



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