



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000448175

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500033-43.2024.8.26.0593, da Comarca de Marília, em que são apelantes IZEQUIEL DA SILVA OLIVEIRA, NAIARA TATIANE DE FREITAS CAETANO e WESLEY PEREIRA DE SOUZA TONELOTTI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos defensivos. V.U. Sustentou oralmente a adva. Dra. Jennifer Gonçalves Brocco. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal 1500033-43.2024.8.26.0593

Apelantes: IZEQUIEL DA SILVA OLIVEIRA, Naiara Tatiane de Freitas Caetano e Wesley Pereira de Souza Tonelotti

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Marília

Magistrado: Fabiano da Silva Moreno

Voto 11090

Ementa. Apelação. Tráfico de Drogas e Associação para o mesmo fim. Nulidade. Ausência de fundada suspeita para a abordagem. Pesca predatória de provas. Fishing expedition. Inocorrência. Abordagem em contexto típico de policiamento ostensivo, sendo identificada a mudança de comportamento ao perceber a aproximação da viatura, revelando-se motivo suficiente para a abordagem e revista pessoal, visto a possibilidade iminente de estar ocorrendo o crime. Apreensão de objetos relacionados àquele crime e constatação de novos delitos. Inexistência de qualquer mácula a ser atribuída à atuação policial. Aviso de Miranda. Ausência de advertência quanto ao direito ao silêncio no momento da prisão. Inocorrência. Apresentação da versão do réu perante a autoridade policial e judicial, ambas com acompanhamento de advogado. Versão extrajudicial não utilizada para a condenação. Ausência de prejuízo. Invasão de domicílio. ação dos policiais amparada pelo estado de flagrância e urgência, diante da possível destruição e ocultação de provas. Preliminares rejeitadas. Mérito. Pedido de Absolvição por todos os acusados por insuficiência de provas. Inadmissibilidade. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Conjunto probatório seguro e coeso. Pena e regime prisional fixados dentro dos limites legais e de forma individualizada. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Trata-se de apelações interpostas por Izequiel da Silva Oliveira, Naiara Tatiane de Freitas Caetano e Wesley Pereira de Souza Tonelotti contra a sentença (fls. 505/533), que os absolveu do crime previsto no artigo 35, da Lei Federal 11343/06, mas os condenou como incurso nas sanções do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, o primeiro a cumprir a pena de 09 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, bem como ao pagamento de 938 dias multa, no piso legal, e os dois

últimos às penas de 06 anos, 02 meses e 05 dias de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, no piso legal, todos no regime inicial fechado.

Inconformados, os réus recorreram.

O apelante Izequiel Oliveira arguiu a preliminar de nulidade, alegando ausência de fundamento para a abordagem policial, revelando-se pesca predatória de provas ou “fishing expedition”, bem como por conta da inexistência de Aviso de Miranda. No mérito, requereu a absolvição, por conta da atipicidade da conduta, pois foi detido pelos policiais durante atos preparatórios ou, alternativamente, em razão da insuficiência probatória. Por fim, almejou a diminuição da pena (fls. 575/592).

Os apelantes Naiara de Freitas e Wesley Tonelotti buscaram a nulidade das provas, alegando uma invasão de domicílio. No mérito, requereram a absolvição por ausência de provas. E, subsidiariamente, almejaram a diminuição da pena e a substituição por restritiva de direitos (fls. 598/625).

Foram contrarrazoados os apelos (fls. 632/655).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e não provimento dos recursos defensivos (fls. 705/718).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 761 e 763).

É o relatório.

As preliminares arguídas são inconsistentes.

Não assiste razão à Defesa quanto à arguição de nulidade decorrente da abordagem policial supostamente sem fundada suspeita.

Segundo o disposto no artigo 244, 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 arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar"*.

A permissão, portanto, para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiança devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de

outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo.

No presente caso, a abordagem se deu em contexto típico de policiamento ostensivo, após mudança de comportamento repentino de Izequiel, ao avistar a aproximação da viatura, revelando-se motivo suficiente para a realização do procedimento de abordagem, visto a possibilidade iminente de estar ocorrendo um crime.

Aliás, não ocorreu a alegada pesca predatória de provas, que no direito penal norte americano é conhecida como “fishing expedition”, a qual consiste em demanda especulativa por informações sem nenhuma expectativa real acerca do resultado da demanda (Alexandre Moraes da Rosa, Guia do Processo Penal, conforme a Teoria dos Jogos, Sexta edição, revista, atualizada e ampliada, Florianópolis, Editora Mais, 2020).

Consta que os policiais não estavam no local “caçando” algum elemento de prova até conseguir incriminar o apelante, pelo contrário, o comportamento atípico do réu motivou a abordagem pessoal, da qual resultou as buscas subsequentes, chegando-se também aos corrêus, não havendo, portanto, qualquer mácula a ser atribuída à atuação policial.

No mais, trata-se de mera reiteração do pedido defensivo, sem questionar qualquer ponto da sentença, é certo que a matéria foi esgotada pelo magistrado de primeiro grau, não merecendo qualquer reparo.

No tocante ao resultado da atuação da equipe policial, trata-se de prova válida, porquanto não revelado, por mínimos indícios, que agiram com ilegalidade ou abuso de poder, violando direitos fundamentais, distorcendo a realidade dos fatos ou faltando com a verdade sobre as circunstâncias fáticas antecedentes que deram suporte a abordagem e busca corporal de Izequiel.

Assim, evidenciada a presença de “fundada suspeita”, pautada em elementos concretos a justificar a atuação policial a teor dos artigos quinto, § terceiro, 240, § segundo, e 244, todos do Código de Processo Penal, não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

havendo que se dizer que os agentes tenham agido de forma ilegal ao exercer a sua função estatal.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA DA POSSE DE CORPO DE DELITO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. Por ocasião do julgamento do RHC 158.580/BA (Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 25/04/2022), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais e apresentou as seguintes conclusões: Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa), baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto, de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. Entretanto, a normativa constante do artigo 244, do CPP, não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito de uma infração penal. O artigo 244, do CPP, não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições, impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo artigo 244 do CPP. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos, independentemente da quantidade, após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

tenha(m) realizado a diligência. Segundo se depreende dos autos, policiais estavam em patrulhamento em ponto de tráfico de drogas quando avistaram o paciente, conhecido dos agentes pelo envolvimento nesse tipo de delito, com uma sacola nas mãos saindo de um beco, oportunidade em que ele, ao avistar a guarnição, empreendeu fuga, mas foi alcançado. Tais circunstâncias, em conjunto, ultrapassam o mero subjetivismo e indicam a existência de fundada suspeita de que a sacola contivesse substâncias entorpecentes e de que o réu estivesse na posse de mais objetos relacionados ao crime. Agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido para reconhecer a licitude da prova decorrente da busca pessoal e restabelecer a condenação do paciente” (STJ, Agravo no Habeas Corpus 815998/RS, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, DJE 05/10/2023).

Assim, não há que se dizer que os agentes tenham agido de forma ilegal ao exercer a sua função estatal, inexistindo evidência de nulidade apta a ser corrigida.

Quanto ao segundo pleito preliminar, igualmente, deve ser rechaçada a arguição de nulidade em razão da ausência de advertência por parte dos policiais, quanto ao direito de Izequiel de permanecer em silêncio, pois tal situação seria capaz tão somente de ensejar eventual irregularidade ou nulidade relativa, sendo necessário, para o seu reconhecimento, comprovar real prejuízo experimentado pelo réu, coisa que não foi feita e não se observou no feito, especialmente, diante do termo de interrogatório em sede policial (fls. 06/07), em que constou taxativamente que o apelante foi orientado sobre seu direito constitucional de permanecer calado,

Além disso, não constam elementos de que as informações prestadas pelo acusado tenham sido feitas sob coação ou constrangimento, pelo contrário, ele se encontrava acompanhado de seu advogado (Doutor Victor Hugo Furlan Borges - OAB 468297), na Delegacia de Polícia, oportunidade em que foi orientado a apresentar a sua versão, posteriormente, corroborada em Juízo.

Ademais, a Suprema Corte ainda não apreciou definitivamente o Tema 1185 que teve repercussão geral reconhecida quanto à questão relativa a obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, e não apenas durante o interrogatório, o que foi efetivamente observado no caso.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO “AVISO DE MIRANDA”. PRETENSÃO RECHAÇADA. CONFISSÃO DO RÉU NA FASE EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ALTERAÇÃO DO JULGADO A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. INCABÍVEL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 41 DA LEI DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DE NENHUM COAUTOR OU PARTÍCIPE DO DELITO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DO PRODUTO DO CRIME. MODIFICAÇÃO DO ARESTO IMPUGNADO A RECLAMAR REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Alegação de nulidade. Ausência do “Aviso de Miranda”. Pretensão rechaçada. A Corte de origem afirmou que o paciente confessou a autoria delitiva tanto no interrogatório realizado na fase investigativa quanto em juízo. Além disso, a Corte originária muito bem consignou que a condenação, por si só, não pode ser considerada prejuízo. Caberia à Defesa demonstrar que, acaso o paciente tivesse sido informado sobre o direito ao silêncio durante a abordagem policial, a sua conduta seria diversa, de modo a conduzir à absolvição. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730/PE, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/05/2016), o que não ocorreu no caso (Agravo no Habeas Corpus 697.827/SC, Quinta Turma, DJe de 25/02/2022). Agravo regimental desprovido” (Agravo no Habeas Corpus 724.006/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, Julgado em 17/05/2022, DJe de 20/05/2022).

“De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (Habeas Corpus 614.339/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 9/2/2021, DJe 11/2/2021).” (Agravo no Habeas Corpus 670.351/SC, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Julgado em 29/03/2022, DJe de 04/04/2022).

Rejeito, pois, as preliminares.

Do mesmo modo, não assiste razão o pedido de nulidade das provas por suposta invasão do domicílio, em razão de realização de busca domiciliar sem mandado judicial ou autorização idônea dos moradores, pois,

além de a ação dos policiais ter sido acompanhada pela genitora da ré Naiara, ainda estava amparada pelo estado de flagrância.

Resultou devidamente comprovado que, logo após a detenção do acusado Izequiel, na frente do imóvel, apontando aquele local como o seu destino e onde iria “picar drogas”, os policiais redirecionaram as buscas para lá, onde estavam os demais acusados, momento em que ouviram movimentação típica de pessoas tentando esconder ou se desfazer de bens, sendo certo, também, que conseguiram visualizar um veículo e, no seu interior, ao menos dois tablets de drogas, inexistindo nos autos qualquer ato que cogite eventual coação sobre os réus ou a testemunha e coloque em dúvida a veracidade da versão policial.

Nesse ponto, exsurge uma das hipóteses excepcionais da entrada forçada na residência, ou seja, suspeita de ocorrência de flagrante delito (réu Izequiel preso na frente da residência, tentando ingressar no imóvel, na posse de uma balança de precisão, bem como a visualização de dois tijolos de drogas dentro do veículo evidenciam existência de fundadas razões para a ação), bem como, a movimentação dos corréus Naiara e Wesley dentro do imóvel, ao que tudo indica tentando destruir ou ocultar drogas, revelavam a situação de urgência, pois eventual atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, poderia comprometer a colheita prova do crime, exatamente como constatado depois do ingresso na casa, vestígios de drogas pelo chão dos cômodos, corroborando toda a atuação policial, que não foi maculada por nenhum vício, não havendo, no caso, violação de domicílio, como quer fazer entender a defesa.

Dessa forma, as circunstâncias denotam a existência de fundada suspeita apta a autorizar a abordagem inicial, além do regular ingresso e busca domiciliar, ambas em hipótese de flagrância de crime permanente e não tendo ocorrido em decorrência de meras conjecturas, mas sim porque o primeiro acusado apresentou atitude suspeita, que levou a tal situação, ou seja, a busca pessoal é legítima e as demais provas obtidas em decorrência dela constituem prova lícita.

Nesse ponto, destaca-se a conclusão do magistrado de primeiro grau: *“o agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Assim, tendo em vista a informação fornecida por Izequiel de que*

estaria ali para "picar" drogas, somada à visualização pelos policiais de embalagens típicas de entorpecentes, possível a violação do domicílio mesmo sem mandado judicial" (fl. 514).

Portanto, ausente qualquer evidência de nulidade apta ser corrigida de ofício, a sentença não merece reparo.

Rejeito, pois, as preliminares.

No mérito, os apelos defensivos não comportam provimento.

Os acusados Izequiel da Silva Oliveira, Naiara Tatiane de Freitas e Wesley Pereira de Souza Tonelotti foram condenados porque, em 04 de janeiro de 2024, por volta das 20h40min, na Rua Édson Guilherme Varjão, 170, no Jardim Edison da Silva Lima, na Cidade e Comarca de Marília, tinham em depósito, para fins de tráfico, 140 microtubos plásticos com cocaína, com peso líquido de 34,77 gramas, 103 porções de maconha, com peso líquido de 306,94 gramas, 02 porções de "haxixe", com peso líquido de 46,42 gramas, e dois tijolos de maconha, com peso líquido de 1.772,44 gramas, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além da quantia (R\$ 114,10), anotações típicas referentes à contabilidade do tráfico, petrechos utilizados para a preparação, separação e embalagem de drogas e um aparelho de telefone celular.

Segundo apurado, os policiais militares realizavam patrulhamento e visualizaram Izequiel, que tinha um capacete e um objeto até então não identificado nas mãos, no portão da residência 170, sendo que, assim que avistou a viatura policial, demonstrou nervosismo e deixou o local rapidamente em direção à sua motocicleta, que estava parada nas proximidades.

Diante do comportamento suspeito apresentado, os policiais militares decidiram proceder à abordagem.

Em revista pessoal, localizaram com Izequiel, que era reincidente específico, uma balança de precisão, um aparelho celular e uma quantia em dinheiro (R\$ 114,10), tendo ele revelado que estaria naquele local para fracionar entorpecentes.

Os policiais, então, se dirigiram àquela residência e passaram a chamar pelos moradores.

Somente após ouvirem barulhos advindos do interior da casa e chamarem por Naiara, os policiais foram atendidos por Wesley, marido da denunciada.

Na garagem do bem imóvel, visualizaram uma motocicleta Honda, modelo 700, placas NYB9G77, e um veículo Volvo, tendo os policiais militares visto que havia dois tijolos de maconha no chão do veículo, em frente ao banco do passageiro.

Em buscas no interior do imóvel, foram localizados um baú, contendo diversos sacos plásticos e outros petrechos destinados à embalagem das drogas, 140 microtubos plásticos de cocaína e 103 porções de maconha, em um dos quartos, além de duas porções de “haxixe” e uma folha contendo anotações típicas da contabilidade do tráfico na cozinha.

Os agentes ainda puderam perceber que havia resquícios de entorpecentes pelo chão da casa, indicando que haviam tentado dispensá-los quando de sua chegada ao local.

A materialidade resultou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 15/21), do auto de exibição e apreensão (fls. 26/27), fotografias (fls. 28/33 e 132/133), laudo de constatação (fls. 35/38), laudo toxicológico (fls. 140/145) e pela prova oral coligida.

A autoria, do mesmo modo, resultou incontroversa.

Os réus negaram a prática do crime.

O acusado Izequiel da Silva Oliveira contou ter sido abordado pelos policiais, logo após sair da casa de sua irmã. Afirmou que não portava balança. Durante a revista, os policiais perguntavam sobre a casa 170, da qual não conhecia ninguém. Durante o procedimento, chegou uma mulher com um carro na referida residência e os policiais entraram junto com ela no imóvel, não vendo mais nada, pois chegaram outras viaturas. Por fim, disse que não conhecia os corréus Wesley e Naiara.

A ré Naiara Tatiane de Freitas Caetano disse que

estava tomando banho quando a sua mãe ligou. Por isso, pediu para o seu marido Wesley abrir a porta, mas acabou surpreendida com a entrada dos policiais junto com a sua genitora. Afirmou que não tinha drogas dentro do imóvel, mas depois que os policiais entraram, apareceu uma sacola verde com entorpecentes. Contou conhecer alguns policiais que sempre os abordavam.

O réu Wesley Pereira de Souza Tonelotti declarou que foi abrir o portão para a sua sogra, momento em que os policiais entraram em sua casa correndo. Revistaram o imóvel e não encontraram nada, pois não tinha drogas. Porém, viu um policial entrar com uma sacola plástica, bem como colocar dois tijolos de drogas dentro do carro. No final, acabou assumindo a propriedade da droga para que não acusassem falsamente a sua esposa e sua sogra.

A versão judicial exculpatória dos réus não merece crédito e não encontra respaldo no restante do conjunto probatório coligido, especialmente o depoimento dos agentes públicos.

O depoente Diego Felício Novaes, policial militar, relatou que, juntamente com a sua equipe, surpreenderam Izequiel tentando entrar na residência pelo portão social, mas, ao perceber a aproximação da viatura, mudou o comportamento e passou a se afastar do local. Conseguiram detê-lo e localizaram consigo uma balança digital portátil nova, uma quantia (R\$ 114,00), em dinheiro, e um celular. Em conversa informal, ele admitiu que entraria no imóvel para “picar” drogas. Durante a abordagem, uma senhora chamada Márcia estacionou um veículo na frente da referida residência e informou ser a mãe da Naiara e sogra do Wesley. Após ligar para a filha, Wesley abriu o portão, momento em que puderam ver um veículo Volvo e dentro dele dois tijolos, na cor vermelha, comumente utilizadas para embalar droga. Diante disso, entraram no imóvel e localizaram mais 140 porções de cocaína e 103 porções de maconha, além de duas porções de haxixe e anotações típicas de contabilidade da traficância, bem como identificaram indícios de que os dois acusados estavam tentando se desfazer das drogas, pois havia pó esbranquiçado no chão, especialmente no banheiro, razão pela qual foi acionada perícia para o local.

A testemunha Luis Fernando de Azevedo Dias,

também policial civil, prestou depoimento no mesmo sentido do seu parceiro.

A testemunha Márcia Cristina Caetano, genitora da ré Naiara, relatou que estacionou o seu veículo na frente da casa da sua filha e, em seguida, os policiais se aproximaram indagando se ela conhecia quem morava naquela residência. Ligou para Naiara e Wesley abriu o portão, oportunidade em que ela e os policiais entraram no imóvel, pois sua filha estava no local, momento em que acompanhou a primeira busca, logo depois, tiraram todos da casa e não deixaram mais ninguém adentrar a casa. Chegou um advogado, mas, também, não o deixaram entrar para acompanhar a ação policial. Afirmou que não viu drogas no carro ou na residência e que uma das viaturas que chegou depois trouxe uma sacola verde, que foi levada para dentro da residência. Por fim, revelou que seus familiares estavam sendo perseguidos por policiais, inclusive em outra ocasião invadiram sua residência também.

De fato, incontestável a condenação dos acusados como incurso nas sanções do artigo 33, "caput", da Lei Federal 11343/06.

A prova resultou cristalina de que o tráfico ocorreu e foi cometido pelos acusados, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas policiais na fase inquisitiva e em Juízo, a comprovar a apreensão das drogas na posse do réu e tornando-os compatível com dinâmica dos fatos, formando uma boa e robusta prova incriminadora, restando inviável a absolvição do réu, como quer a defesa.

Ora, a própria genitora da acusada confirmou que a entrada dos policiais somente se deu após a sua chegada, ou seja, coincidindo com a alegação policial de que ela teria se identificado como a proprietária do imóvel, bem como, afasta a alegação do réu Wesley de que a viatura em que supostamente estava a sacola verde com drogas estava estacionada de ré, na frente da residência, pois ela afirma ter parado o seu veículo defronte ao imóvel.

Nesse ponto, o magistrado a quo bem afastou o teor da declaração da testemunha de defesa, concluindo que *“Márcia Cristina Caetano, genitora da ré Naiara e sogra do réu Wesley, apenas tentou afastar a responsabilidade penal dos réus, sendo que a versão insinuada por ela e pelos réus,*

especialmente Wesley e Naiara, em seu interrogatórios, de que teriam sido forjados pelos policiais, pois não tinham armas ou traficantes para entregar e não sabiam sobre um tambor de entorpecentes, está ilhada nos autos. Não há qualquer prova de que o flagrante foi forjado pelos policiais, nem menção do motivo ou interesse que os policiais tivessem para produzir provas contra um inocente. Dessa forma, o argumento não merece prosperar, não sendo idônea tal versão para afastar a sua responsabilidade penal, haja vista os depoimentos dos policiais, além da apreensão de entorpecentes, quando da efetiva abordagem” (fl. 527), esgotando qualquer discussão.

Não há dúvida, portanto, de que todos os entorpecentes apreendidos pertenciam aos acusados e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

E sem razão a defesa ao afirmar que Naiara não tinha ligação com as drogas, pois, além de as substâncias terem sido encontradas na sua residência, ainda há indícios de que tenha tentado destruir parte delas, ou seja, teve contato direto.

A grande quantidade de droga, além da forma de acondicionamento e “modus operandi” e a diversidade de substâncias, apontava a destinação para o comércio clandestino e abastecimento em larga escala.

Assim, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de considerável quantidade de droga (140 microtubos plásticos com cocaína, com peso líquido de 34,77 gramas, 103 porções de maconha, com peso líquido de 306,94 gramas, duas porções de “haxixe”, com peso líquido de 46,42,9 gramas, e dois tijolos de maconha, com peso líquido de 1.772,44 gramas, a forma em que foram encontradas (uma parte já fracionada e embalada individualmente e outra ainda em estado bruto, aptas a serem preparadas, em regras com o acréscimo de substâncias lícitas, para aumentar o seu volume e ganho final), juntamente com a balança de precisão, a diversidade de substâncias ilícitas e as anotações típicas de contabilidade de venda de drogas, indicando ser um vendedor de grande procura, ou seja, tudo a revelar ser um comportamento rotineiro, além do dinheiro e aparelho celular sem comprovação de origem lícita, são mais que suficientes para embasar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas.

Evidente o dolo direto dos agentes, isto é, a vontade livre e consciente de praticar as condutas descritas no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06 e do art. 329, do Código Penal.

O fato de o acusado Izequiel ter sido surpreendido no portão, na posse da balança, indicava que concorreu diretamente para posse e armazenamento do entorpecente, inexistindo, portanto, mero ato preparatório, como quer fazer crer a Defesa

Resultou evidente a atuação do acusado no crime imputado, caracterizando “*o conluio, a divisão de tarefas e a interação dos réus durante a execução do crime, um aderindo à conduta do outro, ao propósito de obter o fim almejado*” (Agravos Regimentais no Habeas Corpus 492.161/MS, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Julgado em 11/02/2020, DJE 20/02/2020).

Neste sentido:

“ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INAPLICABILIDADE AOS COAUTORES. CONVERGÊNCIA DE VONTADES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. Na esteira do entendimento desta Corte, o prévio ajuste de vontades para a prática do delito praticado impõe, a princípio, a responsabilização de todos os envolvidos, haja vista ser o resultado desdobramento ordinário da conduta criminosa em que todos contribuem para prática do evento típico. In casu, o Tribunal de origem destacou que a clara divisão de tarefas, na hipótese, revela que a atuação do agravante como condutor do veículo que deu suporte à conduta criminosa foi relevante para a consumação do delito, de modo a responder em coautoria pelo roubo circunstanciado. Agravo desprovido” (STJ, Agravo Regimental no AREsp 1277586/RN, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2018/0086163-8, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 06/12/2018, DJE 14/12/2018).

Ademais, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas e as demais circunstâncias do caso concreto afastam a possibilidade de desclassificação para o delito de consumo, nos moldes do artigo 28, § segundo, da Lei Federal 11343/06, pois, ao contrário da afirmação defensiva, além de a ação envolver o emprego de materiais típicos da traficância (utilização de balança de precisão, aparelho celular e condenação de Izequiel recente por crime de mesma

natureza e espécie), com o réu sequer foi encontrado qualquer objeto para utilização imediata dos entorpecentes.

Ressalte-se, por outro lado, que o tipo penal em questão é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares contidos no artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado.

Além do mais, desnecessários atos de mercancia para a caracterização do delito de tráfico de entorpecentes, bastando a evidência, diante das circunstâncias, como as dos autos, que para tanto se destinassem os tóxicos regularmente apreendidos.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP, Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470, Des. Marco Antônio Cogan, Data do julgamento: 06/02/2020).

Por outro lado, não há que se falar que a única prova existente nos autos contra os réus é a palavra dos policiais, pois ainda há, em desfavor dele, a apreensão de considerável quantidade de droga, dinheiro e anotações típicas da comercialização de entorpecentes.

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11343/06, artigo 33, caput) não havendo que se falar em absolvição, sendo inviável a aplicação dos princípios da presunção da inocência ou *“in dubio pro reo”*.

Passo à análise das reprimendas.

E, inicialmente, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei de Tóxicos, a pena foi fixada acima do mínimo legal, em 07 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 750 dias-multa, para os três acusados, por conta de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial a quantidade e diversidade de drogas.

Nesse ponto, a valoração negativa em relação a

quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do artigo 42, da Lei Federal 11343/2006, a quantidade e natureza das drogas apreendidas são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, e justificam a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Nessa linha, vale atentar aos precedentes da jurisprudência superior:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PARTICIPAÇÃO DE MENORES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCENTE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. Nos termos do artigo 42, da Lei 11343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. Hipótese em que a pena-base foi majorada, motivadamente, em um ano de reclusão, considerando o envolvimento de adolescentes no comércio ilícito de drogas, assim como a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (25 buchas de cocaína e 19 de crack), o que não se mostra desproporcional. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do artigo 33, § 2º, “b”, do CP. Precedentes. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus 371303/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Publicado em 25/11/2016).

A Terceira Seção do STJ, no julgamento do Habeas Corpus 725.534, além de confirmar o mesmo entendimento anterior do tribunal ainda endossou o entendimento adotado pelo STF no julgamento do ARE 666.334, com repercussão geral, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga na fixação da pena-base e na modulação da causa de diminuição, ou seja, ambas as Cortes Superiores não vislumbraram qualquer forma de esses dois elementos serem próprios do tipo penal e, portanto, caracterizarem “bis in idem”, na elevação da pena, seja na primeira ou terceira fase.

Sabe-se que a fixação da pena-base é procedimento de discricionariedade juridicamente vinculada, visando estabelecer sanção suficiente e necessária para a prevenção e reprovação do delito.

Assim, o juiz detém margem para externar sua convicção. Coerente esse subjetivismo quando o somatório das circunstâncias judiciais apresente justificativa bastante para a quantificação da pena-base acima do mínimo legal.

A lei não determina qualquer critério lógico ou matemático a ser seguido na dosagem do quantum da pena. Tão somente devem ser observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA. PENA BASE. EXASPERAÇÃO EM 3/4 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI DO DELITO. PREMEDITAÇÃO. PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. A análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (Agravo no REsp 143.071/AM, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJE 06.05.2015).

No presente caso, foram apreendidas, ao menos, três substâncias distintas, sendo duas delas com alto poder viciante, além logicamente do volume total ultrapassando dois quilos de substância entorpecente, dos quais 1.772 gramas ainda em estado bruto, ou seja, motivo hábil para a módica elevação como operada em primeiro grau, não sendo razoável qualquer diminuição nesse ponto.

Na segunda fase, não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes para Naiara e Wesley, permanecendo inalterada a reprimenda para ambos, enquanto para Izequiel, diante da sua multirreincidência específica (fls. 77/79 - Processos 0001593-75.2018.8.26.0344 e 0011657-47.2018.8.26.0344), a sua pena foi majorada em um quarto, resultando 09 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 938 dias-multa.

Por fim, na terceira fase, ausente causas de aumento ou diminuição em relação a Izequiel, tornando a sua pena definitiva nos termos anteriores, enquanto Naiara e Wesley foram beneficiados com a causa de diminuição prevista no § quarto, do artigo 33, da Lei 11343/06, reduzindo-lhes a reprimenda no mínimo legal de um sexto, totalizando, para cada um, 06 anos, 02 meses e 05 dias de reclusão, além do pagamento de 625 dias-multa.

No presente caso, a dinâmica dos fatos e as peculiaridades da empreitada criminosa, evidenciam a dedicação dos acusados àquela forma de tráfico de drogas, especialmente pela expertise de Izequiel em crimes dessa mesma natureza e espécie, aliada ao “modus operandi”, reunião em residência não utilizada para a venda de drogas, apenas para a preparação e separação individual de porções e, posterior distribuição, com o devido registro contábil, o qual também revela o volume de transações e indica não se tratar de atuação esporádica ou pontual, razão pela qual, correta a imposição da fração mínima do art. 33, § quarto, da Lei 11343/06, devendo as penas permanecerem nos patamares em que impostas, pois diversas as razões para as suas imposições daquelas utilizadas na primeira fase.

E destaque-se que as decisões reiteradas do STJ entendem, mesmo diante de recurso exclusivo da defesa, ser possível a revisão dos fundamentos da dosimetria da pena, desde que não seja modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus* (STJ, Quinta Turma, Agravo no Agravo em Recurso Especial 993.413/PR, (2016/0260941-5), Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 22.08.2017), exatamente como exposto acima.

O regime fechado foi corretamente fixado, especialmente por conta do total da pena de cada um e circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59” (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Merece destaque o julgado do STJ: *“A Lei Federal 11464/2007, ao introduzir nova redação ao artigo segundo, parágrafo primeiro, da Lei Federal 8072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda aos condenados pela prática desses tipos de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade da sanção firmada (Habeas Corpus 188.950/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 05.04.2011, DJE 06.05.2011).*

Fica claro que o cometimento de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é bastante destacar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.*

Importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar os réus perigosos à ordem pública, especialmente diante da elevada quantidade de psicotrópicos apreendidos.

Convém lembrar que, embora a Lei Federal 11464/07 tenha revogado parcialmente o artigo segundo da Lei Federal 8072/90, excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, permanece incólume a exclusividade do magistrado de analisar cada caso concreto e decidir por conceder ou não o direito de responder ao processo em liberdade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que “a vedação da liberdade provisória a que se refere o artigo 44, da Lei 11343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11464/2007” (Habeas Corpus 93000/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 25.04.2008).

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITO** as preliminares e **NEGO PROVIMENTO** aos recursos defensivos.

JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR