



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000452976

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501418-03.2024.8.26.0536, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes GUILHERME DANTAS DE ALMEIDA e HIGOR DA CRUZ PEDROSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastadas as preliminares, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo de Guilherme Dantas de Almeida, e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Higor da Cruz Pedrosa, para reconhecer a consunção entre os crimes de tráfico e aquele tipificado no art. 12, da Lei nº 10.826/03, pela incidência da causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06, redimensionando a reprimenda para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; mantém-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E RODRIGUES TORRES.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

MARCELO GORDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1501418-03.2024.8.26.0536

Voto nº 31696

***DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.
APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE
DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE
FOGO. NULIDADES AFASTADAS.
RECONHECIMENTO DA CONSUNÇÃO
ENTRE OS DELITOS. PARCIAL
PROVIMENTO DO RECURSO.***

I. CASO EM EXAME

1. Apelações interpostas por Higor da Cruz Pedrosa e Guilherme Dantas de Almeida contra sentença que condenou o primeiro por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06) e posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/03), fixando-lhe penas de 05 anos de reclusão, em regime fechado, e 01 ano de detenção, em regime aberto, cumuladas com multa; e o segundo apenas por posse ilegal de munição, à pena de 01 ano de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos. Alegaram preliminares de nulidade da busca domiciliar, quebra da cadeia de custódia de dados extraídos de telefone celular e inépcia da denúncia. No mérito, Higor pleiteou reconhecimento de consunção entre os crimes, incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, abrandamento do regime e substituição da pena corporal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) verificar se houve nulidade decorrente de vício na busca domiciliar e na cadeia de custódia de dados extraídos de aparelho celular; (ii)

averiguar a aptidão da denúncia; e (iii) definir se há consunção entre os crimes imputados a Higor e se é cabível a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A denúncia atende aos requisitos do art. 41 do CPP ao descrever suficientemente a conduta, a autoria e a tipificação dos delitos, não sendo possível alegar sua inépcia após condenação.

4. A entrada dos policiais nas residências dos réus foi respaldada por mandado judicial, e eventual erro material na numeração do endereço não compromete a legalidade da diligência, pois o imóvel era devidamente identificado em relatório investigativo e reconhecido pelos agentes.

5. A alegada quebra da cadeia de custódia dos dados extraídos de telefone celular não se comprova, sendo que a extração foi autorizada judicialmente e não houve demonstração de adulteração ou prejuízo à defesa.

6. A posse da arma de fogo por Higor ocorreu no mesmo contexto fático do tráfico, revelando relação de instrumentalidade com o crime principal, o que justifica a aplicação do princípio da consunção, substituindo-se o concurso material pela majorante prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06.

7. A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, associadas a apetrechos típicos da atividade ilícita e ausência de indícios de atuação ocasional, afasta a

incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

8. A majoração da pena-base de Higor com fundamento na quantidade e natureza das drogas incorria em bis in idem, já que tal critério foi também utilizado na terceira fase da dosimetria; por isso, afastou-se o acréscimo na primeira fase, restabelecendo-se a pena-base no mínimo legal.

9. O regime inicial fechado para cumprimento da pena de Higor se impõe, diante da gravidade concreta da conduta, da quantidade de droga e da ausência da minorante.

10. A substituição da pena privativa de liberdade do réu Higor por restritiva de direitos não é cabível, tendo em vista o quantum da pena e a gravidade do delito.

IV. DISPOSITIVO E TESE

11. Recurso de Guilherme desprovido. Recurso de Higor parcialmente provido.

Tese de julgamento: 1. A existência de erro material na numeração do imóvel constante do mandado de busca não invalida a diligência, desde que o local seja inequivocamente identificado no curso da investigação. 2. A autorização judicial para extração de dados de aparelhos celulares apreendidos afasta a nulidade por suposta quebra de cadeia de custódia, quando não demonstrado prejuízo. 3. A posse de arma de fogo no mesmo contexto fático do tráfico de drogas autoriza o reconhecimento da consunção, sendo possível a substituição da tipificação autônoma pela causa de aumento do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06. 4. A

elevada quantidade de drogas apreendidas e a estrutura montada para o tráfico autorizam o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 5. A utilização de mesma circunstância (quantidade de droga) para justificar a majoração da pena-base e a negativa da minorante caracteriza bis in idem e deve ser afastada.

- Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts. 41, 156, 158 e 563; Lei nº 11.343/06, arts. 33, § 4º, 40, IV e 42; Lei nº 10.826/03, art. 12.

- Jurisprudência relevante citada: STF, HC 112.776/MS e HC 109.193/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, j. 19.12.2013; STJ, AgRg no AREsp 559.766/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 09.06.2015; STJ, HC 653.515/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 23.11.2021; TJSP, Apelação Criminal 1500162-26.2022.8.26.0623, Rel. Des. Erika Mascarenhas, j. 31.01.2024; TJSP, Apelação Criminal 1506781-34.2020.8.26.0625, Rel. Des. Roberto Porto, j. 15.08.2023.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença (fls. 294/306) que julgou procedente a ação penal, para condenar **Higor da Cruz Pedrosa**, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e artigo 12 da Lei nº 10.826/03, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, e 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, no menor valor unitário; e **Guilherme Dantas de Almeida**, como incurso no artigo 12 da Lei nº 10.826/03, às penas de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, menor valor unitário, substituída

a corporal por proibição de frequentar bares, boates e lupanares por um ano.

Inconformados, os réus apelam (fls. 320/326 e 364/384). Preliminarmente, aduzem a nulidade do feito, decorrente da ilegalidade da busca domiciliar e das provas obtidas por meio de extração de dados de telefone celular, por suposta quebra da cadeia de custódia, bem como alegam a inépcia da denúncia. No mérito, **Higor** requer a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo, a incidência do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, o abrandamento de regime e a substituição da corporal por restritivas de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 389/408), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (fls. 417/429).

É o relatório.

Narra a incoativa (fls. 56/60):

*“...., no dia 04 de abril de 2024, por volta das 14 horas, na Rua Rouxinol, nº 342, Jardim dos Pássaros, nesta cidade e comarca de Guarujá, **GUILHERME DANTAS DE ALMEIDA**, qualificado às fls. 05, detinha e mantinha sob guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 05 (cinco) munições de arma de fogo calibre 380.*

*Consta também dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 04 de abril de 2024, após as 14 horas, na Rua Adelino dos Santos, nº 56, Vila Santa Rosa, nesta cidade e comarca de Guarujá, **HIGOR DA CRUZ PEDROSA**, vulgo “FAO”, qualificado às fls. 07, guardava e tinha em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, 267 papелotes de maconha, pesando aproximadamente 646 gramas, 04 (quatro) tijolos de maconha, pesando aproximadamente 2,857kg, e 2300 eppendorfs contendo cocaína, pesando aproximadamente 3,093kg, drogas que determinam dependência física e psíquica, fazendo-o, porém, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Consta ainda do incluso inquérito policial que, nas mesmas

*circunstâncias de tempo e lugar acima mencionadas, **HIGOR DA CRUZ PEDROSA**, vulgo “FAO”, qualificado às fls. 07, detinha e mantinha sob guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 01 (uma) espingarda, sem marca, calibre 12, 11 (onze) munições de arma de fogo calibre 12 e 01 (uma) munição de arma de fogo calibre 38.*

*Segundo o apurado, visando dar cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Guarujá, conforme autos nº 1500167- 16.2024.8.26.0223, relacionado a delito de roubo, os policiais se dirigiram ao imóvel situado na Rua Rouxinol, nº 342, Jardim dos Pássaros, onde foram recebidos por **GUILHERME**. Cientificado sobre a referida ordem judicial, **GUILHERME** autorizou a entrada dos agentes públicos. Realizadas buscas no imóvel, os policiais localizaram na gaveta de um móvel do quarto ocupado pelo indiciado 05 (cinco) munições de arma de fogo calibre 380, mantida sob guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Questionado sobre as munições, **GUILHERME** assumiu a posse delas.*

*Na sequência, em continuidade ao cumprimento do mandado de busca e apreensão citado, os policiais civis foram até o endereço da Rua Adelino Santos, n.º 56, Vila Santa Rosa, onde foram recepcionados pela Sr. Ornella, mãe de **HIGOR**, a qual, após ser cientificada sobre a referida ordem judicial, permitiu a entrada dos policiais. Realizadas buscas no imóvel, os policiais localizaram no quarto ocupado por **HIGOR** 01 (um) coldre de revólver calibre 38, 01 (uma) munição calibre 38, 01 (uma) espingarda calibre 12, 11 (onze) munições de arma de fogo calibre 12, 01 (um) simulacro de fuzil, todos sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Ainda, no mesmo quarto pertencente a **HIGOR**, os policiais localizaram 267 papелotes de maconha, pesando aproximadamente 646 gramas, 04 (quatro) tijolos de maconha, pesando aproximadamente 2,857kg, e 2300 eppenforfs contendo cocaína, pesando aproximadamente 3,093kg, além de balanças de precisão, cadernos com anotações de contabilidade do tráfico e um aparelho de telefone celular.*

*Durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão, **HIGOR** compareceu na residência e, após ser indagado, confessou ser o responsável pelo cômodo e pelas armas, munições e drogas encontradas no seu interior.*

A quantidade, diversidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes demonstram de forma inequívoca que as drogas eram destinadas ao comércio maldito.

*Em razão desses fatos, **GUILHERME DANTAS DE ALMEIDA** e **HIGOR DA CRUZ PEDROSA** foram presos em flagrante delito.*

*Ante o exposto, denuncio **GUILHERME DANTAS DE ALMEIDA**, como incurso no artigo 14, da Lei nº 10.826/03, e **HIGOR DA CRUZ PEDROSA**, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e no artigo 14, da Lei nº 10.826/03, ambos os crimes na forma do artigo 69 do Código Penal, e requeiro que, recebida e autuada esta, sejam eles citados e intimados para responderem por escrito a presente acusação, instaurando-se o devido processo penal, no rito previsto no artigo 394, § 1º, inciso I, do Código de Processo Penal, designando-se audiência de instrução e julgamento, ouvindo-se as testemunhas adiante arroladas, bem como, ao final, interrogando-se os denunciados, prosseguindo-se no feito nos termos dos artigos 399/405, do Código de Processo Penal, até final condenação.”.*

E o sobredito foi roborado, em juízo, pelas testemunhas policiais Thiago e Diego, assim como pelos réus, que confessaram os fatos sob o crivo do contraditório (cf. depoimentos transcritos na r. sentença).

Feito o introito, e não questionadas a autoria e a materialidade dos delitos praticados, cinge-se o enfrentamento àquilo que pontuado pelos recorrentes.

E a despeito do alardeado, não se vislumbra seja inepta a incoativa. A peça descreve, como comanda, aliás, o artigo 41 do Código de Processo Penal, a maneira como se deu o evento, e a capitulação jurídica do fato, na exata medida do exigível.

Nem se pode perder de vista que, depois de sobrevinda a decisão

condenatória, a pressupor revolvida a matéria posta nos autos, não há lugar para questionar a higidez da inicial, como tem assinalado a jurisprudência pátria. Nessa toada:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCIDENTE DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Verificado que o Juiz sentenciante, ao concluir pela autoria dos agravantes no cometimento do delito, sopesou as provas colhidas extrajudicialmente com as demais provas e depoimentos obtidos em juízo, não há como se proclamar a nulidade da sentença condenatória. 2. Se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia, mácula condizente com a própria higidez da denúncia. 3. As instâncias ordinárias fundamentaram, concretamente, a desnecessidade de instauração de incidente de dependência toxicológica, tendo salientado, com base em elementos concretos e idôneos dos autos, a ausência de indícios que efetivamente evidenciassem que os agravantes, ao tempo da ação, eram inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 559.766/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015).

A incoativa, outrossim, descreve fato típico, e contém, num juízo de cognição superficial, dados sugestivos de autoria e materialidade delitivas, bastantes, até porque é na fase contraditória que hão de ser corroborados, ao processamento do feito.

E tampouco se vislumbra a ocorrência das demais nulidades aventadas.

Não obstante as alegações lançadas nas razões recursais de **Guilherme**, não se verifica a ocorrência de qualquer mácula em relação ao ingresso domiciliar

dos policiais, que, no feito em testilha, goza de pleno amparo legal, mesmo porque precedido de investigações prévias e durante cumprimento de mandado de prisão.

Com efeito, consoante reza o artigo 5º, XI, da Constituição Federal, não se penetra casa alheia sem ordem judicial ou em situação de flagrância.

No particular, segundo relato dos policiais, em juízo, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, na residência dos réus, localizaram balança de precisão, anotações relativas ao tráfico, aparelhos celulares, dinheiro, além de entorpecentes, armas de fogo e munições.

Embora a Defesa de alegue que havia incorreção quanto ao numeral da residência constante do mandado de busca, tal fato não desnatura ou desqualifica a diligência policial, pois o alvo era a residência de **Guilherme**, cujo endereço e numeração era do conhecimento inequívoco dos policiais.

Afinal, como destacado na r. sentença, trata-se de mero erro material que não invalida a incursão domiciliar, “*não havendo dúvidas que o imóvel do acusado, onde cumprida a diligência, se trata daquele apontado no relatório de investigação de fls. 74/84 dos autos nº 1500167-16.2024.8.26.0223, identificado inclusive por fotografia*” (fl. 296).

Destarte, a abordagem foi lícita, amparada por mandado de busca e apreensão, e a mera incorreção no numeral da residência no referido mandado não tem o condão de tornar a prova nula.

Enfim, no particular, não se entrevê qualquer atentado à inviolabilidade de domicílio, como alegado.

No que toca à alegação de quebra da cadeia de custódia da prova em relação aos aparelhos celulares, as Defesas não trouxeram aos autos qualquer indício de que o artigo 158, do Código de Processo Penal, tenha sido violado; ônus que lhes incumbia, *ex vi* o teor do artigo 156 do mesmo diploma legal.

No particular, não há qualquer irregularidade no acesso, pelos

investigadores, ao conteúdo do aparelho apreendido, uma vez que, ao proferir decisão relativa à busca domiciliar, o d. magistrado de origem autorizou fossem acessados os dados armazenados nos celulares eventualmente apreendidos na incursão policial: *“Fica, desde já, autorizado o arrombamento, se necessário, bem como poderão ser apreendidos não somente objetos ilícitos, como também documentos e eventuais equipamentos eletrônicos (computadores, notebooks, HD's, pen drives, celulares), valores em espécie, desde que relacionados à atividade criminosa em apuração. Autorizo ainda, o acesso aos dados armazenados nos telefones celulares, notebooks, HD 's, pen drives e demais equipamentos eletrônicos eventualmente apreendidos”* (fl. 18 dos autos nº 1500167-16.2024.8.26.0223).

Registra-se, por oportuno, que a nulidade aventada já foi afastada pelo sentenciante, de forma bem fundamentada, nos seguintes termos (fls. 296/264):

“Também sem razão, data venia, as d. Defesas ao sustentarem nulidade das provas obtidas por meio da extração dados do telefone celular de Guilherme Meirinho, que deu origem à expedição dos mandados de busca e apreensão domiciliar, por suposta quebra da cadeia de custódia.

Observe que 'o instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade' (AgRg no RHC n. 147.885/SP, relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).

Não é o que se tem no caso dos autos. Não se demonstrou que as informações coletadas tenham sido obtidas de outras fontes diversas das conversas extraídas do aparelho de Guilherme Meirinho, tampouco que tais informações tenham sido manipuladas ou tenham sofrido qualquer outra interferência capaz de invalidar a prova produzida, limitando-se a d. Defesa a tecer alegações genéricas a esse respeito.

Registre-se que a d. autoridade policial estava autorizada judicialmente a acessar os dados constantes do telefone celular apreendido (fls. 16/18 da medida cautelar nº 1500167-16.2024.8.26.0223), não havendo necessidade de se encaminhar o objeto para ser periciado em órgão estatal competente, como já se decidiu.

'APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da lei nº 11.343/2006). Recurso defensivo. Preliminar. Ilícitude da prova produzida pela quebra de cadeia de custódia. Inocorrência. Aparelho Celular apreendido por ocasião do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, cuja decisão judicial autorizava o acesso aos dados nele constantes, que foi lacrado após apreendido (auto de exibição e apreensão -págs. 18/19). Degravação das conversas entabuladas pelo acusado e outros interlocutores que denunciaram o comércio de drogas. Desnecessidade de encaminhamento do aparelho para realização da perícia oficial. Ausência de demonstração de prejuízo ao acusado a ser reparado com a nulidade da prova produzida (artigo 563 do Código de processo penal) Princípio 'pas de nullité sans grief'. Alegação genérica de eventual violação dos registros das mensagens trocadas pelo aplicativo 'WhatsApp' extraídas do celular, não comprovadas pela defesa, como adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova produzida. Preliminar afastada. Mérito. Insuficiência probatória. Não ocorrência. Materialidade e autoria demonstradas. Responsabilidade do acusado e destinação mercantil das drogas apreendidas evidenciadas. Esclarecimentos prestados pelos policiais em harmonia com o conjunto probatório produzido. Decisão fundamentada nos depoimentos prestados pelos policiais civis e também nos demais elementos probatórios produzidos. Sentença condenatória preservada. Reprimenda e regime de cumprimento. Pena-Base fixada na fração de 1/6 acima do mínimo legal. Réu ostenta maus antecedentes. Agravante da reincidência caracterizada, mas não reconhecida na sentença. Ausência de insurgência pelo Ministério Público. Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Demonstração de a habitualidade criminosa. Apelante profundamente envolvido com a atividade

criminosa em questão, que já vinha negociando a venda de drogas há meses. Registros de conversas ainda armazenadas no celular desde 19.4.22 até a data da prisão. Maus antecedentes também impedem o reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes. Regime fechado para início de cumprimento da pena não comporta abrandamento (art. 33, parágrafo 3º, do Código Penal). Detração Penal. Inviabilidade. Matéria de competência do juízo da execução criminal. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO' (TJSP; Apelação Criminal 1500162-26.2022.8.26.0623; Relator (a): Erika Soares de Azevedo Mascarenhas; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São João da Boa Vista - Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/01/2024; Data de Registro: 31/01/2024).

'(...) A elaboração dos relatórios pela própria equipe policial e não por instituto de perícia (como alega a d. defesa a fls. 1.620), não desconstitui o valor dos dados extraídos como meios prova, menos ainda causa nulidade. A previsão legal do artigo 158-C, do Código de Processo Penal aponta que o procedimento deve ser feito “preferencialmente” por perito, indicando-se, assim, na própria legislação, a possibilidade viável de que isso não ocorra. Ademais, conforme já se decidiu, a cadeia de custódia deve ser preservada dentro dos limites que a ocorrência policial possibilita' (TJSP; Apelação Criminal 1506781-34.2020.8.26.0625; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/08/2023; Data de Registro: 16/08/2023).

Observa-se também que as d. Defesas sequer requereram a produção de prova pericial no aparelho celular apreendido nos autos da medida cautelar nº 1500167-16.2024.8.26.0223, sendo certo que o relatório de investigação cujo link de acesso se encontra a fls. 284 foi elaborado por investigadores de polícia, que possuem fé pública e que, autorizados judicialmente, descreveram os elementos relevantes para a investigação obtidos através do aparelho celular sob comento.

Nessas condições, o fato de o investigador de polícia ter acessado o telefone celular apreendido e usado as conversas dele extraídas para fundamentar seu relatório não desconstitui, por si só, o valor dos dados obtidos como meio prova, menos ainda causa nulidade.

Ademais, o e. STJ já entendeu que a quebra da cadeia de custódia não implica, de maneira obrigatória, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova colhida.

Nesse sentido: 'Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável' (HC 653515/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe 01/02/2022).'' (grifou-se).

Desta forma, tal e qual já consignado na r. sentença, não se vislumbra a ocorrência de qualquer nulidade.

Superados os óbices preliminares, ingressa-se no mérito recursal.

Com efeito, nos termos da irresignação apresentada pela defesa de **Higor**, mostra-se aplicável, na hipótese, o princípio da consunção do delito previsto no estatuto do desarmamento pelo delito de tráfico majorado - causa prevista no artigo 40, inciso IV, da lei de regência -, pois, *in casu*, a apreensão da arma se deu no mesmo contexto fático em que apreendidas as drogas, a inferir-se que a arma está diretamente atrelada à narcotraficância, como meio de apoio e sucesso da mercancia ilícita, ainda que somente tivesse o fim de intimidação, portanto, tratando-se de crime meio, ausentes desígnios autônomos exigidos para o concurso material, de rigor a incidência da majorante correspondente.

Neste sentido é o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

A absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o

tráfico de drogas, exige-se o nexos finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico. (Habeas Corpus 182359/ RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 27/11/2012).

Assim, apreendida a arma de fogo no mesmo contexto em que os narcóticos, de rigor o reconhecimento da consunção entre os crimes de tráfico e aquele tipificado no art. 12, da Lei 10.826/03, imputados ao réu **Higor**.

Definida a sorte no litígio, ingressa-se na dosimetria.

Guilherme Dantas de Almeida – art. 12, da Lei nº 10.826/2003

Na primeira etapa, a pena-base foi fixada no mínimo legal, de 01 (um) ano de detenção, e 10 (dez) dias-multa, reprimenda essa que se torna definitiva, à míngua de agravantes ou outras causas modificativas a serem consideradas.

Derradeiramente, o regime aberto ao início do cumprimento e a substituição da pena carcerária por uma restritiva de direitos, consistente em proibição de frequentar bares, boates e lupanares por um ano, constituíram, sem dúvida, desfecho ajustado às particularidades do evento.

Higor da Cruz Pedrosa – art. 33, caput, c.c. art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06

Na primeira etapa, o sentenciante incrementou a basal de **Higor** no patamar de 1/6 (um sexto), com lastro na quantidade e natureza do narcótico apreendido.

Contudo, embora a quantidade de narcóticos constrictos tenha extrapolado o que se tem de ordinário em crimes da espécie, tal circunstância também foi considerada na terceira fase do cálculo, a exigir, portanto, o afastamento da exasperação da basal sob tal fundamento, sob pena de ocorrência de inadmissível *bis in idem*.

Com efeito, esse tem sido o entendimento desta Corte:

“As básicas sofreram exasperação de metade com fulcro na quantidade de entorpecente, medida em princípio possível em face do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06. Sob o mesmo argumento, todavia, negou-se o privilégio do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal (fl. 249).

Configurado, portanto, inaceitável 'bis in idem', ou seja, dupla apreciação do mesmo fator em desfavor das rés.

Nessa linha, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar em 19.12.2013 os 'Habeas Corpus' nºs 112.776/MS e 109.193/MG, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu que 'em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa'. Na ocasião, ficou consignado que 'cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao 'bis in idem'”.

Exclui-se, por conseguinte, o acréscimo procedido”.(Apelação nº 1501607-29.2017.8.26.0567, Comarca de Sorocaba, Rel. Des. Vico Mañas, j. em 05.12.2018, v.u.).

A reprimenda, então, retroage ao mínimo, de 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal.

A seguir, ausentes agravantes, deixa de ter incidência a atenuante da confissão, consoante dispõe a Súmula nº 231 do C. STJ, vez que a pena não pode ficar aquém do mínimo legal nessa etapa da dosimetria.

E em virtude da expressiva quantidade de entorpecentes, não se haveria cogitar da redução trazida pelo § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, a ser destinado ao chamado praticante eventual, algo que não se afina com a hipótese presente.

Com efeito, a intenção do legislador, à evidência, não foi favorecer os traficantes de alto coturno, mas os fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a

ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis ao traficante de drogas que integra esquema criminoso para disseminação de narcóticos. Tanto, aliás, que o dispositivo contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente “*não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”.

Assim, a lei atual trouxe tratamento diferenciado, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do *caput* ou do § 1º do artigo 33 sem adotar o comércio proibido como “profissão” ou meio de vida.

No caso concreto, a atuação de **Higor**, da maneira como posta, com expressão inconteste e nítido intuito lucrativo desautoriza, sem dúvida, a aplicação da causa de diminuição, sobretudo diante dos veementes indícios de que exercia a traficância profissionalmente – ilação que deflui não só do armamento e outros objetos encontrados, mas, sobretudo, da expressiva quantidade de narcóticos apreendidos (aproximadamente 3,5 quilos de maconha e 3 quilos de cocaína), destinada somente àqueles que sejam capazes de lhe dar vazão e que possuam condições imediatas para tanto.

Somente uma compreensão literal da norma, distraída da realidade do entorno, permitiria concepção distinta, ou seja, de que tais circunstâncias não reproduzissem falta ao que ali está disposto. Vale dizer, arraigado no mundo profano não é só aquele que replica condutas do jaez, como também o que dispõe de meios a fazê-lo, e como tal, o que guarda em depósito expressivo volume de narcóticos, algo distinto de mero principiante no mister.

O raciocínio é lógico: maior a quantidade de entorpecentes guardado, maior a inserção no meio profano.

Foi assim, aliás, que já decidiu esta C. Corte:

“Na terceira e última fase, não há o que se falar em aplicação do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Deveras o reconhecimento do chamado tráfico privilegiado pressuporia o preenchimento, no caso, pelo recorrente, cumulativamente dos requisitos legais da primariedade, bons antecedentes, que não se dedicassem às atividades criminosas e não integrassem organização criminosa. Por certo, ao lado dos conceitos de primariedade e bons antecedentes, os dois outros requisitos, novos, nada mais fazem do que elastecer, no âmbito da discricionariedade judicial, em nada incompatível com os postulados constitucionais, a valoração normativa incidente sobre o histórico jurídico-pessoal do agente, de sorte a exigir, um perfil de retidão e probidade, a distingui-lo do traficante profissional.

Neste sentido, se pode dizer que somente o traficante comprovadamente episódico e sem nenhuma expressão de periculosidade social, pode ser destinatário desse autêntico favor legis.

No caso, em que pese a primariedade e a ausência de antecedentes do réu, sendo certo que não se tratava de pequeno traficante em sua primeira atividade, pois a quantidade de drogas apreendidas mostra o conhecimento e o envolvimento dele com o submundo do narcotráfico, não fazendo jus ao redutor.

No caso em tela, inarredável a conclusão de que a quantidade de entorpecentes apreendidos, demonstra que o recorrente não era pequeno traficante. Portanto, não faz jus à redução de pena, eis que a intenção do legislador é apenas com maior severidade o grande traficante, facultando uma condenação mais branda ao pequeno, o que não é a hipótese dos autos - Apelação nº 0000844-06.2017.8.26.0599, Comarca de Piracicaba, Rel. Des. Paulo Rossi, j. em 28.11.2018).

De outro giro, presente a causa de aumento disposta no art. 40, IV, da Lei de regência, como visto alhures, em detrimento do concurso material de crimes, eleva-se a pena em 1/6 (um sexto), a resultar, definitivamente, em **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

No que tange ao regime carcerário, diante da quantidade extraordinária de droga constricta, circunstância que prepondera sobre aquelas estabelecidas pelo

diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, sopesado ainda a reconhecida envergadura da prática ilícita e negado o redutor distintivo do tráfico eventual, inviável a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

No aspecto, qualquer imposição menos vigorosa, mormente pela própria expressão do malfeito, importaria mau trato ao primado da suficiência.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concludo, no particular, seja inconcebível na hipótese; aliás, o *quantum* imposto já o impede, assim como o *sursis*.

Ante todo o exposto, *afastadas as preliminares*, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo de **Guilherme Dantas de Almeida**, e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de **Higor da Cruz Pedrosa**, para reconhecer a consunção entre os crimes de tráfico e aquele tipificado no art. 12, da Lei nº 10.826/03, pela incidência da causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06, redimensionando a reprimenda para **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**; mantém-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

MARCELO GORDO

Relator