetivo do réu.

É o entendimento desta Colenda Câmara Criminal,

em decisão de relatoria do Des. Machado de Andrade, no julgamento da Apelação nº 0102800-39.2012.8.26.0050, em data de 03 de julho de 2014:

“De outra banda, importante ressaltar que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não é direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão “poderão”, quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada. Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra “deverão”, oriunda do verbo “dever”, que significa obrigação, necessidade, etc. Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”, não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.”

Ademais, é cediço que o referido redutor é elemento do processo de individualização de pena relativa aos crimes previstos nos art. 33, caput e 33, § 1º, da Lei nº 11.434/06, exatamente para evitar que traficantes eventuais, a exemplo daqueles que somente realizam a comercialização para a paga de substâncias entorpecentes por eles adquiridas para o próprio consumo, respondam penas idênticas às dos

grandes comerciantes de drogas. No primeiro perfil não se enquadra o recorrente, que concorria para o tráfico de consideráveis proporções e dele tirava seu sustento.

A respeito do tema, assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: “*A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida*” (STJ, AgRg no REsp 1429866-MT, 6ª T., Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24/05/2015, DJe 1º/06/2015).

No tocante ao regime, é entendimento sedimentado nesta Câmara que o regime prisional fechado, imposto por texto expresso de lei, é o único compatível com a gravidade do delito praticado.

Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Acrescenta-se que, na hipótese dos autos, a nocividade da droga imprime maior gravidade à empreitada criminosa. É sabido que a cocaína – especialmente na forma de *crack* – é substância entorpecente altamente nociva, que causa ao usuário rápida dependência química e efeito devastador à própria saúde e à sociedade. Tais circunstâncias evidenciam, realmente, uma culpabilidade exacerbada na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conduta do acusado.

Pelo exposto, afastada a preliminar, nego provimento
ao recurso.

MARCOS CORREA
RELATOR