



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000425328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501073-41.2024.8.26.0567, da Comarca de Mairinque, em que são apelantes LUCAS ORIGUELA LIMA, JOSÉ ANTÔNIO DE CAMARGO JÚNIOR e ANDRE NASCIMENTO DE SOUSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM parcial provimento aos recursos defensivos para ABSOLVER os réus Andre Nascimento de Sousa, Lucas Origuella Lima e José Antônio de Camargo Junior da imputação concernente ao crime previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença que os condenou como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa (André e Lucas) e 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (José Antônio). v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

HUGO MARANZANO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501073-41.2024.8.26.0567

3ª Câmara Criminal

Apelantes: LUCAS ORIGUELLA LIMA, JOSÉ ANTONIO DE CAMARGO JUNIOR e ANDRE NASCIMENTO DE SOUSA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 6344

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RECURSO DEFENSIVO.

Preliminar de nulidade. Tese de ilicitude das provas obtidas a partir da diligência policial. Não acolhimento. Busca pessoal e residencial realizadas a partir de panorama fático suficientemente apto a justificar a presença de fundadas suspeitas da posse de objeto ilícito pelos acusados (CPP, art. 244). Subsequente situação de flagrante delito de crime permanente que autoriza o ingresso dos policiais no interior da residência, forte no art. 5º, XI, da CF/88. Precedente do STF. Preliminar rejeitada.

Mérito. Tráfico de drogas. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Não acolhimento. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Circunstâncias da prisão em flagrante confirmadas pelos relatos dos agentes públicos responsáveis pela diligência e pela confissão do réu José acerca da finalidade mercantil das drogas apreendidas. Ausente motivo idôneo, apto a afastar a credibilidade da palavra dos policiais. Condenação mantida.

Associação para o tráfico. Absolvição por insuficiência probatória. Acolhimento. Prova amealhada aos autos insuficiente para comprovação do delito. Não comprovada a união de esforços de caráter estável ou duradouro, nem o ânimo associativo. Dúvida deve favorecer os réus. Absolvição decretada.

Dosimetria. Básica majorada pelos maus antecedentes (André e Lucas) e quantidade e variedade das drogas (todos réus). Segunda etapa. Reconhecida a agravante da reincidência (André e Lucas) - aumento de 1/6. José Antônio - atenuantes da confissão e menoridade relativa -

redução ao piso. Descabido o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de drogas para todos os apelantes. Regime fechado. Substituição incabível ante o quantum de pena.

Apelo parcialmente provido para absolver os réus com relação ao crime previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06; mantido os demais termos da condenação.

Trata-se de recursos de apelação interpostos em face da r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Carla Carlini Catuzzo, no processo nº 1501073-41.2024.8.26.0567 - 2ª Vara da Comarca de Mairinque – SP, que condenou, como incursos no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006 c/c o artigo 69 do Código Penal às penas de 11 (onze) anos e 01 (um) mês de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 1.652 (mil, seiscentos e cinquenta e dois) dias-multa, em seu patamar mínimo legal (**André e Lucas**) e 08 (oito) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias -multa, em seu patamar mínimo legal (**José Antônio**) (fls. 426/454).

Lucas apela em busca da absolvição por insuficiência de provas quanto ao crime associativo, alegando a ausência de comprovação de estabilidade e permanência (fls. 477/484).

José e André, preliminarmente, requerem o reconhecimento da ilicitude das provas e, no mérito, buscam a

absolvição por falta de provas e, subsidiariamente, a incidência do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas e reconhecimento da atenuante da confissão, redução da pena e fixação de regime inicial mais brando (fls. 529/538 e 548/558).

Processados e contra-arrazoados os recursos (fls. 562/566), manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento dos apelos (fls. 575/583).

Instadas as partes a se manifestarem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Preliminar

Inicialmente, quanto à preliminar de ilegalidade/ilicitude da prova, extrai-se do conjunto probatório amealhado que a diligência dos policiais militares – ingresso em domicílio - com consequente prisão em flagrante delito pela posse de drogas ilícitas visando ao consumo de terceiros, portanto, ao tráfico, ocorreu de modo regular, com esboço em fundada suspeita de prática delituosa, inexistindo qualquer

violação ao disposto no art. 240, do Código de Processo Penal.

Em apertada síntese, os agentes estatais relataram que, na data dos fatos, avistaram um indivíduo conhecido como “Juninho”, em relação ao qual havia informações de que estava praticando o tráfico no bairro Jardim Vitória, saindo de uma residência. Ele, ao notar a viatura, voltou rapidamente ao interior da residência, o que configurou a fundada suspeita.

Realizada a abordagem na porta da cozinha, constatou que, no interior de uma sacola que ele carregava, havia vários frascos com skunk. Na cozinha da casa, que podia ser visualizada pelo lado de fora, havia uma sacola de nylon cheia de porções de drogas. Assim, também foram abordados André e Lucas, os quais estavam no interior da residência.

Daí que a atuação policial, conjugado todos esses elementos, não se afigura ilegal ou abusiva. Ainda que não tenha ocorrido autorização para que adentrassem à residência, as circunstâncias acima referidas configuraram a justa causa para a busca domiciliar, não havendo que falar em nulidade decorrente do ingresso em domicílio pelos agentes.

Há de se destacar que a hipótese fática configura crime permanente e, nesse caso, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Desse modo, enquanto o crime estiver ocorrendo, agentes de segurança poderão proceder à busca domiciliar, independentemente da existência de mandado judicial.

Portanto, não houve a alegada violação ao domicílio, pois, como já foi dito, havia fundadas razões para o ingresso dos policiais na residência, afastando-se qualquer sorte de nulidade da prova derivada da atuação estatal. Nesse sentido, colaciona-se julgados desta E. Corte:

Apelação criminal - Tráfico de drogas – Impossibilidade do acolhimento da tese de ilicitude da prova por invasão de domicílio – Exceção prevista na Constituição da República Federativa do Brasil – Fundadas razões que antecedeu o ingresso na residência, que também foi franqueado pelo réu - Preliminar afastada - Autoria e materialidade demonstradas - Conjunto probatório satisfatório – Impossibilidade de absolvição por suposta insuficiência probatória – Afastamento do aumento procedido na pena-base, redimensionando-a para o piso mínimo - Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em virtude da reincidência específica apresentada pelo apelante, o que também obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de sursis – Afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III, do

artigo 40, da Lei nº 11.343/2006 – Redimensionamento das penas - Impossibilidade de se modificar o regime prisional escolhido no primeiro grau de jurisdição em razão da reincidência específica apresentada – Recurso da defesa PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP; Apelação Criminal 1500552-49.2020.8.26.0628; Relator (a): Heitor Donizete de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Embu das Artes - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 06/07/2022; Data de Registro: 07/07/2022).

Ainda, em decisão a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

“No caso concreto, conforme narrado, a existência de justa causa para busca pessoal ocorreu após o recorrido demonstrar nervosismo e dispensar uma sacola ao avistar os guardas municipais durante patrulhamento de rotina. Com o acusado foram apreendidos 558 papéletes de maconha, 2 porções de skunk, 930 porções de cocaína, 464 porções de crack e 41 frascos contendo 369 mililitros de tricloroetileno. A propósito, citem-se trechos do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Doc. 5): Não se poderia esperar outra atitude dos guardas civis municipais. Nota-se que em patrulhamento pelo local, o paciente não apenas demonstrou medo, mas também dispensou uma sacola. Realizada a abordagem, localizaram entorpecentes no interior da sacola (fls. 29 e 30). Ao menos neste primeiro momento, não há que se

falar em nulidade, uma vez que a prisão em flagrante foi totalmente legal e dentro dos preceitos constitucionais. Ressalta-se que o art. 301 do Código de Processo Penal prevê que " Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito" (destacou-se). [...] De outro lado, no que tange ao ingresso dos guardas municipais, a princípio, não se nota ilegalidade. Consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendia-se que o ingresso de policiais em domicílio sem o consentimento do morador ou ordem judicial estaria autorizado, notadamente quando se constatava a ocorrência de delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo (art. 5º, inc. XI, segunda parte, da Constituição Federal, e art. 303 do Código de Processo Penal). Desse modo, não há qualquer ilegalidade na ação. Julgado em 14 de dezembro de 2023. Ministro Alexandre de Moraes Relator - RE 1468558 (grifo nosso)

Não há, desse modo, qualquer ilicitude ou nulidade a ser reconhecida.

Mérito

Andre Nascimento de Sousa, Lucas Origuella Lima e José Antônio de Camargo Junior foram condenados porque, no dia 11 de abril de 2024, por volta de 14h30, na Rua Antônio Silvio da Cunha, n.º 1111, Jardim Cruzeiro, comarca de Mairinque/SP, mantinham em depósito

para entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, 179 (cento e setenta e nove) porções de Skunk, pesando aproximadamente 696,7 gramas; 36 (trinta e seis) porções de Haxixe pesando aproximadamente 85,2 gramas; 1.032 (mil e trinta e duas) porções de Crack pesando aproximadamente 1.071,3 gramas; 1.832 (mil oitocentos e trinta e duas) porções de cocaína pesando aproximadamente 1.832 gramas, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta ainda, que, no dia 11 de abril de 2024, por volta de 14h30, na Rua Antônio Silvio da Cunha, n.º 1111, Jardim Cruzeiro, comarca de Mairinque/SP, **os apelantes** associaram-se entre si para o fim de praticar, reiteradamente, o tráfico de drogas, crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Segundo se apurou: “... *ANDRE, LUCAS e JOSÉ associaram-se para a prática de tráfico de drogas no endereço do local dos fatos. Tal localidade era utilizada pelos indiciados para que preparassem, acondicionassem e guardassem os entorpecentes que seriam comercializados e, os três retiravam de tal atividade lucro ilícito.*

Na data dos fatos, JOSÉ estava saindo da residência com uma sacola contendo 179 (cento e setenta e nove) porções de Skank, quando percebeu a aproximação de policiais militares e correu em direção ao interior do imóvel.

JOSÉ foi alcançado pelos policiais militares na porta da cozinha e ANDRE e LUCAS abordados no interior da residência, onde localizaram uma sacola de nylon com 36 (trinta e seis) porções de Haxixe; 1.032 (mil e trinta e duas) porções de Crack; e 1.832 (mil oitocentos e trinta e duas) porções de cocaína.

Além das drogas, os policiais militares encontraram no local um caderno com anotações típicas de tráfico de entorpecentes e uma balança de precisão, prendendo os denunciados em flagrante.

A quantidade e variedade de drogas apreendidas, a forma de armazenamento, em pequenas porções, e as demais circunstâncias já narradas demonstram que os indiciados se associaram o intuito de fornecer a substância entorpecente, com divisão delineada de tarefas, para consumo de terceiros...” (fls. 118/120).

Esse o resumo dos fatos.

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 03/08), auto de exibição e apreensão (fls. 28/29), auto de constatação provisória (fls. 30/31, fotografias (fls. 34/38; laudos periciais de fls. 196/199, 200/205, além dos demais elementos acostados aos autos.

A autoria é incontroversa.

Senão vejamos.

Em juízo, o **policia militar Vinicius Henrique Pereira Flores de Jesus** relatou que, durante patrulhamento no bairro Jardim Cruzeiro, avistou um indivíduo conhecido como Juninho saindo de uma residência. De acordo com denúncias recebidas anteriormente, ele estaria traficando drogas nas proximidades. Essas denúncias, feitas por usuários e moradores da região, haviam sido encaminhadas à guarnição cerca de 15 dias antes da prisão.

Ao avistar Juninho, este se encontrava em frente a uma residência carregando uma sacola. Assim que percebeu a presença da viatura, Juninho correu para dentro da casa. Ele foi abordado próximo à cozinha e, na sacola que carregava, foram encontradas algumas porções de drogas. No local também estavam outros dois homens, que foram igualmente abordados. Durante a revista na residência, os policiais localizaram uma balança de precisão e um caderno contendo anotações. Além disso, encontraram uma segunda sacola com mais entorpecentes.

Os acusados, ao serem questionados, não souberam explicar o que faziam no local. Também havia denúncias anteriores envolvendo Lucas, um dos abordados, em atividades relacionadas ao tráfico.

O policial militar Valdir Branco de Matos

foi ouvido somente no auto de prisão em flagrante: “... *em patrulhamento pelo bairro Jardim Cruzeiro, avistaram um indivíduo saindo de uma residência, este conhecido como Juninho, que possui denúncias de tráfico de drogas no Jardim Vitória. Ao perceber que seria abordado, ele fugiu para o interior da casa, onde foi alcançado na porta da cozinha. Na sacola do mesmo, foram localizados vários frascos com skunk. Na residência, foram abordados André e Lucas, ambos de São Paulo e gerentes do Vitória. Na cozinha da casa, que podia ser visualizada pelo lado de fora, havia uma sacola de nylon cheia de drogas, onde foram recolhidos 1832 pinos de cocaína, 1032 pedras de crack, 36 haxixe, além das 179 skank que estavam na sacola que Juninho portava na calçada, uma balança, um caderno de anotações do tráfico, 362 reais em notas diversas e três telefones celulares...*” (fl. 11).

Interrogado em Juízo, o acusado José Antônio Junior confessou que estava vendendo drogas no bairro Jardim Cruzeiro, próximo à sua residência. Ao avistar a viatura policial, correu para dentro de casa, onde foi abordado. Na mochila que carregava, foram encontradas drogas. Durante a entrada dos policiais na residência, foram avistados outros dois indivíduos, que não eram proprietários das substâncias apreendidas. José afirmou não conhecer os demais réus.

O réu Lucas relatou que, na data dos fatos, encontrava-se no quarto com André, enquanto Junior preparava macarrão na cozinha. Segundo ele, os policiais entraram na casa e informaram que localizaram drogas no local, cuja existência ele desconhecia e não soube explicar onde foram encontradas. Lucas afirmou que conheceu Junior em São Paulo e que aquela era apenas a segunda vez que visitava sua residência. Ele explicou que levou André para conhecer Junior e que pretendia permanecer na casa por uma semana. No entanto, devido a um diagnóstico de dengue, estava de cama na ocasião. Lucas mencionou ainda que foi à casa de Junior acompanhado de André.

André disse que, quando os policiais entraram na casa, ele estava no quarto com Lucas. A residência pertencia a um amigo de Lucas, que André afirmou não conhecer. Ele esclareceu que não chegou à casa junto com Lucas, que já estava no local havia um dia. André mencionou acreditar que a casa estava alugada para Lucas. Ele também afirmou que José Antônio não estava na cozinha preparando macarrão quando os policiais chegaram. André disse que ouviu apenas o barulho da porta sendo aberta e ordens para que se deitasse no chão. Em seguida, os policiais apareceram com uma sacola grande contendo drogas, além de uma balança de precisão e um caderno.

Como se vê, as versões dos réus, além de bastante contraditórias, restaram contrariadas pelos depoimentos dos policiais militares, os quais se mostraram firmes e seguros. Seus dizeres convergem para uma descrição do contexto delituoso rica em detalhes e compatível com a dinâmica de situações assemelhadas. Os agentes afirmaram, de forma convincente, que, durante patrulhamento, avistaram um indivíduo conhecido dos meios policiais como traficante (“Juninho”) saindo de uma residência. Ele estava com uma sacola na mão e, ao avistar a viatura, voltou correndo para o interior da casa. Abordaram-no próximo à cozinha. Na sacola que ele portava, havia diversas porções de droga. Lucas e André estavam na cozinha e foram abordados. Em revista na casa, localizaram mais diversas porções e variedade de drogas, balança de precisão e anotações do tráfico. Some-se ainda que, conforme relataram os policiais, já havia denúncias acerca do envolvimento de José Antônio, vulgo Juninho e Lucas no tráfico.

Os agentes públicos, observe-se, não deram indícios de que agiam com tendenciosidade; tampouco transpareceram qualquer sorte de motivo escuso na incriminação dos acusados, os quais sequer conheciam previamente. Daí que, com efeito, não é possível, simplesmente, presumir sua parcialidade. Mesmo porque, note-se, não faria sentido o Estado atribuir a agentes públicos a função de realizar investigações, monitoramentos e prisões em flagrante, porém negar credibilidade aos depoimentos prestados em decorrência desse

mister.

Não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Ao contrário, os funcionários públicos têm a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente, valendo acrescentar, paralelamente, inexistir qualquer exigência legal que imponha a ratificação de seus depoimentos por testemunhas civis.

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse particular, registre-se que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, bem como as reiteradas informações anônimas sobre a traficância que foram confirmadas pelos agentes públicos, como ocorreu no presente caso. Ademais, a condição de as testemunhas serem policiais não retira o valor da prova produzida, porque, como qualquer testemunha, prestam o compromisso e a obrigação de dizer a verdade (CPP, arts. 203 e 206, 1ª parte). Nestes termos, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a

imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.” (STJ, Habeas Corpus nº 633.615 – SP, Decisão Monocrática, j. 27/01/2021).

No mesmo sentido: STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1.661.191 – AM, Min. Jorge Mussi, Decisão Monocrática, j. 22/06/2020; STJ, Habeas Corpus nº 485.534 – SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 21/05/2019; STJ Habeas Corpus nº 382.206 – RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 10/02/2017.

Anote-se que a atuação dos agentes públicos se revestiu de legalidade, conforme analisado alhures, não havendo nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado.

Portanto, nada há nos autos que possa sugerir que tenham artificialmente engendrado esse episódio de modo e para o fim de prejudicarem os réus.

Não faz sentido que agentes públicos, sem nenhuma razão aparente, resolvessem incriminar os acusados com drogas que não eram suas e conduzi-los em flagrante por crime que não cometeram, correndo, ainda por cima, todo risco de punições (criminais, administrativas e civis), com potencial afetação da sua liberdade de ir e vir, carreira e patrimônio.

Não apenas a natureza e a diversidade das drogas, a forma como estavam acondicionadas (179 (cento e setenta e nove) porções de Skunk, pesando aproximadamente 696,7 gramas; 36 (trinta e seis) porções de Haxixe pesando aproximadamente 85,2 gramas; 1.032 (mil e trinta e duas) porções de Crack pesando aproximadamente 1.071,3 gramas; 1.832 (mil oitocentos e trinta e duas) porções de cocaína pesando aproximadamente 1.832 gramas – auto de fls. 28/29), além das circunstâncias da apreensão de drogas, anotações da contabilidade do tráfico (fls. 200/205 e 266/271), balança de precisão (fls. 196/199), somados aos depoimentos firmes e coesos das testemunhas policiais, tudo justifica o reconhecimento da prática delitiva, com a imposição de uma pena que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do narcotráfico.

Para configuração do crime tráfico não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que os agentes tragam consigo, tenham em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio* para consumação do delito.

A responsabilidade restou comprovada pela robustez das provas carreadas aos autos e nenhum elemento trazido foi capaz de amparar genuína e objetivamente a defesa, de modo a macular a certeza da demonstração de sua conduta ilícita pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº

11.343/06.

No que tange ao delito de associação, todavia, não há prova suficiente, respeitado entendimento da d. Magistrada.

As evidências são inequívocas de que os réus guardavam os entorpecentes na residência visando ao consumo de terceiros. Ocorre, todavia, que essa constatação demonstra não mais que o concurso eventual de pessoas.

Consoante entendimento relativo ao delito disposto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, a mera coautoria no tráfico de drogas não basta a caracterizar a associação criminosa, devendo ser verificada, na hipótese concreta, a divisão de tarefas e funções, a estabilidade e a habitualidade associativa.

Com efeito, não foram colhidas ou produzidas provas no sentido de que essa união de esforços entre os acusados fosse de caráter estável ou duradouro; isto é, que fosse além da guarda e distribuição dos entorpecentes aqui analisada.

Embora a quantidade das drogas e a vinculação entre os réus que se encontravam na mesma residência apontem indícios de associação, a prova é insuficiente para dar ensejo a condenação criminal. Com efeito, inobstante a apreensão dos celulares dos acusados (auto de fls. 28/29), no

laudo juntado às fls. 275/281 há apenas descrição dos aparelhos, sem acesso ou referência ao conteúdo de eventuais mensagens.

No manuscrito apreendido (fls. 200/205), embora conste um período de dois meses, ausente perícia grafotécnica para se verificar que os escritos foram realizados pelos apelantes. Aliás, ao que parece, as anotações parecem ter emanado apenas de uma pessoa.

Os policiais ainda se referem à existência de “denúncias” anônimas apontando o tráfico naquele local, mas não foram realizadas investigações prévias pela polícia judiciária a demonstrar a estabilidade entre os apelantes. Conquanto haja indícios, tenho que não devidamente demonstrada a união estável para o reconhecimento do crime de associação ao tráfico de drogas imputada aos réus, pelo que, inicialmente, em relação ao art. 35 da lei antidrogas tenho que o *non liquet* deverá ser decretado.

Ressalte-se, nesse sentido, as valiosas contribuições de Vicente Greco Filho:

Haverá necessidade de um 'animus' associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira 'societas sceleris', em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para

a prática de determinado delito, que estabeleceria a co-autoria. (FILHO, Vicente Greco. Tóxicos: prevenção e repreensão. Comentários à Lei n. 11.343/2006 Lei de Drogas. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 184).

Esta e. Câmara já decidiu em caso semelhante:

Com efeito, inexistem, na prova colhida sob o crivo do contraditório, elementos seguros acerca da estabilidade e permanência da associação entre FELIPE e SILVIA, para o fim específico de praticarem o ilícito comércio. Se a associação for eventual, como no caso em apreço, não há que se falar no crime insculpido no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, mas apenas no mero concurso de pessoas. Mister ressaltar que os policiais responsáveis pelas diligências limitaram-se a informar que abordaram os acusados juntos, na posse dos tóxicos descritos na exordial e de certa quantia em dinheiro, fato este insuficiente a comprovar a conduta prevista no artigo 35 da Lei de Tóxicos. Apelação Criminal nº 1503327-26.2020.8.26.0664 – 3ª Câmara Criminal – Relator ÁLVARO CASTELLO – Julgado em 21 de outubro de 2022.

Beneficiam-se os réus, por conseguinte, da dúvida, que determina, neste ponto, a solução absolutória pela prática do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006.

Individualização. Passa-se à análise do cálculo das reprimendas lançadas quanto ao tráfico.

Apelante André

1ª fase. A pena-base foi correta e fundamentadamente majorada em 1/5: 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

André ostenta maus antecedentes (fls. 132/136 - processos nº 0006395-72.2011.8.26.0050 (tráfico) e 0010880-52.2010.8.26.0050 (tráfico) e consideradas as espécies e quantidade de drogas apreendidas.

O artigo 42 da Lei de Drogas dispõe que, quando da fixação das penas, o Juiz deve dar prevalência à natureza e à quantidade da substância apreendida (circunstâncias objetivas), em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas).

Tais circunstâncias objetivas se sobrepõem às demais preconizadas no artigo 59 do Código Penal, por serem mais nocivas e acarretarem maior dano à saúde pública.

Assim, no caso em tela, considerando tratar-se de tráfico de “skunk”, cocaína e “crack”, esta última droga de grande incidência, atualmente, causadora de

dependência química rápida e danos irreversíveis, entendo que o delito representa maior perigo à saúde pública, e, portanto, recomenda a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

Até porque, a aplicação automática de pena mínima não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, não teria razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima.

2ª fase. Ausentes atenuantes, a sanção foi aumentada em um sexto por força da multireincidência (condenações nº 0006002-31.2017.8.26.0635 (furto) e 0026595-56.2018.8.26.0050 (tráfico) - fls.132/136), resultando em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

3ª Fase. Ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena restou inalterada.

Não era mesmo o caso de aplicar-se a benesse do § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista os maus antecedentes e a reincidência específica ostentada pelo réu, indicando sua dedicação ao tráfico, de tal sorte que não faz jus ao benefício.

Apelante Lucas

1ª fase. A pena-base foi correta e fundamentadamente majorada em 1/5: 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Lucas ostenta maus antecedentes (fls. 144/146 - processo nº 3002774-08.2013.8.26.0224 (roubo)) e consideradas as espécies e quantidade de drogas apreendidas.

No caso em tela, conforme acima já exposto, trata-se de tráfico de “skunk”, cocaína e “crack”, esta última droga de grande incidência, atualmente, causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, e o delito representa maior perigo à saúde pública e, portanto, recomenda a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

2ª fase. Ausentes atenuantes, a sanção foi aumentada em um sexto por força da reincidência (condenação nº 0059116-88.2017.8.26.0050 (associação para o tráfico) - fls.144/146), resultando em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

3ª Fase. Ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena restou inalterada.

Não era mesmo o caso de aplicar-se a benesse do § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista os maus antecedentes e a reincidência ostentada pelo réu,

indicando sua dedicação ao tráfico, de tal sorte que não faz jus ao benefício.

Apelante José Antônio

1ª fase. A pena-base foi estabelecida corretamente, conforme fundamentação acima detalhada, em um sexto acima do mínimo legal à vista da quantidade e natureza das substâncias apreendidas: 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

2ª fase. Ausentes agravantes e reconhecida a atenuante da menoridade relativa, a sanção retornou ao mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Em relação ao crime de tráfico, de rigor o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Contudo, à vista da redução da pena no mínimo legal por força da menoridade relativa, não há qualquer reflexo na sanção aplicada (Súmula 231 do STJ).

3ª Fase. Ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena restou inalterada.

Não era mesmo o caso de aplicar-se a benesse do § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Inicialmente, cabe destacar que a variedade, quantidade e espécies de drogas apreendidas na própria residência do apelado são indicativos de sua dedicação à espúria mercancia de entorpecentes.

Anote-se que o laudo pericial do caderno apreendido (fls. 200/205) indica a existência de contabilidade do tráfico a partir de 10 de fevereiro até 05 de abril.

Mas não é só.

O réu ostenta anotações no Juízo da infância e juventude, com imposição de medidas socioeducativas por tráfico (cópias juntadas às fls. 309/359), tudo a revelar sua dedicação ao crime como meio de vida e afastar a incidência do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas.

A respeito dos atos infracionais, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal e pelas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça é pela possibilidade de sua utilização para afastar aplicação do privilégio:

“Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação. Dosimetria. Pretendida aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Utilização da prática de atos infracionais

para afastar a causa de diminuição. Possibilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido". (STF - AgRg no Habeas Corpus nº 192.147-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24.02.2021).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. "A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no HC 546.316/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2020). (...)" (STJ – AgRg no Habeas Corpus nº 660.572-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, j. 01.06.2021).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME INICIAL FECHADO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...) 3. Esta Corte Superior de Justiça tem, reiteradamente, decidido, por ambas as Turmas, que atos infracionais praticados pelo agente quando adolescente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar, na análise do caso concreto, dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes também do Supremo Tribunal Federal. (...)" (STJ – Habeas Corpus nº 650.819-SC, Sexta Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 04.05.2021).

Nessa mesma linha, confira-se precedente desta C. 3ª Câmara de Direito Criminal:

“A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelado David não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, diante da diversidade de drogas apreendidas em sua posse, cocaína, maconha e “crack”. Ademais, como bem destacou o Ministério Público, o apelado teve em seu desfavor apurações pela prática de atos infracionais equivalentes aos crimes de tráfico de drogas, com aplicação de medida socioeducativa, tudo a demonstrar que realmente se dedicava à atividade criminosa.” (Apelação criminal nº 1500711-04.2020.8.26.0236, rel. Des. Toloza Neto, j. 1º/11/2022).

Isso tudo conjugado com a ausência de comprovação de que exercia atividade laboral regular lícita, torna inconteste sua dedicação às atividades criminosas, além do ordinário, que permite concluir que fazia do tráfico seu meio de vida.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSOPRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO PROVISÓRIA ANTERIOR. OFENSA À SUMULA N. 444 DESTA CORTE. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E

PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) - **Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. - Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e as circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pelo fato de o acusado contar com condenação provisória pela prática do mesmo delito e por terem sido apreendidos 536 tubos plásticos vazios. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. (STJ, HC 374992 / SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 07/02/2017 - g.n.).**

Apreciando caso análogo, essa C. Câmara se manifestou em consonância:

“Apelação criminal. Tráfico de Drogas. Preliminar. Aguardar em liberdade o julgamento. Prejudicado. Justiça Gratuita.

Pedido a ser apresentado em Sede própria. Inconformismo defensivo para reconhecimento da forma privilegiada e fixação de regime aberto. Materialidade e autoria sobejamente comprovadas pelo material probatório amealhado aos autos. Redutor do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas. Descabido. Quantidade, variedade, espécies de droga, apreensão de dinheiro, réu desempregado e que confessou que traficava há dois meses para seu sustento. Pleito pela fixação do regime aberto. Descabimento no caso concreto, em que o réu não possui atividade lícita remunerada, confirmou dedicar-se ao tráfico e foi flagrado com grande quantidade e variedade de drogas. Preliminares rejeitadas e recurso não provido. (TJSP; Apelação Criminal 1502211-43.2022.8.26.0040; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Américo Brasiliense - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/05/2023; Data de Registro: 16/05/2023)

Bem demonstrada, portanto, a dedicação do acusado a atividades criminosas, inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena.

Regime prisional. Ante o “quantum” de pena aplicada, a hediondez do delito, as circunstâncias judiciais desfavoráveis (todos os acusados), os maus antecedentes e a reincidência (Lucas e André), mantenho o regime inicial fechado, nos termos dos artigos 33 e 59, ambos do CP.

Substituição. Diante do quantum de pena privativa de liberdade imposta, superior ao limite legal, era mesmo incabível a substituição por restritivas de direitos, medida que deve ser reservada para os casos de menor ofensividade social, o que não se trata da hipótese em apreço.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento aos recursos defensivos para ABSOLVER os réus Andre Nascimento de Sousa, Lucas Origuella Lima e José Antônio de Camargo Junior** da imputação concernente ao crime previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença que os condenou como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa (**André e Lucas**) e 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (**José Antônio**).

HUGO MARANZANO

Relator