



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000394648

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500263-67.2023.8.26.0578, da Comarca de Piraju, em que é apelante JONATHAN ANTUNES MARTINS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

CAMILO LÉLLIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500263-67.2023.8.26.0578

Comarca: Piraju

Apelante: Jonathan Antunes Martins da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juiz sentenciante: Tadeu Trancoso de Souza

Voto nº 48421

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVIMENTO PARCIAL.

I. Caso em Exame

Réu condenado a 08 anos e 02 meses de reclusão por tráfico de drogas, com base no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. A defesa apelou, buscando a desclassificação da conduta para uso pessoal, além da redução da pena, abrandamento do regime prisional e restituição de valores apreendidos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas e (ii) a possibilidade de desclassificação da conduta para uso pessoal.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e a autoria do crime foram confirmadas por provas documentais e testemunhais, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de droga, petrechos destinados ao tráfico e grande quantia em dinheiro na residência do acusado após cumprimento de mandado de busca domiciliar. 4. A defesa não conseguiu comprovar a origem lícita do dinheiro apreendido, nem desconstituir as provas de tráfico.

IV. Dispositivo e Teses

5. Recurso parcialmente provido.

Tese de julgamento: 1. A condenação por tráfico de drogas pode ser mantida com base em provas testemunhais e materiais. 2. A desclassificação para uso pessoal não é cabível quando há evidências de tráfico.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33

Código Penal, art. 59, art. 44

Constituição Federal, art. 243

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005

STJ, HC 149540/SP, Ministra Laurita Vaz, DJ 05.04.2011

TJSP, Apelação Criminal nº 0010719-70.2007.8.26.0495, Rel. Silmar Fernandes, j. 21/06/2012

Vistos.

A r. sentença de fls. 306/314 condenou **Jonathan Antunes Martins da Silva** à pena de 08 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 817 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Inconformado, apela o acusado em busca da absolvição, ao argumento de insuficiência probatória. E, alternativamente, almeja a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas, a fixação da pena-base no mínimo legal, o abrandamento do regime prisional, a aplicação da detração penal e a restituição de valores apreendidos (fls. 335/352).

Contrariado o recurso (fls. 3358/361), subiram os autos, tendo o douto Procurador de Justiça, Dr. Franco Caneva Junior opinado pelo desprovimento do apelo (fls. 382/389).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 07 de junho de 2023, às 15h30, na Rua Maria Amélia de Castro, n. 144, Centro, no município de Sarutaiá e comarca de Piraju/SP, o acusado guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, uma porção de “*maconha skunk*”, com peso líquido de 68,54 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo narra a denúncia, policiais civis da Delegacia de Polícia de Sarutaiá/SP tinham notícias anônimas de que **Jonathan** estaria realizando o tráfico de drogas e guardando drogas em sua residência. Assim, após diligências preliminares, a polícia civil solicitou e obteve mandado de busca e apreensão (deferido nos autos n. 1500361-42.2023.8.26.0452 – fls. 31/35), que fora cumprido no dia dos fatos.

Ao chegarem à residência de **Jonathan**, os agentes de segurança apresentaram o mandado à Adrielle, companheira do acusado, que franqueou a entrada no local.

Em busca domiciliar, foi localizado dentro de um guarda-roupas do quarto do casal uma porção de “*maconha skunk*” (imagens de fls. 12/13). Além disso, na residência, foram localizados uma balança de precisão, duas máquinas de cartão de crédito, um rolo de papel alumínio, uma caixa de óculos com resquícios de “*cocaína*” e R\$ 9.008,00 em espécie (imagens de fls. 14/15). Em frente ao imóvel, há um trailer de lanches, que estava vazio.

Pois bem.

Em que pese a irresignação defensiva, a condenação era mesmo medida de rigor.

Isso porque a materialidade delitiva restou

positivada no auto de prisão em flagrante (fls. 01/05), no boletim de ocorrência (fls. 06/08), no auto de exibição e apreensão (fls. 10/11), nas fotografias (fls. 12/15), no auto de constatação de substância entorpecente (fls. 16), nos documentos (fls. 106/115), nos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 86/89, 90/92), no laudo pericial (fls. 155/159), bem assim na prova oral coligida.

Inconteste, também, a autoria.

Em solo policial, o acusado preferiu permanecer em silêncio (fls. 05).

E, em juízo, admitiu a propriedade da droga apreendida em sua residência, mas negou o tráfico, alegando que tal substância se destinava a seu consumo de um mês. Em relação ao dinheiro encontrado, alegou que era proveniente da venda de lanches no *trailer* que possuía juntamente com sua esposa e sogra e, apesar de possuir máquina de cartão, os clientes preferiam pagar em dinheiro. Disse que o papel alumínio era para embalar bolo gelado que sua esposa fazia para vender. Por fim, informou que Antonio Marcelino é seu amigo e que usam drogas juntos (termo de audiência).

Não obstante, o acervo probatório coligido não deixa dúvidas de que o acusado, de fato, cometeu o crime narrado na denúncia.

Com efeito, o policial civil Paulo Antonio Dêgelo esclareceu que conhecia o réu de vista, mas

nunca o viu pegando ônibus de lavrador ou trabalhando de maneira lícita. Informou que receberam uma denúncia anônima via “Disque 100”, dando conta do envolvimento do réu com o tráfico. Durante a investigação, fizeram uma pesquisa pela Tabela FIPE e constataram que o réu tinha um *Ford Focus* no valor de R\$ 33.000,00, incompatível com a renda dele, que dizia trabalhar como lavrador. Relatou que a casa na qual o réu reside é completamente fechada, sendo difícil se realizar campanha no local. Contudo, com seu carro particular, fez campanhas. Sabia que havia um *trailer* no terreno, sendo que sempre presenciavam a movimentação de muitos usuários de drogas na residência, mas nunca presenciaram, nessas campanhas, tais pessoas saindo do local com lanches. Posteriormente, constataram que dentro do *trailer* não havia nenhum gênero alimentício, mas apenas um rolo de papel alumínio bastante usado, quase no final. Contou que a denúncia anônima dizia que o réu não trabalhava e tinha um *trailer*, sendo que populares viam a movimentação de usuários no local. Assim, concluíram que, provavelmente, o *trailer* era utilizado para vender drogas, já que não existia atividades relativas ao preparo de lanches no *trailer*. Disse que no dia do cumprimento do mandado, com ajuda dos policiais da DISE de Sarutaiá, entraram no local com dois cães farejadores. No entanto, o réu não estava em casa, mas havia dois cães no imóvel, um *pitbull* e outro pastor alemão. As equipes policiais entraram no imóvel e conseguiram dominar os cães do réu. Nesse momento, a esposa do acusado, ao ver aquela situação, já apareceu com um grande saco plástico

transparente, contendo droga e dizendo que era de propriedade do réu, que era usuário e que ele comprava grande quantidade para seu consumo pessoal. Na sala do imóvel, foram encontradas máquinas de cartão de crédito, que eles diziam que eram usadas no *trailer*. No quarto do casal, dentro de um guarda-roupas, foi encontrada uma grande quantidade em dinheiro, cerca de R\$ 9.000,00, sendo que a esposa do réu não conseguiu explicar a origem do dinheiro, dizendo que era auxílio do governo. Deixaram um cão farejador entrar no *trailer*, mas nada de ilícito foi localizado, apenas uma caixa de balas. Na casa, estava o avô, uma tia e sogra do réu (termo de audiência).

Outrossim, seu colega de farda Wanderacy de Souza, disse que conhecia o réu de outras ocorrências de quando era menor de idade, recordando-se do envolvimento dele na prática de ato infracional de furto. Informou que a Delegacia de Sarutaiá recebeu uma denúncia anônima envolvendo o réu, cuja investigação ficou a cargo do policial Paulo. Relatou que o acusado sempre era visto na companhia de usuários de entorpecentes na cidade e alguns populares comentavam que ele estava traficando. Iniciada a investigação preliminar, foi requerida a expedição de mandado de busca domiciliar, que foi deferida. No dia do cumprimento, foram até o endereço do réu e, no local, estava a esposa, o avô que o criou e a sogra dele. Assim que chegaram, foi franqueado o acesso dos policiais e apresentado o mandado. Questionada, a companheira indicou onde havia entorpecentes, dentro do quarto, em

um criado, onde localizaram uma porção de *skunk*. Na sala da casa, foi encontrada uma mini balança digital que, após periciada, constatou-se que estava em funcionamento. Encontraram, ainda, uma bolsa de guardar óculos, com resquícios de cocaína, bem como papel alumínio, utilizada para embalar entorpecentes. A esposa do réu estava com uma sacolinha na mão e nela havia R\$ 9.000,00 em dinheiro. Indagada, ela disse que o dinheiro era uma economia para comprar um veículo. O réu não estava na casa quando os policiais chegaram para cumprir o mandado. Salientou que na maioria das vezes que viu o réu na cidade, o via na companhia de pessoas com antecedentes criminais pela prática do crime de tráfico. Relatou que na frente do imóvel, havia um *trailer* de lanches, o qual estava vazio, sem nenhum produto. Dentro da residência, foram encontradas máquinas de cartão, que disseram que eram utilizadas na venda de produtos do *trailer* (termo de audiência).

O policial militar Carlos Eduardo dos Santos relatou que estava em serviço pelo município de Sarutaiá quando passou pela rua da residência do acusado, sendo certo que havia várias denúncias da prática de tráfico de entorpecente no local. Avistaram Antônio Marcelinho saindo do quintal da residência do acusado, que, ao avistar a viatura policial, colocou a mão no bolso rapidamente. Ao abordá-lo, localizaram a droga em seu bolso. Ao ser indagado, Antônio Marcelinho disse que era usuário e comprou a droga com o acusado. Na Delegacia, Antônio Marcelinho confirmou seu relato anterior (termo de audiência).

No mesmo sentido, foi o depoimento de seu colega de farda, Dino César Barreto (termo de audiência).

Assim, apesar das críticas desfechadas pela combativa defesa do apelante, vestem-se os testemunhos dos policiais, sim, com maior valoração, porquanto isentos, despidos da intenção de imputar tão grave crime a um inocente. E mais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecida, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles descritas são anotadas logo de início no auto de flagrante e não desmerecidas no contraditório, como no caso em comento.

Registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos agentes da lei em prejudicar o apelante, o depoimento deles *“pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte”* (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

No mesmo sentido:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções,

revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

É o caso dos autos.

Com efeito, há de se ter em conta que os policiais civis e militares foram ouvidos como testemunhas, portanto prestaram o compromisso legal de dizer a verdade, sendo certo que os depoimentos dos agentes da segurança pública gozam de presunção de veracidade, constituindo, por isso, elementos de convicção válidos, especialmente, como no caso em tela, se não existirem evidências de que tivessem motivos escusos para imputar a prática delitiva a um inocente.

Mas não é só.

A testemunha Antônio Marcelinho Senfeld, em solo policial, disse que é usuário de *crack* e que por ocasião de sua abordagem, foi até a casa do acusado para comprar entorpecentes. Contou que estava saindo da casa do acusado quando foi abordado pelos policiais militares, que localizaram consigo 05 pedras de *crack*, as quais comprou de **Jonathan** por R\$ 50,00. (fls. 184)

Porém, em juízo, alterou sua versão, afirmando que não disse nada na delegacia e que foram

os policiais que colocaram tais declarações em seu depoimento, pois não sabe ler nem escrever.

Inobstante a isso, tal retratação deve ser vista com reservas, porquanto não há nenhum indício de que a versão prestada pela testemunha à autoridade policial tenha sido obtida sob coação ou que tenha sido ela compelida a assinar algo que não correspondia à sua vontade. Assim, muito mais plausível que tenha se retratado por evidente receio de represálias.

Lado outro, os depoimentos das testemunhas defensivas não tiveram o condão de infirmar a prova acusatória.

Isso porque Adrielle Aiolfi Costa, companheira do réu, disse que pegou a droga que estava na gaveta do quarto e entregou para um policial ou para a Delegada, sendo que tal substância seria para consumo do acusado. Afirmou que, na época, **Jonathan** estava trabalhando na colheita de café e utilizavam o *trailer* para trabalhar no final de semana. Alegou que no dia dos fatos, o *trailer* estava vazio e não estava sendo utilizado, pois o acusado estava trabalhando na roça. Como não eram regularizados, as pessoas iam até sua casa para comprar doses de pinga e bebidas. Informou que o dinheiro encontrado se destinaria ao conserto do carro que estava na oficina. Disse que o réu não usava as drogas na residência por causa do filho, sendo que nunca utilizou a balança de precisão encontrada. Antônio Marcelino é amigo da família. Informou, por fim, que uma

máquina de cartão estava no nome do acusado e as outras duas no nome da genitora dele (termo de audiência).

Ouvida como informante, Sônia Aiolfi Costa, genitora de Adriele, disse que passou no local para ver sua filha e entregar uma bolsa de escola para sua neta, após iria para Piraju. Contou que o *trailer* era utilizado para vender salgado e fazia coxinha para que eles vendessem. Guardava dinheiro para sua filha, sendo que no dia dos fatos, levou-o para que ela pagasse o conserto do carro. Informou que o acusado trabalhava na construção civil como servente e nunca soube que ele fizesse uso de drogas (termo de audiência).

Denise Antunes Batista, tia do acusado, disse que tinham um *trailer*, onde faziam espetinhos, vendiam salgados e bebidas, mas após visita da vigilância, tiveram que fechar. Eles recebiam pagamento em cartão e *pix*, que caia na conta bancária de Adriele. Disse que o casal gastava muito dinheiro, por isso deixavam os valores quer recebiam com a genitora de Adriele (termo de audiência).

Diante do coligido, não há que se falar em absolvição.

Ora, as investigações que deram ensejo aos fatos tratados nestes autos partiram de representação da autoridade policial, nos autos da medida cautelar nº 1500361-42.2023.8.26.0452, nos quais foi requerida a

busca domiciliar no endereço do acusado, após várias denúncias anônimas apontando o envolvimento dele com a mercancia ilícita, o que motivou diligências policiais e monitoramentos do referido imóvel.

Assim, colhidos fortes indícios da prática delitiva e convencido da necessidade da medida, o douto juízo de primeiro grau deferiu a medida por meio de decisão fundamentada (fls. 17/21 daqueles autos).

Nessa toada, exsurge dos autos que a conduta dos agentes públicos decorreu do estrito cumprimento do dever legal.

Isso porque, efetuada a diligência no endereço do acusado, local apontado como sendo ponto de venda de drogas, foram apreendidos considerável quantidade de *maconha*, petrechos destinados à mercancia ilícita e grande quantidade em dinheiro, cuja origem não restou suficientemente esclarecida.

Portanto, dada a natureza permanente do crime imputado, cuja consumação prolonga-se no tempo, não seria nem mesmo necessária a autorização judicial para realização da busca domiciliar, pois, indubitavelmente, está caracterizada situação de flagrância, cujas fundadas razões decorreram das circunstâncias fáticas, confirmadas com a apreensão posterior.

Nessa medida, tem-se que o ingresso dos

policiais na residência transcorreu dentro da legalidade, havendo fundada suspeita, baseada em investigações prévias, sendo, de fato, encontrada naquele endereço expressiva quantidade de droga.

Insubsistente, ainda, a alegação defensiva de que o dinheiro encontrado na residência do acusado era proveniente da venda de lanches ou de auxílio governamental.

A uma, porque os policiais ouvidos foram categóricos em afirmar que por ocasião do cumprimento do mandado de busca, o *trailer* que o acusado disse utilizar para a venda de lanches estava vazio, sem nenhum item alimentício e sem indícios de uso recente. Demais disso, a tia do acusado informou que, após vistoria da vigilância sanitária, o acusado cessou as atividades comerciais no local.

Afora isso, não apresentaram qualquer documento que comprovasse que parte do dinheiro pudesse ser, de fato, proveniente de auxílio governamental.

Nem mesmo sobre a atividade laboral do acusado há informação segura, haja vista que a tia informou que ele trabalha na construção civil, como servente, a esposa aduz que ele trabalha na colheita de café e, aos finais de semana, no *trailer* e o acusado sustentou trabalhar no *trailer*, cujo funcionamento não restou demonstrado.

Aduz a defesa, ainda, que o valor apreendido seria destinado ao pagamento do conserto do veículo da família, que estaria em uma oficina. Assevera, também, que a falta de pagamento do serviço, orçado em R\$ 11.500,00 (fls. 51), ensejou a inclusão do nome do réu nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 199).

Inobstante a isso, não há comprovação de que o serviço orçado foi autorizado pelo acusado. Aliás, sequer há indicação do nome do réu em citado orçamento, tampouco demonstração de que tal documento tenha originado a dívida anotada a fls. 199 que, diga-se, é de valor muito menor e que poderia ter sido quitada com o valor do qual o réu já dispunha.

Diante de tantas inconsistências e de todo o demais amealhado, não é desarrazoado concluir que a vultosa quantia em dinheiro apreendida na residência do acusado (mais de R\$ 9.000,00) era proveniente do tráfico.

Demais disso, **Jonathan** admitiu a posse da droga, embora tenha alegado que se destinaria a seu consumo pessoal.

Assim, a significativa quantidade de entorpecente apreendido, indubitavelmente destinada à mercancia ilícita, somada à denúncia anônima, à investigação policial, à prova oral e às demais circunstâncias que envolveram o crime sustentam firmemente a pretensão punitiva estatal.

Portanto, no cotejo das provas coligidas, a exculpatória apresentada pelo apelante, a qual não encontrou respaldo em nenhum elemento de convicção, demonstra, com segurança, o acerto da decisão condenatória, não havendo espaço para a pretendida absolvição por insuficiência probatória.

Vale anotar, ademais, que para o reconhecimento do tráfico ilícito, não é necessária a ocorrência do efetivo ato de comércio.

É que para a configuração do crime tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06 basta o ato de *“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito**, transportar, **trazer consigo**, **guardar**, prescrever, ministrar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”*, não se exigindo o ato de mercancia.

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal:

*“APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS
Insuficiência probatória - Impossibilidade -
Confissão extrajudicial - Palavras dos policiais -
Validade - Precedentes - Ausência de atos de
mercancia - Desnecessidade - Condenação
mantida - ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO -
Comprovação do animus associativo - Absolvição
- Impossibilidade - Regime inicial fechado -
Expressa previsão legal - RECURSOS*

IMPROVIDOS” (Apelação Criminal nº 0010719-70.2007.8.26.0495, Rel. Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 21/06/2012).

Assim, de insuficiência probatória não se cogita.

Tampouco há que se falar em desclassificação, porquanto mesmo sendo o acusado usuário de drogas, como alegou, tal circunstância não exclui a possibilidade de que também se dedicasse à comercialização de entorpecentes, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das substâncias ilícitas. Aliás, não raro os usuários se enveredam no mundo do tráfico para sustentar o próprio vício. E, no caso em questão, restou evidente que a droga apreendida se reservava a terceiros.

Confira-se, à propósito:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP – RJTJSP 101/498).

Demais disso, vale rememorar que havia diversas denúncias anônimas apontando o acusado como traficante e, e embora tenha se retratado em juízo, evidentemente por medo de represálias, a testemunha Antonio Marcelino foi abordada por policiais saindo da

casa do acusado após os fatos tratados nestes autos na posse de 05 pedras de *crack* (fls. 172/173), tendo confirmado que adquiriu a substância de **Jonathan** (fls. 184), circunstâncias reveladoras do seu profundo envolvimento com a narcotraficância.

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal se acha aperfeiçoado. Trata-se de réu preso em flagrante delito, que trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de tráfico, considerável quantidade de entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Condenação, portanto, incensurável.

Não obstante, no que toca à dosimetria, a r. sentença comporta pequeno ajuste.

Na primeira fase, em observância ao que dispõe o art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei de Drogas, a sanção inicial foi elevada em 2/5, em decorrência da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

Com efeito, no caso em tela, foi apreendida uma porção de *maconha*, pesando 68,54 gramas (conf. laudo de exame químico toxicológico de fls. 86/89).

Assim, tratando-se a *maconha* (ou *skunk*) de substância proscrita e nociva à saúde física e mental,

vale ressaltar, mas cujo poder vulnerante é reduzido quando comparado à *cocaína* e ao *crack*, *v.g.*, e, especialmente levando-se em consideração a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, fixada no Tema 506, o qual, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do julgamento do RE 635.659/SP, para considerar atípica a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, de rigor o afastamento do acréscimo imposto à pena-base, que fica estabelecida em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no piso.

Na segunda fase, pelo reconhecimento da agravante da reincidência, a sanção sofreu acréscimo de 1/6, o que deve ser mantido, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Por fim, não era mesmo caso de aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, diante da reincidência ostentada pelo agente, impeditivo legal para a concessão da benesse.

Assim, fica o acusado definitivamente condenado à pena de **05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal.**

O regime inicial não poderia ser outro que não o fechado, porquanto os fatos são deveras graves. Trata-se de crime que fomenta a prática de outros tantos

delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da pena.

Outrossim, a fixação de regime inicial fechado não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

*“Não há falar em aplicação de regime mais brando ou inconstitucionalidade de dispositivo legal. A Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei n° 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2o, § I o que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas **inicialmente** em regime fechado”* (Ap. 990.10.051761-9, 9ª Câ. Dir. Criminal, Rel. Francisco Bruno, j. 29.07.2010, r. 16.08.2010)

Isso não bastasse, as circunstâncias do crime, a vida pregressa do agente e o *quantum* de pena imposto não recomendam a fixação de regime menos gravoso, conforme disposição legal contida no art. 33, §3º, do Código Penal.

Também não se vislumbra hipótese de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, já que, além da vida pregressa do acusado e da insuficiência da medida no caso concreto, o *quantum* imposto é superior a 04 anos de reclusão, esbarrando, assim, em óbice legal previsto no art. 44, do Código Penal.

Prejudicada, por outro lado, a análise de detração da pena, porquanto o acusado permaneceu solto durante toda a instrução, em razão da concessão de liberdade provisória em audiência de custódia (fls. 56/58), sendo preso somente em 07.01.2025, por força da presente condenação (fls. 323).

Em arremate, não há que se falar em restituição da quantia em dinheiro apreendida nos autos.

Primeiro porque a matéria já foi objeto de análise e decisão judicial, de maneira que, à rigor, nada mais há a ser acrescentado.

Seja como for, é cediço que a restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada tanto à ausência de

dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem e à demonstração de que não foi usado como instrumento do crime, conforme as exigências contidas nos arts. 120, 121 e 124 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 91, inciso II, do Código Penal.

Nesse sentido, aliás, confira-se:

*“PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEVANTAMENTO DE RESTRIÇÃO SOBRE VEÍCULO DE TERCEIRO ENCONTRADO NA RESIDÊNCIA DE RÉU EM AÇÃO PENAL VERSA SOBRE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEMONSTRAÇÃO DE PROPRIEDADE DO BEM POR TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE O VEÍCULO TENHA SIDO ADQUIRIDO COM PRODUTO DE CRIME OU DE QUE FOSSE UTILIZADO HABITUALMENTE PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Como regra geral, a restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada tanto à ausência de dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem **e à demonstração de que não foi usado como instrumento do crime, conforme as exigências postas nos arts. 120, 121 e 124 do Código de Processo Penal, c/c o art. 91, II, do Código Penal.** (...) (...) 6. Recurso ordinário a que se dá provimento, para que seja determinado*

o levantamento da restrição existente sobre o veículo da recorrente, restituindo-se-lhe o bem.”
(RMS 64.749/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021).

*“TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO - VEÍCULO UTILIZADO NA PRÁTICA DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - **Em que pese o bem apreendido ter sido adquirido de forma lícita, a comprovação de que fora utilizado como instrumento para a prática de tráfico de drogas pode implicar seu confisco e perdimento em favor da União** - APELO NÃO PROVIDO.”* (TJ-SP - APL: 00022660420148260637 SP 0002266-04.2014.8.26.0637, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 05/03/2015, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/03/2015) (Sem destaque no original)

E, no caso dos autos, embora tenha alegado que o dinheiro apreendido nos autos era proveniente de atividade lícita, o acusado não fez qualquer prova robusta neste sentido.

Nesse passo, competia ao apelante comprovar, extreme de dúvida, que referido valor não era de origem espúria, conforme preceitua o art. 156, do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu.

Além disso, especificamente com relação ao tráfico de drogas, o art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal estabelece que: *“Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”*.

Anote-se, por fim, que, no julgamento do RE 638.491, o E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e fixou a seguinte tese sobre a questão (Tema 647): *“É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal”*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a JONATHAN ANTUNES MARTINS DA SILVA para 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no piso, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.**

CAMILO LÉLLIS

Relator