



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2023.0000325286**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500078-75.2022.8.26.0574, da Comarca de Avaré, em que são apelantes KLEBER MARIANO DOS SANTOS e SHEILA FABIANA FRANCISCO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso defensivo absolver os réus da prática do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e fixar as penas em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 778 dias-multa ao corréu KLEBER e em 6 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 667 dias-multa a corré SHEILA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente) E ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 24 de abril de 2023.

**ALBERTO ANDERSON FILHO**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**APELAÇÃO N.º 1500078-75.2022 – AVARÉ**

**APELANTES: KLEBER MARIANO DOS SANTOS E SHEILA FABIANA FRANCISCO**

**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO**

**VOTO N.º 25251**

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRELIMINARES - AFASTADAS - NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – INOCORRÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS QUANTO AO TRÁFICO – ASSOCIAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES A SUSTENTAR EVENTUAL CONDENAÇÃO – READEQUAÇÃO DA PENA - RECURSO DA DEFESA PROVIDO EM PARTE.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta por **KLEBER MARIANO DOS SANTOS e SHEILA FABIANA FRANCISCO** em face do Ministério Público, contra a sentença de fls. 488/503, cujo relatório se adota e acrescenta-se que os condenou por infração ao art. 33, “caput” e art. 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06, KLEBER à pena de 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 1.866 dias-multa e SHEILA à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 1.600 dias-multa.

Diante do inconformismo, a defesa apresentou razões de apelação às fls. 519/559. Pede, em preliminar, seja instaurado e incidente de dependência toxicológica e ilicitude das provas em decorrência



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

da busca domiciliar sem autorização. No mérito pugna pela absolvição e, subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06, a diminuição da pena, seja fixado regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos.

Regularmente processado o recurso, o Ministério Público apresentou contrarrazões pelo desprovimento (fls. 565/574).

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo parcial provimento do recurso (fls. 584/597).

### **FUNDAMENTAÇÃO**

O recurso merece parcial provimento.

Os Réus foram condenados como incurso nas sanções do art. 33, “caput” e art. 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06, porque, agindo em concurso e com unidade de desígnios e identidade de propósitos entre si, associaram-se para o fim de praticarem, reiteradamente, tráfico de drogas e porque no dia a 28 de fevereiro de 2022, por volta das 14h30min, na Rua Constantino Palezi, nº 292, Vila Egídio Martins Costa, Avaré/SP, traziam consigo 1 porção de crack, pesando, aproximadamente, 4,8 gramas e tinham em depósito mais 1 porção de crack, pesando, aproximadamente, 4,8 gramas, substância, esta, que causa dependência física e psíquica, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Não há qualquer nulidade quanto ao indeferimento ao pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica para a ré a ensejar a anulação da sentença.

A defesa não trouxe aos autos elementos que pudessem demonstrar a necessidade de sua realização, não basta a simples alegação quanto à sua condição de usuário de drogas.

Vale esclarecer que a ré não estava sob efeito de drogas quando foi abordada pelos policiais, inexistindo dúvida acerca de sua higidez mental.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Além disso, como bem ressaltou a r. sentença: *“Tal medida não foi pedida anteriormente. Além disso, não há o mínimo de indícios de que a ré, ao tempo do fato, estava sob domínio dos efeitos das drogas, tampouco que era dependente química. Ademais, conforme se verá adiante, a condição de mera usuária é irrelevante para o deslinde da causa”*.

Alega a defesa ainda em preliminar, que na realidade diz respeito ao mérito, violação de domicílio.

Não há que se falar em violação de domicílio, pois, a posse de drogas, tem-se no mínimo os crimes permanentes dispostos nos arts. 28 e 33, ambos da Lei n. 11.343/06, porquanto as condutas se protraem no tempo.

Assim, considerando que o flagrante delito é suficiente para assegurar a entrada no domicílio de quem quer que seja, em qualquer momento, não há que se falar em prova ilícita.

Afasta-se, pois, as nulidades arguidas.

No mérito, a r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório quanto ao tráfico e em nada abalada pelas razões do recurso oferecido pela defesa, merece ser mantida quanto ao reconhecimento da ocorrência dos fatos e da autoria imputada aos Apelantes apenas quanto ao tráfico.

A materialidade restou comprovada pelo laudo de exame toxicológico definitivo de fls. 183/186, que constatou tratar-se de cocaína a substância apreendida e a autoria é certa.

O corréu KLEBER, em juízo, negou o tráfico, afirmando que a corré SHEILA estava usando droga, então foi atrás dela e começaram a discutir. Afirmou que a viatura chegou e revistou a corré, encontrando crack. Foram até sua casa e não acompanhou a busca, viu a droga apenas na delegacia.

A corré SHEILA, em Juízo, afirmou que tinha saído de casa para usar droga e o corréu KLEBER foi atrás e estavam



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

discutindo quando uma viatura chegou e os abordou. Afirmou que estava com droga para seu uso e nega que tivesse droga em sua casa.

Os policiais, em juízo, afirmaram que estavam em patrulhamento no local, conhecido pelo tráfico de drogas e o réu também é conhecido nos meios policiais por tráfico. Avistaram os Réus andando juntos e, ao ver a viatura, a corré demonstrou nervosismo, então os abordaram. Em revista, encontraram com a corré uma pedra de crack e o corréu alegou ser usuário, mas confessou ter mais uma porção na casa. Foram na casa dos Réus e encontraram a droga.

Não se deve cogitar em desqualificar o depoimento de Policial somente por conta de sua condição funcional. Seu testemunho possui, pois, validade jurídica e são equivalentes aos depoimentos de testemunhas civis. Nesse sentido:

*“EMENTA: HABEAS CORPUS – DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS – VALIDADE – REEXAME DE PROVA – INVIABILIDADE – PEDIDO INDEFERIDO. VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus.” (STF, HC nº 74.608-0/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., Ementário 1864-5/1021).*

No caso em tela há prova suficiente de que os entorpecentes eram dos réus e utilizados para traficância, não havendo sequer indícios de que seria para uso pessoal ou para consumo em conjunto com outros.

Por outro lado, não restou comprovada a associação, ainda que haja indícios, não há prova concreta de que os réus se associaram de maneira estruturada para o cometimento do crime de tráfico, mais acertada é a absolvição.

Como se sabe, meros indícios são incompatíveis com a condenação, que deve basear-se em provas claras e seguras, em respeito aos princípios da busca da verdade e do in dubio pro reo.

Portanto, diante do fraco conjunto probatório e tendo em conta que a dúvida deve ser resolvida em favor do réu, a absolvição quanto a associação é de rigor.

Dessa forma, mantenho a condenação dos Apelantes apenas como incurso no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em insuficiência probatória.

Merece reparo a dosimetria das penas.

A pena-base foi fixada acima do mínimo corretamente diante da natureza da droga apreendida (crack) que causa extremo prejuízo à saúde humana e em razão dos maus antecedentes.

Na segunda fase, quanto ao corréu KLEBER com o reconhecimento da reincidência, a pena foi majorada corretamente.

No mais, não há que se falar na aplicação da causa de diminuição de prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Os réus possuem maus antecedentes e o corréu KLEBER é reincidente e, de acordo com o § 4º do art. 33, da lei nº



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

11.343/06, apenas incide a causa de diminuição de pena “*desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. Assim, correta a r. sentença que deixou de aplicar a diminuição.

Assim, resulta na pena definitiva ao corréu KLEBER em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 778 dias-multa e a corré SHEILA em 6 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 667 dias-multa.

O regime inicial deve ser o fechado, de acordo com o art. 33, § 2º, “a”, e inviável substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, sequer o requisito objetivo está presente.

### **DISPOSITIVO**

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo absolver os réus da prática do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e fixar as penas em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 778 dias-multa ao corréu **KLEBER** e em 6 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 667 dias-multa a corré **SHEILA**.

**ALBERTO ANDERSON FILHO**  
**RELATOR**