



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Registro: 2025.0000380231

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500282-69.2022.8.26.0623, da Comarca de Aguaí, em que são apelantes JOSIENE CRISTINA RODRIGUES CORREA e CLAYTON DA SILVA ALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da acusada Josiene a fim de absolvê-la da prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; e dá-se parcial provimento ao recurso do acusado Clayton a fim de absolvê-lo da prática do delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; e reduzir a sua pena, relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, para 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, fixando o regime inicial semiaberto para a expiação; preservada, quanto ao mais, a sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), ANTONIO B. MORELLO E NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

NELSON FONSECA JÚNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Apelação Criminal nº 1500282-69.2022.8.26.0623

Juízo de origem: Vara Única da Comarca de Aguaí - SP

Apelantes: Josiene Cristina Rodrigues Correa e Clayton da Silva Alves

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Magistrado: Guilherme Souza Lima Azevedo

Voto nº 21.815

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO PROVIDO PARA A RÉ E RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA O CORRÉU.

I. Caso em exame

1. Josiene Cristina Rodrigues Correa e Clayton da Silva Alves foram condenados por tráfico de drogas e associação para o tráfico.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) ilicitude da prova devido à falta de fundada suspeita para a busca veicular; (ii) a insuficiência de provas para associação ao tráfico.

III. Razões de decidir

3. A abordagem do veículo foi justificada pela tentativa de despistar a viatura e o nervosismo do réu, legitimando a busca veicular.

4. Não há provas suficientes para condenar Josiene pelo tráfico, e ambos os réus pela associação para o tráfico, aplicando-se o princípio do in dubio pro reo.

IV. Dispositivo e tese

5. Recurso provido para absolver Josiene das duas imputações, e parcialmente provido para Clayton, absolvendo-o da associação para o tráfico e reduzindo a sua pena e fixando o regime semiaberto, em relação ao tráfico.

6. Tese de julgamento: "1. A ilicitude da prova não se sustenta diante da fundada suspeita. 2. A ausência de provas robustas favorece a absolvição de Josiene em relação ao tráfico e ambos os acusados em relação à associação para o tráfico."

Legislação citada: Código Penal, art. 69; Lei nº 11.343/06, arts. 33 e 35; Código de Processo Penal, art. 386, incisos III e VII.

Jurisprudência citada: TJSP, Apelação Criminal nº 0001110-13.2010.8.26.0510, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Marco Nahum, j. em 03/10/2011; STF, HC n. 101519/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 20/03/2012.

Cuida-se de recursos de apelação da sentença de fls. 387/396, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação penal e condenou os réus **Josiene Cristina Rodrigues Correa e Clayton da Silva Alves** como incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal, a cumprirem, em regime inicial fechado, 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, no mínimo legal; absolvendo o réu **Clayton** da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformados, apelam os acusados. Preliminarmente, postulam o reconhecimento da ilicitude da prova (e seu afastamento), já que não havia fundada suspeita para a realização da busca veicular. Pleiteiam, assim, a absolvição do delito de tráfico, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Para o delito de associação para o tráfico, pugnam pela absolvição, por insuficiência de provas.

De forma subsidiária, para o tráfico, pleiteiam a redução das reprimendas – com aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas –, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação do regime inicial aberto (fls. 411/421 e 422/436).

Os recursos recebidos (fl. 404) e regularmente contrariados (fls. 440/443).

A Procuradoria de Justiça se manifestou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos (fls. 450/455).

É o relatório.

A preliminar de nulidade suscitada pela defesa dos apelantes se confunde com o mérito e será analisada nessa seara.

No mérito, o recurso de **Josiene** procede, ao passo que o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

recurso de **Clayton** procede em parte.

Josiene Cristina Rodrigues Correa e Clayton da Silva Alves foram denunciados e condenados porque, até o dia 30 de setembro de 2022, na cidade e Comarca de Aguai/SP, associaram-se – entre si e com outros quatro indivíduos não identificados ("Tiago", "Negão", "Groso" e "Gordinho") – para o fim de praticarem, reiteradamente, o crime de tráfico de drogas.

Também foram denunciados e condenados porque, por volta de 23h45, na Rua Rita Rosa Arantes nº 308, na mesma cidade e Comarca, transportavam e traziam consigo, para fins de tráfico, 02 (dois) "tabletes" com 997,5 gramas (peso líquido) de maconha, substância esta entorpecente, causadora de dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No entanto, respeitadas as opiniões em sentido contrário, a meu ver, a prova dos autos é suficiente apenas para manter a condenação do réu **Clayton** pelo crime de tráfico.

A materialidade do tráfico está consubstanciada pelo boletim de ocorrência de fls. 09/12, apreensão descrita a fls. 15/16, auto de constatação de fls. 18/19, exame químico-toxicológico de fls. 87/89 – que evidenciou a presença de tetrahydrocannabinol, além do relatório de investigação de fls. 132/145 e da prova oral coligida.

A autoria, como já dito, é igualmente incontroversa apenas para **Clayton**, embora ele tenha negado a imputação, sempre que ouvido.

Na delegacia, disse que comprou o entorpecente porque era usuário. Explicou que comprou em grande quantidade para não ter que ficar indo sempre adquirir a droga. Asseverou, ainda, que levava a companheira para a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

casa dela, e enfatizou que ela não sabia que estava com a droga no automóvel. Contou que, assim que foram parados, informou aos policiais que não era habilitado (cf. interrogatório de fls. 05/06).

Em juízo, afirmou que comprava grande quantidade de maconha, porque morava na roça, longe da cidade, e ficava difícil de ir sempre buscar. Disse que ele e a amásia moravam em casas diferentes. Informou que comprou recentemente o telefone, o qual possuía conversas e contatos. Não apagou nada, só seguiu usando. Esclareceu que, no dia dos fatos, **Josiene** não estava com ele, quando pegou o entorpecente. Relatou que negociava droga com Eric, e só vendia para ele, para ter um "dinheirinho" [sic]. Explicou que não podia ter conta em banco e, por isso, usava a da sua mulher. Utilizou a conta dela por duas vezes, para receber pagamento de droga, sendo que ela não sabia a origem do dinheiro, já que, na época, também vendia roupa e tênis (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 358/359).

Josiene, por sua vez, em solo policial, disse que foram abordados por policiais militares, quando o amásio a levava para casa. Segundo disse, os policiais informaram que o automóvel seria recolhido se não apresentassem um condutor habilitado. Com a autorização dos policiais, foi até a casa do seu irmão, já que ele morava perto. Quando retornou, recebeu voz de prisão, sendo informada que eles encontraram, no veículo, 02 (dois) "tijolos" de maconha sob o banco do passageiro, onde ela se sentava. Asseverou, também, que desconhecia a existência do entorpecente. Narrou que usava maconha, assim como o acusado, mas ele usava bem mais do que ela. Afirmou, por derradeiro, que também trabalhava na roça (cf. interrogatório de fl. 07/08).

Em pretório, a apelante corroborou os fatos anteriormente narrados. Informou que o companheiro usava sua conta na venda de roupas. Aduziu que ela não movimentava aquela conta e, por isso, "deixava" com ele. Não sabia que ele usava a conta para receber pagamento de droga. Afiançou

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

novamente que não sabia que havia entorpecente no automóvel. Explicou que ele a pegou em casa e estavam a caminho do sítio, onde a sogra morava, quando, então, foram abordados pelos policiais. Respondeu que não percebeu nada embaixo do banco e disse que não sentiu cheiro de nada (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 358/359).

O policial militar Clayton Aparecido, ouvido sob o crivo do contraditório, narrou os fatos da mesma forma que ele e seu colega de farda Gleibe Nóbrega o fizeram na fase extrajudicial. Disse que realizava patrulhamento ostensivo e Gleibe, seu parceiro, notou que, assim que o motorista do automóvel à sua frente viu a viatura (o ora acusado), virou em uma rua.

De acordo com ele, decidiram, então, ir atrás dele e o abordaram. Assim que o réu desembarcou, informou que não era habilitado. Disse que **Josiene**, a passageira, foi chamar um parente para dirigir o veículo. Porém, perceberam que o réu permanecia nervoso e, por esse motivo, resolveram realizar buscas no automóvel. Encontraram, então, a droga descrita na denúncia, sob o banco do passageiro. Asseverou que não havia "denúncia" contra os acusados (ou para o veículo). Afiançou que foi uma ocorrência derivada de patrulhamento rotineiro (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 358/359).

Já o policial civil Carlos Alberto, também ouvido sob o crivo do contraditório, relatou que os celulares dos acusados foram apreendidos e, com autorização judicial, periciados. Nada de suspeito ou incriminador encontraram nos dois telefones de **Josiene**, os quais foram apreendidos posteriormente. No celular do réu, apreendido no dia do flagrante, encontraram conversas de negociação de drogas, fotografias de entorpecente e balança de precisão, bem como comprovantes de pagamento. Esclareceu que os comprovantes estavam no nome de **Josiene** (a chave pix era de uma conta dela). Asseverou, ainda, que o acusado era conhecido da polícia civil pela prática do tráfico, mas **Josiene** não

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

era conhecida antes do flagrante (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 358/359).

Verifica-se, nesse ponto, que, ao contrário do sustentado pela defesa, havia sim fundada suspeita para a abordagem do veículo dirigido pelo réu e realização da busca pessoal e veicular. Ora, o acusado tentou despistar a viatura. Em seguida, após a abordagem, e mesmo dando permissão a **Josiene** para se ausentar do local dos fatos, a fim de chamar o irmão dela, que era habilitado e levaria o automóvel embora, o réu continuou nervoso, levantando a suspeita de que mais alguma coisa pudesse estar errada, o que se confirmou com a busca veicular.

Não há, portanto, nenhuma ilegalidade a ser reconhecida. Não se pode perder de vista que o tráfico é crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo por deliberação exclusiva de seu agente ativo.

Todavia, como já mencionado, a meu juízo, não há prova robusta nos autos que permita a condenação também de **Josiene** pelo tráfico.

Ao tempo do delito ela era absolutamente primária e não possuía antecedentes criminais (cf. certidão de fl. 44). Não era conhecida nos meios policiais. Embora fosse companheira do acusado, eles não residiam no mesmo imóvel. Desde a primeira oportunidade, **Josiene** informou que desconhecia a existência da droga que estava no automóvel do amásio. **Clayton** apresentou a mesma narrativa. Observe-se que nem mesmo os policiais militares que realizavam a abordagem informaram que havia cheiro característico de maconha no interior do veículo. E, apenas o fato de o réu utilizar a conta da ré para receber pagamentos, não configura sua participação no tráfico.

Ora, não se questionou por que **Clayton** mencionou que não podia ter conta em banco. É sabido que, em razão das penhoras *on-line*, muitas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

peessoas deixam de ter conta em banco. Eles eram companheiros há bastante tempo - cerca de 08 (oito) anos, segundo informaram -, então, por qual razão ela não poderia "emprestar" sua conta para ele?

Por certo que **Josiene** poderia participar do tráfico com o companheiro, mas, no caso em apreço, como se viu acima, forçoso concluir que existem sérias dúvidas acerca da sua participação no ilícito.

E, como se sabe, para a condenação criminal, por todo o gravame que ela acarreta, exige-se certeza absoluta da responsabilidade daquele apontado como autor do delito. Para tanto, não servem meras suposições, provas contraditórias ou pouco esclarecedoras, que façam surgir ao julgador dúvida invencível. Isto porque, no caso do processo penal, a dúvida deve favorecer a defesa, como solução benéfica do *in dubio pro reo*.

Logo, na ausência de elementos concretos e seguros que sugerem o envolvimento da acusada com o tráfico, a melhor solução, respeitada a compreensão diversa do Magistrado *a quo*, há de ser o reconhecimento do *non liquet*, com a consequente absolvição de **Josiene**. Os telefones celulares de sua propriedade devem ser, inclusive, restituídos.

Relativamente ao corréu **Clayton**, a autoria está absolutamente demonstrada.

O auto de fls. 15/16 dá conta que 02 (dois) "tabletes" de maconha realmente foram apreendidos pelos policiais militares naquele dia, tal como relatado pelo policial Clayton Aparecido em solo judicial.

A circunstância de ser eventualmente usuário de drogas, por si só, não o exime da prática do tráfico, pois é fato notório que, no mais das vezes, os usuários também vendem drogas, até mesmo para sustentar o próprio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

vício. Entretanto, a quantidade de droga apreendida não é compatível com a condição de usuário.

Percebe-se, assim, que a prova dos autos apurou, de maneira inequívoca, que apenas **Clayton** trazia consigo e transportava os "tabletes" de maconha.

A quantidade apreendida de droga, e a forma como estava acondicionada – 997,5 gramas de maconha, distribuídos em 02 (dois) "tabletes", ainda a serem fracionados (peso líquido, segundo laudo pericial de fls. 87/89) –, aliadas à prova oral e às circunstâncias em que se deram os fatos, não deixam margem a dúvidas acerca da sua destinação mercantil.

Inviável, portanto, a absolvição pretendida por **Clayton**, eis que bem delineada a sua responsabilidade pelo crime de tráfico de drogas, nos moldes do reconhecido na sentença recorrida.

Referentemente ao delito do artigo 35 da Lei Antidrogas, o vínculo associativo para o tráfico, de maneira estável e duradoura, de forma organizada e com prévia divisão de tarefas, como se exige, na espécie, a meu juízo, não restou suficientemente caracterizado nos autos, de modo que a absolvição de ambos os acusados, quanto a esse outro delito, é medida que se impõe.

De fato, nenhum elemento de convicção se direciona nesse sentido, em que pese a circunstância de os apelantes terem sido abordados juntos. Como já mencionado, não entendo que **Josiene** possa ser responsabilizada pela posse e transporte da droga apreendida.

Não houve "denúncias" contra eles, não houve campanhas ou mesmo uma investigação mais duradoura, com interceptação telefônica, que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

descrevesse qual era a função de cada integrante da associação, bem como se havia estabilidade. Nem mesmo os policiais conheciam **Josiene**, e os outros indivíduos mencionados pelo *Parquet* na denúncia não foram identificados.

Apesar da razoável quantidade de droga apreendida, reputo que a simples reunião esporádica é insuficiente para caracterizar o delito em questão.

Na verdade, **"não será toda vez que ocorrer o concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um *animus associativo*, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a **coautoria**"** (*in* Tóxicos, Vicente Greco Filho, Editora Saraiva, 14ª edição, p. 209/210).

No mesmo sentido, se direciona a jurisprudência deste Tribunal de Justiça: ***"Apelação do Ministério Público. Artigos 33, caput, e 35, caput, da Lei 11.343/06. Autoria e materialidade do tráfico bem caracterizadas. Depoimentos dos policiais militares coerentes com as demais provas dos autos podem fundamentar decreto condenatório. Ausência de prova de associação estável e organizada entre os réus. Absolvição mantida quanto ao delito do artigo 35, da Lei 11.343/06. Hipótese distinta da reiteração criminosa em coautoria. Inconstitucionalidade da minorante inscrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inocorrência. Distinção necessária entre norma geral e específica, assim como entre os conceitos de princípio e de regra. Hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei de Tóxicos. Ausência de provas de que o réu se dedique às atividades criminosas. Pena-base mantida no piso legal.***

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Recurso desprovido" (TJSP, Apelação Criminal nº 0001110-13.2010.8.26.0510, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Marco Nahum, j. em 03/10/2011).

Sendo esta a hipótese dos autos, onde a prova não tratou de evidenciar a existência de ânimo associativo estável e organizado entre os réus, respeitado, evidentemente, o entendimento diverso do Juiz sentenciante, a absolvição por esse outro delito é mesmo medida que se impõe, como solução benéfica do *in dubio pro reo*.

Com essa conclusão, passa-se à análise da pena do delito de tráfico para **Clayton**.

A fim de se afastar o *bis in idem*, já que a quantidade de droga apreendida será considerada apenas na terceira etapa do cálculo dosimétrico, fixo a base no mínimo legal. Na segunda etapa, a reprimenda não sofrerá modificação, já que ausentes agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas.

E, na derradeira etapa, mesmo afastado o delito de associação para o tráfico, **Clayton** não faz jus ao redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

A quantidade de maconha apreendida – praticamente **1 Kg** –, a meu ver, demonstra que ele se dedicava a essa atividade criminosa, não sendo iniciante no tráfico, conforme tem decidido a melhor jurisprudência, tanto que a ele foi confiada grande quantidade do entorpecente (de valor significativo), o qual, após fracionado, atingiria uma infinidade de usuários.

Confira-se, nesse teor, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: **"Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. (...) 5. In casu: (i) consta dos autos que o paciente, em concurso com um adolescente, transportava e tinha em depósito, para consumo de terceiros, 6,280 Kg (seis quilos e duzentos e oitenta gramas) de maconha, e 787,9 gramas de cocaína em pedra, acondicionadas em invólucros, disso resultando sua condenação a 5 (cinco) anos de reclusão e a 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado, por estar incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; (ii) para fundamentar a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Juízo de origem ponderou negativamente as circunstâncias do crime, destacando a forma como a droga estava acondicionada e o concurso de pessoas, com envolvimento de adolescente, de forma a facilitar a comercialização, tudo conduzindo à conclusão de que não se trata de uma ação individual e ocasional, mas sim que o paciente se dedicava a atividades criminosas; (iii) apesar da robusta fundamentação, sustenta o impetrante que não houve adequada motivação do arredamento da aludida minorante, pois entende que teria sido considerada apenas a quantidade da droga. 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante. 7. Ordem denegada" (STF, HC n. 101519/SP, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 20/03/2012, pub. em 26/04/12 - grifei).

Resta para **Clayton**, agora, a pena final de **05 (cinco) anos** de reclusão, mais o pagamento de **500 (quinhentos) dias-multa**, no mínimo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

legal.

O regime prisional fixado, também no meu entendimento, deve ser mitigado, já que a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 11.464/07, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial fechado, nos casos de condenação pelo delito do artigo 33 da Lei Antidrogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27/06/2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Bem por isso, e tratando-se de réu primário e sem antecedentes criminais (cf. certidão de fl. 46), nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, estabeleço o regime inicial **semiaberto** para a expiação.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos continua inviável, em razão do *quantum* de pena imposta ao apelante (cf. artigo 44, inciso I, do Código Penal).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso da acusada **Josiene** a fim de absolvê-la da prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, **com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal**; e dá-se parcial provimento ao recurso do acusado **Clayton** a fim de absolvê-lo da prática do delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, **com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal**; e reduzir a sua pena, relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, para **05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos)**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

dias-multa, no piso legal, fixando o regime inicial **semiaberto** para a expiação;
preservada, quanto ao mais, a sentença recorrida.

NELSON FONSECA JÚNIOR
Relator