



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000401832

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500873-05.2024.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante/apelado GABRIEL FERREIRA LIVATTO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso da Defesa e deram provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público, para afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixar o regime inicial semiaberto e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ficando o réu Gabriel Ferreira Livatto condenado, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500873-05.2024.8.26.0318

Comarca de Leme – Vara Criminal

**Apelantes/Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo e
Gabriel Ferreira Livatto**

Voto nº 28904

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO PROCESSO POR INVASÃO DE DOMICÍLIO - Crime permanente. Prisão em flagrante. Desnecessária a expedição de mandado judicial de busca e apreensão. Nulidade não demonstrada. RECURSO MINISTERIAL VISANDO AO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - ACOLHIMENTO. Existindo nos autos evidências de não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, mas de pessoa envolvida na atividade criminosa do tráfico, impõe-se o afastamento da redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Recurso da Defesa não provido. Recurso do Ministério Público provido, para afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, majorando-se as penas, afastar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos e fixar o regime inicial semiaberto.

Vistos.

Gabriel Ferreira Livatto e o Ministério Público do Estado de São Paulo interpuseram recursos de Apelação da r. sentença datada de 04.09.2024, proferida pelo MMº Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Leme, que condenou o réu à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em multa, no valor correspondente a um salário mínimo, e prestação de serviços à comunidade, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº

11.343/06 (fls. 145/156).

Em suas razões, o Ministério Público pleiteou o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (fls. 167/169).

Por sua vez, a Defesa arguiu nulidade do processo em razão da invalidade das provas produzidas, com a conseqüente absolvição. Subsidiariamente, requereu "*a devolução do dinheiro e bens apreendidos*" (fls. 192/229).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 177/186 e 234/236).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso interposto pela Defesa e pelo provimento do recurso Ministerial (fls. 245/258).

É o relatório.

Inicialmente, tendo caráter de preliminar, anoto que a alegação de nulidade levantada pela Defesa não pode ser acolhida, não havendo que se falar em invasão de domicílio. Isso porque os policiais foram seguros ao afirmar que, mediante autorização escrita firmada pela irmã do réu (Luísa Ferreira Livatto – fls. 30), ingressaram no imóvel e, durante a busca, localizaram três invólucros plásticos contendo "*181 eppendorfs com cocaína*", o que confirmou a denúncia anônima que averiguavam, na qual o réu era apontado como responsável pelo depósito de grande quantidade de drogas em sua casa, evidenciando, pois, a existência de fundada suspeita da prática do crime, tanto assim que a diligência policial culminou na prisão em flagrante do

acusado, que chegou ao local momentos após o encontro da primeira parcela das drogas e revelou o local onde guardava o restante dos entorpecentes, sendo, então, apreendidos 17 "kits" com 595 porções de maconha, já preparadas para a venda, sob a sua cama.

Neste contexto, irrelevante que a diligência não tenha sido precedida de prévia investigação ou monitoramento do réu, pois, como exposto, os demais elementos de provas disponíveis cumpriram sua finalidade e foram seguros ao indicar que não houve invasão de domicílio.

Frise-se que o crime de tráfico de entorpecentes é um crime permanente, ou seja, se prolonga no tempo, sendo o bem jurídico permanentemente agredido, de forma que a situação de flagrância perdura no tempo, o que torna desnecessária a expedição de mandado de busca, conforme posicionamento jurisprudencial:

“CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. INVASÃO DE DOMICÍLO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGA DA. I. Hipótese em que se sustenta a nulidade do acórdão que manteve a condenação do paciente, ao argumento de que a prova colhida seria ilícita, posto que sua obtenção teria ocorrido com invasão de domicílio e à noite. II. A Carta da República, em seu art. 50, inciso XI, assegura a inviolabilidade do domicílio, mas excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial. III. Caracterizado o delito de tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é própria, podem os agentes públicos adentrar o domicílio do suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa. Precedentes. IV. Ordem denegada.” (STJ, 5ª Turma, HC 39082/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 17.02.2005; in DJU de 07.03.2005, p. 311).

“PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. APREENSÃO EM

DOMICÍLIO PARTICULAR. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. “HABEAS CORPUS”. 1. A CF, art. 5º, XI assegura a inviolabilidade do lar, à exceção de hipóteses de prisão em flagrante, desastre, e prestação de socorro ou determinação judicial. 2. O TRÁFICO de entorpecentes é crime permanente, prescindindo, assim, da prévia expedição de mandado judicial. Não é ilegal a apreensão de entorpecentes e arma ilegalmente mantida, efetuada quando da prisão em flagrante do acusado. 3. “Habeas Corpus” conhecido; pedido indeferido.” (STJ, 5ª Turma, HC 111081 SP, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u.,j. 16.12.1999; in DJU de 21.02.2000, p. 14).

De igual modo, não se pode falar em ilegalidade na busca pessoal realizada no acusado, mesmo porque, a par de nada ilícito ter sido apreendido com ele durante o ato, como já exposto, os policiais relataram que, após o encontro das porções de cocaína, o acusado compareceu ao local espontaneamente e, visando a eximir sua irmã de responsabilidade criminal pelas drogas já localizadas em seu guarda-roupas, assumiu a propriedade destas e das porções de maconha posteriormente localizadas sob sua cama, por sua indicação, totalizando 181 porções de cocaína, com peso líquido de 19,41g, e 595 porções de maconha, com peso líquido de 452,3g.

Observe-se, por fim, que a alegação do acusado, externada somente em Juízo, acerca da ausência de advertência, por parte dos policiais, do seu direito ao silêncio por ocasião da prisão em flagrante, não foi objeto da defesa prévia ofertada por seu patrono e, embora tenha sido aventada durante os debates orais, constitui mera irregularidade, ocorrida durante o inquérito, que, como sabido, não implica em nulidade do processo. A esse respeito, confira-se o habeas corpus nº 0069078-82.2003.8.26.0000. TJSP. Rel. Des. Sinésio de Souza. 4ª Câ. Dir. Crim. Registrado em 12.02.2004.

Diante disso e não se constatando a ocorrência

de qualquer prejuízo ao acusado, hipótese única que autorizaria a decretação de nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal), fica refutada a preliminar e passo à análise do mérito.

O réu foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 06.05.2024, por volta das 10h00, na Rua Constantino Parolin, nº 331, Jardim Empyreo, na cidade e Comarca de Leme/SP, guardava, para fins de tráfico, 181 *eppendorfs* contendo cocaína e 595 porções de maconha, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 58/59).

Após regular instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da inicial.

Em que pesem as alegações da Defesa, seu recurso não pode ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele, no tocante às suas pretensões, foi avaliado com propriedade pelo MMº Juiz de Direito sentenciante. Já o recurso Ministerial merece provimento.

Inicialmente, anoto que, muito embora não tenha havido irresignação quanto à condenação do acusado, a materialidade e a autoria do delito ficaram bem demonstradas.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 13/15), do auto de exibição e apreensão (fls. 17/18), do auto de constatação (fls. 19/20), das fotografias de fls. 25/27, do laudo de exame químico toxicológico (fls. 104/106), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, tendo em vista que a confissão do réu em Juízo (fls. 157 – gravação

audiovisual) foi corroborada pelos demais elementos de provas trazidos aos autos, entre os quais os depoimentos das testemunhas Rodrigo Padoan Albanez (fls. 150 – gravação audiovisual) e, na fase inquisitiva, Vander A. M. Caprioglio (fls. 05/16), ambos policiais civis.

Assim sendo e comprovadas, de forma clara e irrefutável, a materialidade e autoria do delito, correta a solução condenatória.

Quanto à pena, contudo, a sentença merece reparo.

O MMº Juiz, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, porque nenhuma circunstância judicial é desfavorável ao réu.

Na segunda fase, a pena permaneceu corretamente no patamar em que se encontrava, uma vez que, apesar de reconhecidas as circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, tais circunstâncias não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal"*.

Na derradeira etapa, considerando que o réu é primário, não tem maus antecedentes e por entender que não existem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, o sentenciante reduziu a pena no patamar máximo de 2/3, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

No entanto, entendo que, *in casu*, não é

possível aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “poderá” reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, porém, muito embora o acusado seja primário e não tenha maus antecedentes, restou amplamente demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, pois, consoante os relatos dos policiais, o réu lhes teria revelado que atuava no tráfico de drogas há *"nove anos e nunca foi preso e estava guardando os entorpecentes já [há] dois meses e que fornece as drogas para pontos de venda próximos de sua casa"* (fls. 03 e 05). Além disso, não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade e variedade de drogas (181 porções de cocaína e 595 porções de maconha), além de quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.

Nesse contexto, nesta fase da dosimetria, atendendo ao apelo Ministerial, afasto a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, resultando a pena em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena essa que torno definitiva, à míngua de outras causas modificativas.

Frise-se, neste ponto, que a variedade e quantidade de entorpecentes podem sim ser consideradas na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o

traficante pequeno e eventual. No caso dos autos, conforme exposto, houve a apreensão de significativa quantidade de drogas variadas, o que evidencia que não se tratava de pequeno traficante e indica habitualidade na prática criminosa.

Com relação à fixação do regime aberto, a sentença também merece reparo.

De fato, diferentemente do disposto na sentença monocrática, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas, além de quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.

No entanto, neste ponto, ante a ausência de insurgência ministerial específica, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto, por força do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial semiaberto não está sendo fixado em razão da gravidade abstrata do delito, mas da quantidade da pena e das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição

de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

Pelas mesmas razões, deve ser afastada a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, além da quantidade de pena agora estabelecida ser incompatível com o benefício, a variedade e a quantidade de entorpecentes apreendidos, somadas à quantia em dinheiro, produto de venda de outras porções, como já mencionado, demonstram a altíssima reprovabilidade da conduta do acusado.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena agora aplicada, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Por fim, a decretação do perdimento do valor apreendido é medida de rigor, pois inexistente nos autos comprovação de que ele tenha sido obtido de forma lícita, presumindo-se, por consequência da condenação e das circunstâncias fáticas, que é produto do crime de tráfico.

Assim, incabível a restituição do valor apreendido, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido: “*DEVOLUÇÃO DO DINHEIRO APREENDIDO. Impossibilidade. Deve ser decretado o perdimento de bens em favor*

da União quando não há comprovação de que tais bens e o valor em dinheiro foram adquiridos lícitamente e, em sentido oposto, há comprovação consistente da traficância, evidenciando-se, portanto, que são produtos do crime” (TJSP. Apelação nº. 0203363- 94.2010.8.26.0346. Rel. Des. Paulo Rossi. 2.ª Câm. Crim. Julg. em 13.02.2012).

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso da Defesa e dou provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público, para afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixar o regime inicial semiaberto e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ficando o réu Gabriel Ferreira Livatto condenado, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator