



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000388415

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500079-77.2024.8.26.0578, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são apelantes IVAN DE JESUS FRAGA, ILSON EXPOSTO e LUÍS FERNANDO DE CARVALHO GARCIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, rejeitaram as preliminares arguidas e deram provimento parcial aos recursos Defensivos, nos termos que constarão do acórdão**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 13.534

APELAÇÃO nº 1500079-77.2024.8.26.0578

COMARCA: Santa Cruz do Rio Pardo – Vara Criminal

APELANTES: Luís Fernando de Carvalho Garcia, Ilson Exposto e Ivan de Jesus Fraga

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO.

I. Caso em Exame

1. Recursos de apelação interpostos por Luís Fernando de Carvalho Garcia, Ilson Exposto e Ivan de Jesus Fraga contra sentença que os condena por tráfico de drogas e associação ao tráfico. Alegações de nulidade da prova por abordagem ilícita e insuficiência probatória para especificadas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a legalidade da abordagem policial e a validade das provas obtidas; (ii) analisar a suficiência das provas para o tráfico de drogas e associação para o tráfico.

III. Razões de Decidir

3. A abordagem policial foi considerada legal, com suspeita fundada, em local conhecido por tráfico de drogas, justificando a busca pessoal e veicular. 4. As provas apresentadas, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas, foram consideradas suficientes para serem expressas por tráfico de drogas, mas insuficientes para associação para o tráfico.

IV. Dispositivo e Tese

5. Preliminares rejeitadas. Recursos Defensivos parcialmente providos. Tese de julgamento: 1. A legalidade da abordagem policial em casos de suspeita fundada em locais de tráfico. 2. A suficiência de provas para expressão por tráfico de drogas, mesmo sem associação estável entre os réus.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 69.

Lei nº 11.343/2006, arts. 33 e 35.

Código de Processo Penal, arts. 240, § 2º, 244, 158-A, 386, VII.

Jurisprudência Citada:

STJ, Habeas Corpus nº 222.173/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011.

TJ-MS, Apelação Criminal nº 0001794-13.2014.8.12.0016, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 10/05/2017.

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelas Defesas de ***Luís Fernando de Carvalho Garcia, Ilson Exposto e Ivan de Jesus Fraga*** contra a sentença de fls. 511/524, que julgou procedente a ação penal, declarando-os incurso no artigo 33, “caput” e no artigo 35, “caput” ambos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, condenando-os às penas de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 1.632 (mil, seiscentos e trinta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, apelou ***Luís Fernando de Carvalho Garcia***, requerendo, preliminarmente, a nulidade da prova devido à abordagem ilícita, a falta de fundada suspeita para a busca pessoal e veicular. No mérito, buscou a absolvição dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, alegando ausência probatória e, subsidiariamente a desclassificação do crime de tráfico de drogas para porte de entorpecentes para consumo pessoal. Requereu ainda, caso não acolhida as teses anteriores, a revisão da dosimetria e a restituição do veículo apreendido (fls. 664/675).

Apelou ***Ilson Exposto*** alegando, preliminarmente, a nulidade dos autos devido ao ingresso ilegal dos policiais na residência, sem mandado judicial ou autorização dos moradores, bem com a nulidade da prova devido à abordagem ilícita, em

razão da falta de fundada suspeita para a busca pessoal. Ainda em preliminar, buscou a nulidade dos autos em razão da quebra de cadeia de custódia das provas. No mérito, buscou a absolvição do crime de associação para o tráfico por falta de comprovação de estabilidade na conduta dos acusados. Por fim, requereu a revisão da dosimetria aplicada, a isenção ou redução da pena de multa e a concessão da prisão domiciliar, tendo em vista ser o apelante portador de doença grave (fls. 558/574).

Apelou também *Ivan de Jesus Fraga* alegando, preliminarmente, a nulidade da prova devido à abordagem ilícita, em razão da falta de fundada suspeita para a busca pessoal e veicular. Ainda em preliminar, buscou a nulidade dos autos em razão da quebra de cadeia de custódia das provas. No mérito, buscou a absolvição do crime de tráfico sob a alegação de que as provas carreadas aos autos são insuficientes à manutenção do decreto condenatório. Subsidiariamente, postulou a desclassificação do crime de tráfico de drogas para porte de entorpecentes para consumo pessoal e, buscou a absolvição do crime de associação para o tráfico por falta de comprovação de estabilidade na conduta dos acusados. Requereu ainda, caso não acolhida as teses anteriores, a revisão da dosimetria penal e o afastamento ou diminuição da pena de multa (fls. 543/557).

Os recursos foram recebidos, sendo apresentadas contrarrazões às fls. 583/590 e 681/688.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se às fls. 697/719.

É o relatório.

Inicialmente, não há que se falar na existência de nulidade decorrente de ausência de fundada suspeita para a abordagem, busca pessoal e veicular.

Importante destacar que os critérios para a realização de busca pessoal, leia-se no caso, da abordagem de pessoa em atitude suspeita, possuem parâmetros mais flexíveis do que aqueles estipulados, por exemplo, para a entrada em domicílio alheio por agentes do Estado.

Conforme se extrai do artigo 244, *caput*, do Código de Processo Penal, a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objeto ilícito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Dispõe o artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal que se procederá à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos, que

consistem em coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação, contrafação, objetos falsificados ou contrafeitos, armas, munições, instrumentos destinados à prática de crimes ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, cartas dirigidas ao acusado cujo conteúdo possa elucidar o fato criminoso e qualquer outro elemento de convicção.

Por suspeita fundada, entende-se aquela amparada por elementos concretos, e não meramente subjetivos, que possam ser objetivamente expostos de forma a demonstrar, racionalmente, a proporcionalidade da medida, bem como a necessidade premente de se relativizar os direitos fundamentais à intimidade e privacidade em prol da utilidade da persecução criminal.

É conceito básico que as instituições de segurança elencadas de forma taxativa nos incisos I a VI, do *caput*, do art. 144, da Constituição Federal, poderão, nos termos do art. 244, do Código de Processo Penal fazer busca pessoal, independente de mandado quando houver fundada suspeita. Logo, as forças policiais não necessitam de mandado para busca pessoal. Ressalte-se que o crime em questão figura entre aqueles classificáveis permanentes, que caracterizam estado de flagrância.

Com efeito, os policiais militares ouvidos nos autos, afirmaram em uníssono que ao realizarem patrulhamento em

conhecido ponto de forte traficância, avistaram o acusado **Luís Fernando**, saindo de seu veículo e ao perceber a aproximação da viatura, demonstrou grande nervosismo, acelerando o passo e indo de encontro aos outros corréus **Ilson** e **Ivan**, que também ao visualizarem a viatura, demonstraram atitude suspeita, inclusive, tendo o acusado **Ivan**, colocado rapidamente algo no bolso de suas vestes e começado a iniciar uma simulação de conversa ao celular, o que levantou suspeitas imediatas, ensejando assim, na abordagem ao três rapazes, resultando na apreensão de drogas e dinheiro. Informaram ainda, que o acusado **Ivan**, já era pessoa conhecida dos meios policiais na cidade por envolvimento no tráfico de drogas. Segundo as testemunhas, durante a abordagem, o acusado **Luís Felipe**, se mostrou ainda, muito inquieto, observando o seu veículo a todo instante, o que motivou também, na vistoria veicular. Assim, o policial Evandro Xavier, com uma lanterna, pois já se tratava de período noturno, iniciou uma vistoria inicialmente pelo lado externo do veículo e, em certo momento, iluminando o interior, visualizou um pacote atrás do banco do passageiro, que posteriormente, soube-se que se tratava de um tijolo de maconha, envolta em plástico filme. Todos os réus negaram a propriedade da droga apreendida. Diante da apreensão das drogas, tanto na revista pessoal, quanto no veículo, foram os acusados conduzidos ao distrito policial. Já no Distrito Policial de Ourinhos, os policiais responsáveis pela diligência, foram informados por outros agentes da Força Tática que o acusado **Ilson**, era pessoa bem conhecida dos meios policiais, com atividades ligadas ao tráfico de entorpecentes. Questionaram então, o réu **Ilson**, sobre eventual existência de drogas em sua residência, que prontamente negou, indicando endereço que não se tratava realmente de sua residência,

contudo, os policiais da Força Tática, possuíam o endereço real da residência do réu e para lá se dirigiram, sendo certo, que o acusado **Ilsan**, ao perceber que estavam se aproximando da sua real residência, confessou que havia drogas em sua casa e se destinavam ao comércio a terceiros. Na residência, após franqueada a entrada, os agentes policiais, lograram êxito na localização de porções de cocaína, crack e maconha.

Desta forma, diante da atitude dos acusados, que em conhecido ponto de traficância e, ao notarem a aproximação policial, portaram-se de forma suspeita, sendo certo que **Luís Felipe** rapidamente fechou a porta do veículo e acelerou o passo, bem como a atitude de **Ivan**, que começou a simular uma conversa ao celular, não há que se falar em ausência de fundada suspeita para realização da abordagem policial, patente a presença da situação autorizadora do ato.

Note-se que a narrativa dos fatos deixa evidente que os policiais militares tinham fundadas razões para realização da busca pessoal e veicular – que acabou sendo bem-sucedida.

Deste modo, tratando-se de tráfico de drogas, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca pessoal e do veículo que culminou com a prisão dos acusados, não constitui prova ilícita, eis que evidenciada a figura do flagrante delito.

Paralelamente, cumpre esclarecer, também, inexistir ilegalidade a ser reconhecida, uma vez que a falta de mandado de busca e apreensão, autorização do réu ou justa causa para a entrada dos policiais na sua residência do réu não tem o condão de desnaturar a validade das diligências efetuadas, diante da natureza permanente do crime de tráfico de drogas e, conseqüentemente, da notória existência do estado de flagrância, justificador da ação dos agentes estatais.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. TESE DE INOCÊNCIA. REEXAME DE PROVAS INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. O Paciente foi preso em flagrante delito na posse de 01 (uma) porção de "maconha" e 04 (quatro) porções de "haxixe", tendo sido encontrados, ainda, em sua residência, "cocaína", uma balança de precisão e outros apetrechos relacionados ao tráfico.

2. Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da

inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente.

3. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

4. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da variedade e quantidade da droga apreendida.

5. A apreciação da tese de inocência do Paciente demanda, inevitavelmente, o reexame da matéria fático-probatória, o qual, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ.

6. Ordem denegada.” (STJ – 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 222.173/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

De fato, diante da situação revelada pelos policiais da força tática sobre o acusado Ilson, de que já era bem conhecido dos meios policiais, justamente pelo envolvimento com o tráfico de drogas. Ademais, pela narrativa dos fatos, o acusado juntamente com os demais já estavam detidos em flagrante delito. Deveras, importante mencionar que, não houve nenhuma violação a direito consagrado pela Lei maior, haja visto, que embora em estado de flagrância, também houve a autorização para o ingresso na residência, não podendo de olvidar que o próprio acusado confessou que em sua residência havia drogas, indicando, inclusive o local em que estavam armazenadas na residência, logrando-se êxito na localização dos entorpecentes.

Assim, a existência de estado flagrancial, autorizava a incursão policial, uma vez que o tráfico de entorpecentes é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, inexistindo ilegalidade na atuação dos policiais militares ou irregularidade a ser reconhecida, mostrando-se perfeitamente legal a apreensão dos entorpecentes, não havendo que se falar em ilicitude da prova produzida nos autos.

Também não há que se cogitar de **quebra da cadeia de custódia** em desrespeito à preservação dos celulares apreendidos nos autos.

De início há a apreensão dos aparelhos e autorização para a sua perícia.

Os aparelhos foram devidamente periciados, sendo correto afirmar que houve o rigor dos trâmites relativos às perícias em geral, pois devidamente acondicionado em sacos plásticos e lacrados os objetos.

Em que pese as alegações defensivas, não há qualquer indício de que houve quebra da cadeia de custódia, já que o aparelho celular foi manuseado apenas pelos policiais militares, pelo perito e pelos policiais civis, indivíduos que exercem função pública relevante e que, presumidamente, cumprem a lei.

Deve ser destacado que no caso em apreço, observa-se que os aparelhos foram apreendidos e levados à Autoridade Policial que determinou o seu encaminhamento para a perícia, devidamente embalados, lacrados e numerados.

Como bem observado, os policiais militares, mantiveram inicialmente o foco na pacificação e segurança da abordagem, resguardando os acusados e o local, para após, passar ao momento de coleta das eventuais provas materiais relacionadas ao delito, o que fizeram seguindo os limites legais. Por óbvio que não há uma cronologia rigorosa a ser seguida, tendo em vista que cada diligência policial pode demandar maior ou menor complexidade. O importante, no caso concreto é que houve a apreensão tanto das drogas e dos aparelhos celulares, de modo correto e legal, concluindo na entrega à Autoridade Policial para a lacração e encaminhamento à perícia.

Desta forma, o procedimento ditado pela legislação processual penal acerca da documentação e preservação da prova produzida foi observado e, com o devido respeito, não há que se falar em violação ao disposto no artigo 158-A, do Código de Processo Penal.

De se notar que, como bem mencionado pelo Magistrado monocrático, com o qual compartilho o entendimento:

“Quanto à alegação da defesa de quebra da cadeia de custódia, a tese se pautava em elemento frágil que não permite concluir que houve desrespeito à disposição processual de preservação da prova. Entre o momento do fato, quando a Polícia Militar aborda os indivíduos, até o lacre dos celulares pela Polícia Civil para encaminhamento à perícia científica, não há uma sequência rígida e pré-determinada de acontecimentos que isolem os celulares. Apenas após a

efetiva apreensão e o lacre dos aparelhos é que se tem o fechamento efetivo de seu uso. Enquanto os militares estão na diligência, o foco é a segurança da equipe e de terceiros, não sendo, em muitos casos, o celular isolado de imediato, muitas vezes permanecendo em poder dos abordados. Apenas quando há a gestão de crise e a pacificação da abordagem, é que se passa ao segundo momento de coleta de objetos que possam estar relacionados ao crime, o que pode ser feito pela polícia científica, se for o caso. Portanto, a complexidade da situação em concreto não permite definir uma sequência perfeita de minutos até o lacre do celular para se concluir se houve ou não violação da cadeia de custódia. Além disso, todas as mensagens analisadas pelos policiais que foram objeto do processo foram trocadas entre os autores antes da prisão, não havendo indícios de adulteração das provas. Dessa forma, afasto a alegação de nulidade por quebra da cadeia de custódia.”.

Ainda, importante destacar que não há qualquer prova que indique que os policiais alteraram quaisquer dados dos aparelhos, inclusive, a extração dos dados do aparelho foi realizada através do uso das ferramentas forenses por peritos capacitados.

As regras relativas à cadeia de custódia, foram positivadas com a edição da Lei no 13.964/19 e a introdução dos art.158-A a 158-F no Código de Processo Penal.

Guilherme Nucci, por exemplo, menciona que se trata como “*uma aproximação da nossa legislação à dos países de Primeiro Mundo, demonstrando a preocupação com a realização e preservação da prova pericial*”. Mas, na outra ponta, adverte que “*(...) é preciso ponderar que o Brasil dispõe de regiões bem diferentes, em*

matéria de concentração populacional e de renda. Há lugares em que a cadeia de custódia será desrespeitada por falta absoluta de condições materiais”.

Diante disso, é possível inferir que não cabe adotar um formalismo radical nesse campo. O que significa dizer, a inobservância de determinada regra no procedimento da cadeia de custódia não enseja, por si só, a nulidade da prova. A irregularidade há de envolver aspecto relevante para a causa, da qual se possa extrair uma suspeita de falta de credibilidade da prova, ou seja, de não correspondência entre a prova valorada e a prova colhida.

Ademais, para o reconhecimento da alegada nulidade, pressupõe a comprovação de eventual prejuízo experimentado pelos acusados, conforme preceito contido no artigo 563 do Código de Processo Penal, sendo descabida a sua presunção, no afã, tudo a se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional.

Afastadas, portanto, as preliminares arguidas, passa-se a análise do mérito.

Consta da denúncia que, no dia 27 de janeiro de 2024, por volta de 20h50min, na Rua Aprizio A. Pereira, em frente ao numeral 100, na Vila Divinéia, na cidade e Comarca de Santa Cruz do

Rio Pardo, os ora apelantes **ILSON EXPOSTO, LUÍS FERNANDO DE CARVALHO GARCIA e IVAN DE JESUS FRAGA** previamente associados e em unidade de propósitos, traziam consigo e mantinham em depósito, para fins de venda, entrega ou fornecimento a terceiros, ainda que gratuito, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, consistentes em 2 (duas) porções de cocaína, individualmente embaladas, com massa líquida de 3,23g; bem como 2 (duas) porções de *Cannabis sativa L*, vulgarmente conhecida como *maconha*, uma com massa líquida de 2,45g, e outra, a granel, ainda a ser dividida, com massa líquida de 685,84g, na forma conhecida como “tijolo”, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta ainda, que o apelante **ILSON EXPOSTO** no mesmo dia, momentos depois, na Rua Antônio Segala, nº 342, Vila Brasil, na cidade e Comarca de Ourinhos, associado aos acusados **LUÍS FERNANDO DE CARVALHO GARCIA e IVAN DE JESUS FRAGA** mantinha em depósito, para fins de venda, entrega ou fornecimento a terceiros, ainda que gratuito, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, consistentes em 2 (duas) porções de cocaína, uma na forma conhecida como crack, com massa líquida de 80,7g, e outra, em pó, com massa líquida de 62,13g, ambas ainda a serem divididas; bem como 1 (uma) porção de *Cannabis sativa L*, vulgarmente conhecida como *maconha*, ainda a ser dividida, com massa líquida de 211,52g, em forma de “tijolo”, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Por fim, apurou-se que, os apelantes **LUÍS FERNANDO DE CARVALHO GARCIA, ILSON EXPOSTO e IVAN DE JESUS FRAGA** em data e horário não especificados, mas em continuidade delitiva até a data de 27 de janeiro de 2024, nos locais retro indicados,

associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 08/14), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 28/30), pelos laudos periciais (fls. 25/27, 28/30, 31/33, 168/171, 172/176 e 177/181), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

Ouvido em Juízo, o apelante **Luís Fernando de Carvalho Garcia** afirmou que é usuário de *maconha* e cocaína e, no dia dos fatos trabalhou o dia inteiro no lava-rápido em Assis. Após o encerramento do expediente, saiu para comprar drogas, mas não encontrou drogas “boas”, então se dirigiu até Ourinhos, pois tinha conhecimento de que lá havia uma biqueira que vendia drogas “boas”. Comprou as porções de cocaína e *maconha* e passou em posto de combustível para beber uma cerveja, ocasião que encontrou **Ilson**, que lhe disse que iria a uma festa em Santa Cruz do Rio Pardo e se podia lhe dar uma carona, respondendo que não tinha combustível. **Ilson** então lhe perguntou se R\$300,00 era suficiente para levá-lo, no que concordou. Em Santa Cruz do Rio Pardo, no local da festa **Ilson** encontrou outro rapaz. Não conhecia os acusados **Ilson** e **Ivan**, antes dos fatos. Sustentou que o dinheiro apreendido era proveniente de seu trabalho. Confirmou

que estava conduzindo o veículo que foi abordado pelos militares, mas não soube dizer de quem era a droga encontrada (*Mídia SAJ – fls. 444*).

Em juízo, o réu **Ilson Exposto**, afirmou que teve um infarto e toma medicamentos. Disse que conhecia o corréu **Ivan** de quando cumpriram pena na Penitenciária e o acusado **Luís Fernando**, conheceu apenas no dia da prisão, em um posto de combustível. Relatou que foi no veículo de **Luiz Fernando** de Ourinhos a Santa Cruz do Rio Pardo e lá, encontraram **Ivan** em uma festa, na casa do cunhado dele (Ivan). Não soube dizer de quem era a droga que estava dentro do carro, alegando que trazia consigo pouca droga para seu consumo. Não soube dizer se **Ivan** entrou no veículo antes da polícia achar a droga, alegando que, de quando chegaram na festa até a chegada da polícia decorreu certo tempo. Disse que é proprietário da droga que foi localizada pela polícia em sua casa em Ourinhos. Afirmou que tem problemas sérios de saúde e pouca expectativa de vida e por isso consome bastante droga. Respondeu que não conhecia o **Luís Fernando**, mas conversou com ele e pediu para levá-lo até Santa Cruz. Negou a venda de drogas, aduzindo que as estava guardando. Não soube explicar as mensagens extraídas de seu celular com compra, venda e entrega de drogas (*Mídia SAJ – fls. 444*).

O apelante **Ivan De Jesus Fraga**, na fase judicial, afirmou que é usuário de cocaína e *maconha*. Quanto aos fatos, disse que na data de sua prisão, de fato, estava em uma festa em Santa Cruz do Rio Pardo e não conhecia o acusado **Luís Fernando**, tendo o

visto apenas na festa. Relatou que não entrou no carro de **Luís Fernando**, assim como, não viu a apreensão de drogas no veículo, pois estava na abordagem dos policiais. Negou a propriedade das drogas apreendidas. Afirmou que conhecia o réu **Ilson** por terem cumprido pena juntos por tráfico de drogas no ano de 2015. Disse que o dinheiro que foi apreendido em sua posse era proveniente de seu trabalho e usaria parte para ajudar na festa e parte para comprar droga. Não quis responder se o corréu **Ilson** era o fornecedor das drogas que iria comprar. Negou a prática do tráfico de drogas. Afirmou que as conversas extraídas de seu celular tratando de compra e venda de drogas era brincadeira e só queria um pouco de droga para usar na festa. Disse que no momento da abordagem, não teve mais acesso aos seus pertences (*Mídia SAJ – fls. 444*).

Por outro lado, o policial militar **Evandro Gonçalves Xavier**, ouvido em juízo esclareceu que, na data dos fatos estava em patrulhamento pelo bairro Divinéia em local já conhecido por haver tráfico de drogas, visualizou **Luís Fernando** saindo de um veículo e ao visualizar a viatura, fechou a porta do carro, andou apressado e foi à calçada em que estavam **Ilson** e **Ivan**. Narrou que o acusado **Ivan**, ao avistar a viatura, demonstrou nervosismo e colocou algo no bolso e tentou disfarçar simulando uso do celular. Diante dessas atitudes, que no momento lhes pareceu bem suspeitas, a equipe resolveu abordá-los. Na revista pessoal a **Luís Fernando** encontrou com uma porção de *maconha*, uma porção de cocaína, a quantia de R\$2.695,00 em notas diversas, dois aparelhos celulares e as chaves do veículo. Com o acusado

Ivan, a quantia de R\$3.010,00, um pino de cocaína cheio, um pino vazio e dois aparelhos celulares. Com **Ilson** havia apenas um aparelho celular e a quantia de R\$112,00 em notas diversas. Esclareceu que os suspeitos foram separados e indagados, apresentaram versões distintas. Durante a abordagem, a equipe percebeu que o acusado **Luís Fernando** ficava olhando inquieto para o veículo, o que motivou a equipe a vistoriar o carro. Disse que com a lanterna, começou a olhar o veículo e percebeu no banco de trás, um tijolo grande de *maconha* envolto em papel filme. De imediato informou aos outros policiais e, assim os acusados foram conduzidos ao plantão policial de Ourinhos. Os acusados **Luís Fernando** e **Ilson** não souberam explicar a origem do dinheiro e não tinham conhecimento de onde estavam, visto que eram moradores de outras cidades. estavam. Relatou que, na Delegacia de Polícia em Ourinhos, conversou com policiais locais que afirmaram que **Ilson** era conhecido por envolvimento no tráfico de drogas e, que podia ser possível que na residência do acusado poderia ter drogas, tendo em vista que havia informações de seu forte envolvimento com a traficância. Questionado, **Ilson**, inicialmente negou que houvesse droga em sua casa e forneceu um endereço para checarem, contudo, os policiais da Força Tática de Ourinhos, sabiam o endereço correto dele e informaram. Na residência indicada pelos outros policiais, o acusado **Ilson** notou que foram à sua casa verdadeira e confessou a existência de drogas no imóvel para venda, indicando ainda, onde estavam armazenadas as drogas. Encontraram dois tijolos de cocaína e um de *maconha*. Sobre a droga que estava no veículo em Santa Cruz, o acusado **Luís Fernando** disse que não sabia que havia droga no carro. Não conhecia os acusados antes dos fatos. Não havia denúncias anteriores em nome dos acusados,

mas, havia denúncias em relação ao local (*Mídia SAJ – fls. 378*).

A testemunha **Edinelson Fernandes de Oliveira**, também policial militar, reafirmou o depoimento prestado pelo seu colega Evandro, acrescentando que o acusado **Ivan** era conhecido há muito tempo em Santa Cruz por envolvimento no tráfico de drogas. Esclareceu ainda que na residência do acusado **Ilson**, a entrada foi autorizada pela namorada do acusado. No momento da abordagem os acusados não confessaram a prática do tráfico de drogas (*Mídia SAJ – fls. 378*).

Ressalta-se, por oportuno, que policiais não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente os réus, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação. A esse respeito, inclusive, é entendimento da jurisprudência que:

“A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele

tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (STF, HC 74.522, in D.J. 13/12/1996);

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecente e receptação – Condenação – Depoimento de delegados de polícia que atestam a apreensão da substância entorpecente com o acusado e as circunstâncias das investigações – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, especialmente quando prestadas em juízo, sob a garantia do contraditório, não se podendo desqualificá-lo somente em razão de sua condição profissional” (Apelação Criminal nº 990.08.052356-2, 4ª. Câmara Criminal, Rel. Salles Abreu, j. 28/4/2009).

E o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido.” (HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014).

A testemunha **Fabiano Batista Soares**, cunhado do réu **Luís Fernando**, ouvido como informante, disse que o acusado é usuário de drogas o que já causou vários problemas na família. Disse que o réu sempre foi trabalhador, mas quando usava drogas ficava agressivo e por vezes sumia de casa (*Mídia SAJ – fls. 378*).

A testemunha **Carlos Alberto Sampaio**, disse que é conhecido de **Luís Fernando** e o conhece do lava-rápido. Disse que ficou surpreso quando soube da prisão do acusado, pois é uma pessoa trabalhadora (*Mídia SAJ – fls. 378*).

A testemunha **Jonatas Gonçalves**, cunhado do réu **Ivan**, ouvido como informante, disse que a festa era referente ao seu aniversário. Não conhecia os outros réus. Disse que o cunhado é usuário de drogas e na época trabalhava (*Mídia SAJ – fls. 378*).

Este o contexto probatório.

Em relação ao crime de **tráfico de entorpecentes**, restou devidamente caracterizada a materialidade e a autoria do delito em relação aos três réus.

Conforme já dito anteriormente, as testemunhas policiais em patrulhamento em conhecido ponto de forte traficância, avistaram o acusado **Luís Fernando**, saindo de seu veículo e ao perceber a aproximação da viatura, demonstrou nervosismo aparente, acelerando o passo e indo de encontro aos outros corréus **Ilsan** e **Ivan**, que também ao visualizarem a viatura, demonstraram atitude suspeita, inclusive, tendo o acusado **Ivan**, colocado rapidamente algo no bolso de suas vestes e começado a iniciar a simulação de uma conversa ao celular, o que levantou suspeitas imediatas, ensejando assim, na abordagem ao três rapazes, resultado na apreensão de drogas e dinheiro. Informaram ainda, que o acusado **Ivan**, já era pessoa conhecida dos meios policiais na cidade, por envolvimento no tráfico de drogas. Segundo as testemunhas, durante a abordagem, o acusado **Luís Felipe**, se mostrou ainda, muito inquieto, observando o seu veículo a todo instante, o que motivou também, na vistoria veicular. Assim, o policial Evandro Xavier, com uma lanterna, pois já se tratava de período noturno, iniciou uma vistoria inicialmente pelo lado externo do veículo e em certo momento, iluminando o interior, visualizou um pacote atrás do banco do passageiro, que posteriormente, soube-se que se tratava de um tijolo de maconha, envolta em plástico filme. Todos os réus negaram a propriedade da droga apreendida. Diante da apreensão das drogas, tanto na revista pessoal, quanto no veículo, foram os acusados conduzidos ao distrito policial. Já no Distrito Policial de Ourinhos, os policiais responsáveis pela diligência, foram informados por outros agentes da Força Tática que o acusado **Ilsan**, era pessoa bem conhecida dos meios policiais, com atividades ligadas ao tráfico de entorpecentes. Questionaram então, o réu **Ilsan**, sobre eventual existência de drogas em

sua residência, que prontamente negou, indicando endereço que não se tratava realmente de sua residência, contudo, os policiais da Força Tática, possuíam o endereço real da residência do réu e para lá se dirigiram, sendo certo, que o acusado **Ilson**, ao perceber que estavam se aproximando da sua real residência, confessou que havia drogas em sua casa e se destinavam ao comércio a terceiros. Na residência, após franqueada a entrada, os agentes policiais, lograram êxito na localização de porções de cocaína, crack e maconha.

Como se vê, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que os réus traziam consigo e tinham em depósito as drogas apreendidas pelos policiais militares. A quantidade e variedade de entorpecentes apreendida nos autos, as circunstâncias das suas prisões, aliadas aos demais elementos de prova, evidencia com segurança que as substâncias ilícitas se destinavam à traficância.

Assim, indene de dúvidas de que os réus praticaram as condutas narradas na denúncia, o que afasta a possibilidade de absolvição. Demais disso, temos os depoimentos sólidos e coerentes dos policiais militares, responsáveis pela prisão e pela diligência que culminou no encontro das drogas. Não há nos autos qualquer indício probatório para se dar maior valor à negativa do réu a respeito dos fatos em juízo, do que os depoimentos harmônicos, robustos e coesos dos policiais. Nada há nos autos, que possua o condão de colocar em dúvida a veracidade dos relatos dos policiais que prenderam os réus.

Deve-se ter em mente que essas testemunhas não teriam motivos para, falsamente, imputarem a prática de tão grave conduta a pessoa que soubessem ser inocente. Suas narrativas guardam total coerência com tudo o que se apurou nos autos acerca do comportamento dos acusados, e valem pela coerência e harmonia que revelam.

Importante ressaltar que quando coerentes as declarações dos policiais, não se pode deixar de outorgar habitual valor probatório apenas em razão de sua condição de supostamente possuírem interesse em legitimar seus atos.

Ausente, portanto, qualquer mácula que prejudique a prova coligida nos autos, reafirmando-se que a essência da prova oral produzida é segura e sólida, revelando-se dotada de pleno crédito para o convencimento judicial.

Assim, em que pese os argumentos defensivos, a prova acusatória é sólida, e não deixa nenhuma dúvida quanto à responsabilidade dos apelantes em relação aos fatos que lhe foram atribuídos nos autos.

Nítido, ao serem cotejados os dados acima com as características das drogas encontradas, em quantidade considerável (muito superior, inclusive, ao que poderia ser destinado a mero consumo

individual), que se acha inequivocamente configurado o exercício de traficância.

Outrossim, registra-se que a alegação dos acusados serem usuários de drogas não obsta à conclusão de que também estavam ali para a prática do crime de narcotraficância, sendo certo que muitos usuários se utilizam da venda de drogas para sustentar o próprio vício.

Assim, ainda que os réus sejam usuários de drogas o que, frise-se, não foi suficientemente comprovado - tal circunstância não os isenta da prática criminosa.

Nesse sentido:

*"EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA
TRÁFICO DE DROGAS PROVA ROBUSTA
INVIABILIDADE DA ABSOLVIÇÃO OU
DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O
DELITOPREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE
DROGAS CONDENAÇÃO MANTIDA
RECURSO DESPROVIDO. A prova carreada
aos autos não deixa dúvidas quanto à prática do
crime de tráfico de drogas. A significativa
quantidade de droga, a forma como estava*

acondicionada e as circunstâncias do caso concreto, comprovam a autoria, inviabilizando a absolvição ou desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. A versão do réu de que é apenas o usuário está isolada nos autos. Se usuário for, isto não afastaria, por si só, a imputação do crime de tráfico, pois é comum a figura do usuário-traficante. Condenação mantida. com o parecer recurso não provido.” (TJ-MS 00017941320148120016 MS 0001794-13.2014.8.12.0016, Relator: Des. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS, data de Julgamento: 05/10/2017, 3ª Câmara Criminal).

Deste modo, não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Impunha-se, portanto, a condenação de todos os acusados, não havendo cogitar-se de absolvição por insuficiência probatória, ou mesmo a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas, já que suas atitudes se coadunam, perfeitamente, com a figura delitiva prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito,

transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

E não é demais lembrar que o ato de trazer consigo e ter em depósito entorpecentes, para fins de venda e entrega ao consumo de terceiros, em tais condições, já estão mencionados no *caput*, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 como caracterizadores do crime previsto em tal dispositivo, não sendo necessária a efetiva comercialização para caracterização do delito.

É o que basta para a condenação por tráfico, conforme demonstra o seguinte julgado:

"O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância" (TJSP - ac 6.635 - Rei. Onei Raphael - RJTJSP 70/371).

Assim, pese o empenho das combativas Defesas, não há que se falar em absolvição, mormente pelo fato de as provas coligidas nos autos serem robustas o suficiente para dar forma à condenação, bem como, serem fundadas num conjunto probatório forte e

sólido, respaldado não tão somente nos depoimentos das testemunhas, mas em todo o amealhado no curso processual.

Portanto, diante dos elementos de convicção, não resta dúvida de que o proceder dos acusados se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito como tráfico de entorpecentes, sendo sua condenação quanto a esse delito medida criteriosa que se impõe, já que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou os isentem de pena, afastando-se a tese defensiva absolutória.

No tocante ao **crime de associação para o tráfico**, merece reparo a r. sentença condenatória.

De acordo com a prova produzida nos autos, não restou bem delineada a existência de associação, entre os réus para a prática do tráfico de entorpecentes.

É que o crime de associação para o tráfico (art. 35, da Lei nº 11.343/06) exige para sua configuração que a prova demonstre de maneira inequívoca que os envolvidos estavam associados com ânimo definitivo e de maneira estável para a prática dessa infração.

No caso dos autos, em que pese as mensagens trocadas entre os acusados **Ilson** e **Ivan**, um dia antes dos fatos, é certo

que não há mais nenhum elemento de convicção que se direciona no sentido de que os acusados, agissem de maneira estável e com vínculo permanente. Parece, na verdade, que os apelantes agiam em concurso, o que é insuficiente para caracterizar o delito em questão.

Importante mencionar que em relação ao acusado **Luís Fernando**, tampouco é mencionado nas mensagens colhidas dos aparelhos celulares.

Além disso, as testemunhas policiais, asseveraram em seus depoimentos que não conheciam os denunciados **Ison** e **Luís Felipe**, mas, somente o acusado **Ivan**, era pessoa conhecida dos meios policiais na cidade, e, não tinham nenhum conhecimento de eventual vínculo entre eles, bem como nunca tinham sido mencionados em denúncias relativas ao tráfico local.

Deste modo, prevalece a tese de que não há provas suficientes para a condenação dos acusados pelo crime de associação, prevalecendo apenas indícios que, por si sós, não trazem a necessária certeza da autoria do crime, sendo que *“sem prova plena e verdadeira, a condenação será sempre injusta e a execução da pena, uma violência”* (João Ramalho “in” Elemento da Prova Criminal).

Ressaltando-se o Mestre Nelson Hungria que preleciona que *“a prova verossimilhança por maior que seja, não é*

jamais a verdade ou certeza, e somente esta autoriza a sentença condenatória. Condenar um possível deliçiente é condenar um possível inocente” (“in” Comentários ao Código Penal, vol. I, pág. 59).

E na lição de Mittermayer, versando sobre o sistema das leis alemãs em matéria de prova por indícios esclarece que *“o concurso de indícios só pode servir de fundamento da condenação quando demonstra plenamente o facto e seus caracteres crimines (...) É mister haver contra o acusado o concurso de muitos indícios (...). A harmonia entre os indícios contra o accusado deve ser tal, que faça necessariamente concluir como certo, segundo o curso ordinário das coisas, ser culpado o accusado, e que, para não os interpretar contra elle, seja necessário lançar-se no domínio do sobrenatural e acreditar em factos, cuja existência na causa nada faz suppôr. Para dar a este princípio uma forma absoluta, como elle, diremos: a convicção do juiz deve ser tal que não deixe lugar para uma dúvida rasoavel*” (“in literis” – Tratado da Prova em Matéria Criminal, 2ª. Ed., 1909, p. 395/396).

Assim, de rigor a absolvição dos acusados pela prática do delito tipificado no artigo 35, *caput* da Lei nº 11.343/06.

Neste sentido, resta os acusados absolvidos da prática do delito previsto no artigo 35 *caput* da Lei 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal e mantida a condenação pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*

da Lei de Drogas, razão pela qual se passa à análise da dosimetria da pena.

A pena-base para todos os acusados foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

De fato, a grande quantidade e variedade, de material entorpecente apreendido em poder dos réus, caracterizam a gravidade superior da infração, com consequências mais graves, pois pode atingir um maior número de usuários com sua abrangência nefasta, além de um retorno financeiro mais vultoso ao tráfico ilícito, alimentando a prática criminosa.

Note-se que dentre as drogas apreendidas, incluem-se a cocaína e o crack, entorpecentes poderosíssimos e extremamente nefastos à saúde de pessoas que fazem uso e, portanto, a grande quantidade e a natureza altamente nociva das drogas, admitem a majoração aplicada.

Nesse sentido:

“TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Apelação defensiva que espera a absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Tráfico bem comprovado. Apelante surpreendido com 65g de cocaína e 547,7g de maconha. Negativa isolada. Palavra dos policiais que merece crédito e sobre a qual não pairam suspeitas. Condenação mantida. Recurso defensivo improvido. Apelo ministerial que pede pena-base mais severa. Necessidade. Maus antecedentes verificados, a afastar a aplicabilidade do privilégio. Fixação da base em 7 anos e 6 meses de reclusão, mais 750 dias-multa, em razão da quantidade e qualidade das drogas traficadas, além da existência de condenação definitiva anterior por crime idêntico. Redutor afastado. Regime inicial fechado. Apelo ministerial provido” (Apelação Criminal nº 0001589-94.2016.8.26.0348, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. em 24/04/2018) – grifei.

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Condenação – Recurso defensivo – Apreensão de 1.567 invólucros plásticos de maconha, com peso bruto de 1.112,40kg - Intuíto mercantil comprovado nos autos – Confissão do réu - Condenação mantida – Pena-base fixada 3/5 acima do mínimo legal ante a quantidade das drogas apreendidas em poder do acusado – Pena reduzida em 1/6 diante da presença da circunstância atenuante da confissão espontânea - Redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, corretamente afastado – A quantidade do entorpecente indica a dedicação a atividades criminosas - Regime inicial fechado adequadamente fixado – Recurso não provido” (Apelação

Criminal nº 0000297-50.2017.8.26.0571, Rel. Des. Roberto Porto, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. em 25/10/2018) – grifei.

“Apelação da Defesa – Tráfico de Drogas e Posse ilegal de arma de fogo – Concurso material – Provas suficientes à condenação – Materialidade e autoria comprovadas – Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes – Apreensão de quase cem quilos de "crack", e 94 tijolos de maconha – Confissão judicial e consistentes depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão – Fatores que indicam o íntimo envolvimento do apelante com o tráfico de drogas – Laudo pericial que bastou a comprovar a eficácia da arma ao disparo – Pena-base fixada em metade acima do mínimo legal com fundamento na quantidade de entorpecentes apreendida – Redução em 1/6 pela circunstância atenuante da confissão espontânea – Afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei Antidrogas – Distância considerável da instituição de ensino – Pena ajustada – Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – Benesse que deve se voltar às hipóteses em que o acusado não faz da narcotraficância seu meio de vida – Regime prisional fechado legalmente previsto para a quantidade de pena imposta – Recurso de apelação desprovido” (Apelação Criminal nº 0002017-78.2017.8.26.0530, Rel. Des. Cesar Augusto Andrade de Castro, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. em 25/09/2018) – grifei.

Assim, é de ser mantida a majoração da pena-base, diante da quantidade, diversidade das drogas e, particularmente mais nociva, localizada.

Na segunda fase da dosagem, ausentes circunstâncias atenuantes, visto que não houve confissão da prática do delito por nenhum dos acusados. A admissão de que são usuários de entorpecentes, não é confissão para o delito em tese, uma vez que conforme a prova produzida, o delito é de tráfico.

Demais disso, notório que o fato de se admitirem usuários de drogas, tem o direcionamento apenas para mitigar a responsabilidade penal de cada um e, não para auxiliar o Juízo na busca da verdade dos fatos.

Ainda nesta fase, verifica-se que os acusados são reincidentes e, nesse sentir, majorada novamente a pena intermediária em 1/6 (um sexto), perfazendo a pena intermediária em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias e o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de penas.

E, de fato, não era o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, haja vista que os acusados são reincidentes, não fazendo jus ao benefício.

Frise-se que o artigo em comento trata da figura do traficante “privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, na qual se estabelece a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, requisitos estes cumulativos.

Não é demais lembrar que não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei que estabeleça percentuais específicos para sua fixação, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do Juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

E isso foi devidamente observado pelo Meritíssimo Juiz da causa, pois a pena foi aplicada em conformidade com os limites mínimo e máximo previstos para o crime, mostrando-se adequada ao caso em exame, admitida, como afirmado acima, a

aplicação do disposto no artigo 42, da Lei de Drogas.

Diante do delito praticado não é caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e de fixação de regime diverso do fechado, uma vez que referida substituição e a fixação de regime menos gravoso, além de incompatíveis com a gravidade do delito, seriam insuficientes para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, as penas impostas são superiores a quatro anos de reclusão e os apelantes são reincidentes, sendo incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Com efeito, é inviável cogitar de regime inicial diverso do fechado, sob pena de se vulnerar o já exaltado princípio da *suficiência* da pena, que impera não só no tocante à sua quantidade, mas, também, quanto ao seu modo de execução. É imperioso garantir que a sanção se mostre suficiente para punir a conduta.

Vale conferir, inclusive, precedentes desta Corte que apontam para a imposição de regime inicial fechado ao se constatar, *in concreto*, a utilização de drogas particularmente pesadas, como na hipótese dos presentes autos:

“Contudo, deverá ser mantido o regime inicial fechado. O crime de tráfico em si reveste-se de especial gravidade, tanto que o legislador optou por inseri-lo no

rol dos crimes hediondos por equiparação. No caso, a agravar a conduta praticada, trata-se de tráfico de crack, droga pesada, sabidamente de maior potencialidade lesiva [...]. Outro regime, na hipótese, não atenderia ao princípio da suficiência” (Apelação Criminal nº 0001439-42.2011.8.26.0396, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 13/03/2014, v.u.) Grifei.

“Adequado o regime fechado e a recusa a qualquer benefício legal, diante da variedade e da natureza de parte da droga apreendida (crack), sabidamente de acentuada potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma” (Apelação Criminal nº 0038630-42.2011.8.26.0196, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013, v.u.) Grifei.

“Mantenho, contudo, o regime fechado. Está-se diante de tráfico envolvendo, além de maconha, cocaína, droga pesada, sabidamente de maior potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma. Outro regime, na hipótese, não atenderia ao princípio da suficiência. Não o atenderiam, outrossim, a concessão de qualquer benefício legal, tal a aplicação de penas alternativas ou a concessão de sursis” (Apelação Criminal nº 0000008-85.2012.8.26.0412, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013, v.u.)

Grifei.

Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Do mesmo modo, não há que se cogitar de ilegalidade ou inconstitucionalidade da pena de multa imposta aos acusados, não havendo que se falar em sua diminuição, eis que sua aplicação em cumulação com a pena privativa de liberdade decorre de norma penal válida e eficaz, emanada do poder competente, que atende à política criminal vigente. É uma determinação legal que tem por objetivo desestimular a prática delitiva e foi uma das opções legislativas para o combate ao tráfico de drogas, estando em consonância com o princípio da individualização da pena.

Ademais, seus limites mínimo e máximo dimanam de lei especial (Lei nº 11.343/06) que, conforme os mais comezinhos princípios de hermenêutica, evidentemente há de preponderar sobre normas de cunho geral.

Nesse sentido:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO - Tráfico de entorpecentes - Inconstitucionalidade da pena de multa - Inocorrência - Decisão mantida - Agravo improvido” (Agravo em Execução Penal nº 0041721-15.2012.8.26.0000, 15ª Câmara Criminal, Rel. Des. Miguel Marques e Silva. Julgamento em 26/07/2012).

“Não há a alegada inconstitucionalidade da pena de multa cominada ao artigo 33 da Lei nº. 11.343, de 2006. Ao contrário do que alega a Defesa, o preceito secundário da norma em questão não fere os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. A quantidade da pena de multa cominada ao crime de tráfico de drogas guarda relação com sua gravidade. O *'quantum'* mínimo da pena de multa estipulado pela Lei Antidrogas é opção de política criminal adotada pelo legislador no combate ao tráfico ilegal de entorpecentes, de modo que a sanção pecuniária foi definida em quantidade adequada à finalidade de prevenção desse tipo de crime” (TJSP - Apelação nº 990.10.084921-2, 15ª Câmara Criminal, Rel. Amado de Faria, j. 16.12.2010).

Importante lembrar, outrossim, que a condição econômica dos réus foi sopesada nos autos, sendo fixado o valor do dia-

multa em seu mínimo legal.

Não se cogita ainda, a **restituição do veículo apreendido** nos autos, uma vez que foi utilizado para a prática do crime de tráfico de drogas.

Insta salientar que o veículo foi apreendido em autos nos quais se apura responsabilidade criminal por tráfico de entorpecentes, sendo, em seu interior transportada parte da droga apreendida.

Com efeito, mostra-se absolutamente inviável a devolução de referido bem, tendo em vista que este foi apreendido em poder do acusado Luís Fernando qual se utilizou dele para guardar os entorpecentes, ou seja, serviu-o indubitavelmente como instrumento essencial para a realização do delito, pouco importando se em caráter habitual ou não, ou se pertencente a terceira pessoa.

E este é o entendimento desta Corte:

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Condenação – Recurso defensivo – Pretendida absolvição – Descabimento – Materialidade e autoria demonstradas – Prisão em flagrante e

*confissão do réu em juízo – Firme e coerente depoimento do policial civil – Validade – Apreensão de 712 comprimidos de ecstasy – Delito de tráfico caracterizado pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal – Deveras que, aquele que traz consigo a droga, a mantém em depósito ou a transporta, consuma o crime – Condenação mantida – **Inafastável a decretação de perdimento do veículo utilizado para o tráfico, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 63 da Lei 11.343/06** – Pena-base fixada no mínimo legal – Inviabilidade de diminuição da pena em razão da confissão – Inteligência da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça – Aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 na fração máxima – Manutenção, ante a ausência de recurso do Ministério Público – Multa fixada em consonância com a pena restritiva de liberdade – Regime inicial fechado fixado – Adequação ao semiaberto em razão do tempo de prisão processual – Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas – Recurso desprovido.” (Apelação nº 1502329-59.2017.8.26.0536, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Porto, j. 08/11/2018) – grifei.*

Assim, o perdimento do bem é consequência da

condenação, nos termos do disposto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal, de maneira que é impossível sua restituição na forma pretendida.

Destaca-se, outrossim que a Lei 14.322/2022, acrescentou ao artigo 60, da Lei n.º 11.343/06, os parágrafos 4º e 5º, que determinam que mesmo, provada a origem lícita dos bens apreendidos, relacionados à prática do crime de tráfico de drogas, o juiz decidirá por sua liberação, exceto no caso de veículo apreendido em transporte de droga ilícita, “cuja destinação observará o disposto nos artigos 61 e 62 desta lei”.

Assim, vejamos:

Artigos 60 e 61:

§ 4º - A ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações.

§ 5º - Decretadas quaisquer das medidas previstas no caput deste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente provas, ou requeira a produção delas, acerca da origem lícita do bem ou do valor objeto da decisão, exceto

no caso de veículo apreendido em transporte de droga ilícita.

Art. 61. A apreensão de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática, habitual ou não, dos crimes definidos nesta Lei será imediatamente comunicada pela autoridade de polícia judiciária responsável pela investigação ao juízo competente.

Deste modo, é evidente que o legislador desejou conferir tratamento mais rigoroso, determinando o perdimento dos bens utilizados em cenário de transporte de drogas, independente da comprovação lícita do bem.

Destarte, ainda que comprovada a origem lícita do veículo, não se mostra viável a restituição do veículo após comprovado seu emprego para o tráfico de drogas.

Neste sentido também a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO. PLEITO PARA RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO. APREENSÃO EM AÇÃO

PENAL QUE APURA CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INDÍCIO DE UTILIZAÇÃO DO BEM NA PRÁTICA DELITIVA. INVIABILIDADE DE RESTITUIÇÃO AO MENOS NESTE MOMENTO. INTERESSE DA JUSTIÇA NA CUSTÓDIA DO BEM (ART. 118 DO CPP). POSSIBILIDADE DE CONFISCO (ART. 243, § ÚNICO, DA CF). DESTINAÇÃO DO BEM A SER DECIDIDA POR OCASIÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO (ART. 63 DA LEI Nº. 11.343/2006). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR – 3º. C. Criminal – 354-40.2020.8.26.0119 – Relator Des. Paulo Roberto Vasconcelos – j. 15.03.2021).

Finalmente, importante observar, que as normas legais mencionadas, não fazem distinção entre a propriedade e a posse dos bens utilizadas na prática do delito de tráfico de entorpecente, sendo certo que deverão ser perdidos em favor da União, independentemente de quem seja a propriedade, caso a destinação do bem tenha sido utilizada para a prática e finalidade de traficar entorpecentes.

Por derradeiro, o pedido de prisão domiciliar em favor do apelante **Ilsom Exposto**, não merece acolhimento.

O artigo 318 do Código de Processo Penal estabelece:

" Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; **II - extremamente debilitado por motivo de doença grave**; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Note-se que as disposições existentes acerca da substituição da prisão preventiva por domiciliar, não devem ser interpretadas de maneira incontornável, cabendo analisar as situações existentes em cada caso concreto.

Com efeito, a documental juntada aos autos, revela, de fato, que o paciente é portador de enfermidade que gera inúmeros problemas de saúde. No entanto, não há nos autos, prova de que se encontra extremamente debilitado e que não possa receber os cuidados médicos no sistema penitenciário ou ainda, que não esteja recebendo o tratamento adequado.

Necessário destacar que o apelante não está recolhido em unidade prisional, sob custódia cautelar. Mais do que isso. Ele deverá cumprir pena privativa de liberdade em regime fechado, decorrente de execução de pena.

Dessa forma, à sua situação não se aplicam as regras contidas nos artigos 317 a 318-B, do Código de Processo Penal, que se referem exclusivamente às hipóteses de "prisão preventiva", não

alcançando as prisões decorrentes de condenações penais.

Além do mais, o artigo 117, da LEP, ressalta que é pressuposto para a concessão da prisão domiciliar que o sentenciado esteja cumprindo pena em regime aberto, o que não é o caso dos autos, vez que **Ilson** deverá cumprir sua pena em regime fechado como enfatizado na r. sentença.

Portanto, ainda que a diligente Defesa tenha trazido aos autos documentos informativos sobre a sua condição de saúde, não cuidou de demonstrar a imprescindibilidade de que o tratamento não possa ser dispensado nas dependências do presídio e, desse modo, não havendo demonstração de que o apelante deixará de receber atendimento adequado no sistema prisional, não há fundamento para o deferimento da prisão domiciliar.

Nesse sentido, ausente comprovação de circunstâncias excepcionais que justifiquem a medida, deve ser mantido o cumprimento da pena em regime prisional fechado, conforme estabelecido.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITAM-SE AS PRELIMINARES ARGUIDAS E DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos Defensivos para declarar os réus *Luís Fernando de Carvalho Garcia, Ilson Exposto e Ivan de Jesus Fraga* incurso no artigo 33, “caput” da Lei nº 11.343/2006, condenando-os às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-

multa, no valor unitário mínimo, **ABSOLVENDO** os réus ***Luís Fernando de Carvalho Garcia, Ilson Exposto e Ivan de Jesus Fraga*** da imputação contida no artigo 35, “caput” da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nos termos da Resolução 113/2010 do C.N.J.,
comunique-se ao Juízo das Execuções para as providências cabíveis.

FÁTIMA GOMES

Relatora