



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000402685

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000245-03.2017.8.26.0588, da Comarca de São Sebastião da Gramma, em que são apelantes C. DA S. C., J. M. P. T. e R. F. L., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, deram provimento parcial aos recursos para, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver os apelantes [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] do delito previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06 e, quanto ao crime de tráfico, reduzir a pena dos apelantes [REDACTED] e [REDACTED] para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no valor mínimo unitário, mantido o regime inicial fechado e a de [REDACTED] para um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, no valor mínimo unitário, substituída a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo tempo que resta da pena, e dez dias-multa, no valor mínimo unitário, fixado o regime inicial aberto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 22 de maio de 2019

ANGÉLICA DE ALMEIDA

RELATORA

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto 37.972

Apelação nº 0000245-03.2017.8.26.0588 - São Sebastião da Grama

Processo nº 0000245-03.2017.8.26.0588 - Vara Única

Apelantes -

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

Apelado - **Ministério Público**

[REDACTED], por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, foi condenado, cada qual, à pena de *seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e seiscentos e oitenta dias-multa*; por infração ao disposto no artigo 35, da Lei 11.343/06, à pena de *quatro anos e um mês de reclusão e novecentos e cinquenta e dois dias-multa*, em regime inicial *fechado*.

[REDACTED], por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, foi condenado, à pena de *seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e seiscentos e oitenta dias-multa*; por infração ao disposto no artigo 35, da Lei 11.343/06, à pena de *quatro anos e um mês de reclusão e novecentos e cinquenta e dois dias-multa*, em regime inicial *fechado*.

[REDACTED], por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, foi condenado à pena de *cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa*; por infração ao disposto no artigo 35, da Lei 11.343/06, à pena de *três anos de reclusão e setecentos dias-multa*, em regime inicial *fechado*, decretado o perdimento dos bens e valores apreendidos, em favor da União (fls. 632/663).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Interpostos embargos de declaração, pela defesa de [REDACTED] e [REDACTED], foram acolhidos (678/679).

Negado o apelo em liberdade, foram expedidas guias de recolhimento provisória, referentes aos apelantes [REDACTED] e [REDACTED] (fls. 834/835, 836/837).

No julgamento do *Habeas Corpus* 2253362-06.2017.8.26.0000 - São Sebastião da Grama, realizado em 21 de fevereiro de 2018, esta Colenda Décima Segunda Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, convalidada a liminar, concedeu a ordem para assegurar ao apelante [REDACTED] o direito de aguardar em liberdade o julgamento do apelo, restabelecidas as medidas cautelares anteriormente impostas, previstas no artigo 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

Os ilustres defensores de [REDACTED] e [REDACTED], prequestionando violação ao disposto no artigo 5º, XI, XXII, LIV e LV, da Constituição Federal, artigo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigos 33, § 4º, 60 e 62, todos da Lei 11.343/06 e artigos 120, 157, *caput* e § 1º, 212, *caput* e parágrafo único, 386, III, IV e V, 400, e 564, IV, todos do Código de Processo Penal, postulam, preliminarmente, a nulidade do feito em face de: 1) ausência de audiência de custódia; 2) ausência de autorização judicial na busca realizada, nas residências; 3) ausência de autorização judicial, na apreensão do veículo; 4) interrogatório dos apelantes, realizado anteriormente à oitiva das testemunhas; 5) testemunhas inquiridas, por primeiro, pelo magistrado; no mérito, por atipicidade da conduta ou por falta de prova, a absolvição; subsidiariamente, assegurado o direito ao recurso em liberdade para [REDACTED], a redução da pena, aplicada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

causa especial de diminuição para [REDACTED], substituída a pena detentiva por restritiva de direitos ou aplicado o *sursis*, regime menos gravoso, restituídos o dinheiro e celular apreendidos (fls. 722/758, 759/790).

Pleiteia o ilustre defensor de [REDACTED], por falta de prova, absolvição; subsidiariamente, a desclassificação da conduta para posse de droga para consumo próprio (fls. 815/831).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 840/848), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento dos recursos (fls. 854/861).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 21 de março de 2017, por volta de 16h10min, em rodovia e no interior de residência, localizadas, respectivamente, em São Sebastião da Grama/SP e Divinolândia/SP, os apelantes [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], em associação permanente, teriam trazido consigo e guardado para entrega a terceiros, oito porções de *crack* (3g) e uma porção de maconha (5g), substâncias entorpecentes, que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Apreendidos aparelhos celulares, um mil quatrocentos e noventa e sete reais, em dinheiro, noventa e um sacos plásticos transparentes e tesoura.

Não há falar em nulidade por ausência de audiência de custódia.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Esta Egrégia Corte, em parceria com o Poder Executivo do Estado, através do Provimento Conjunto n. 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça, em boa hora e com primazia, determinou, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a apresentação da pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia. De acordo com referido Provimento, a implantação do projeto de audiência de custódia se efetiva de forma gradativa, e segue cronograma.

Como consignado, na decisão, que acolheu os embargos de declaração, na data da prisão dos apelantes [REDACTED] e [REDACTED] a audiência de custódia não havia sido implantada naquela Comarca.

A inexistência do mandado judicial não compromete a diligência policial levada a efeito na residência dos apelantes. A conduta imputada aos apelantes é crime de caráter permanente - flagrante contínuo, não exigindo mandado judicial para a busca e a apreensão. O crime permanente não dá ensejo à decretação da nulidade do feito em razão de alegada violação de domicílio.

Ademais, compete à autoridade policial apreender os objetos relacionados com o crime. Assim não há falar em autorização judicial para a apreensão do veículo, conquanto existente suspeita da utilização, na prática delituosa.

Na audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que ouvidas as testemunhas e interrogados os apelantes, ficou expressamente consignado que o procedimento adotado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

seria o estabelecido, na Lei 11.343/06. Assim, na realização do ato processual, observado o rito processual estabelecido na referida lei.

Participaram da audiência, na defesa dos apelantes [REDACTED] e [REDACTED], os defensores constituídos, ilustres advogados Natan do Prado Zabotto e Marcelo Henrique Lorencini. Não consta do respectivo termo impugnação ou irresignação com relação ao desenvolvimento dos trabalhos (fls. 495).

Firmam as razões de recursos dos apelantes [REDACTED] e [REDACTED] os mesmos defensores. Por conseguinte, não é possível acolher a nulidade aventada, no que diz respeito à alegada inversão processual.

Assim, considerado que a matéria não se assentara pacificada, até então, comportando interpretações várias, não se acolhe a nulidade arguida.

O juiz continua a presidir a audiência em que, em contraditório, é produzida a prova, na instrução do processo, mesmo após a alteração do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 11.680/08, não se podendo falar em violação ao artigo 129, I, da Constituição Federal.

O artigo 212, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 11.680/08) dá às partes, acusação e defesa, o direito de formular as perguntas diretamente às testemunhas e vítimas. Vale dizer, sem a intermediação do juiz.

Entretanto, não está o juízo impedido de inquirir testemunhas e vítimas. Em última análise, é o destinatário das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

informações obtidas através dos meios de provas trazidos aos autos do processo.

Importa notar, a lição de Ada Pellegrini Grinover: *“o Direito Processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e de seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, aos seus interesses e seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste (...) trata-se da função social do processo que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juízo inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores (...) o papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova”* (A Marcha do Processo - A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório - RJ:Forense Universitária, 2000, p. 79/80).

Afastam-se as preliminares arguidas pela defesa.

A existência da materialidade do fato encontra-se consubstanciada no auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência (fls. 19/28), auto de exibição e apreensão da droga, celulares e veículos (fls. 32), auto de constatação preliminar (fls. 33), fotografias (fls. 107/112, 358/373), relatório de investigação (fls. 169/170, 171/176), laudos dos saquinhos plásticos (fls. 182/184), laudo da tesoura (fls. 185/187), laudos de exame químico-toxicológico que atestam resultado positivo para cocaína e maconha (fls. 283/284, 285/286), laudo de celular referente a [REDACTED] (fls. 292/298), laudo de celulares referentes a [REDACTED] (fls. 299/327), laudo de celular referente a [REDACTED]



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

██████████ (fls. 328/335), nota fiscal de compra de pneu (fls. 426) e prova oral.

O apelante ██████████, nas duas oportunidades em que interrogado, alega que conhece ██████████ de vista. Havia comprado um carro dele. Não conhece ██████████. No dia dos fatos, fora a São José, logo pela manhã, para comprar *crack*. Pegou carona com um caminhoneiro. Após a compra, pediu carona ao veículo que tinha placas de São Sebastião da Grama. Percebeu que era conduzido por ██████████. Comeram um salgado e seguiram o caminho. A viatura policial deu sinal de parada. Trazia consigo uma porção de droga. Soube que os policiais foram até a sua residência e encontraram uma porção de maconha. O dinheiro era fruto da venda de galinhas. O pó branco era creatina, que tomava com leite, pela manhã, para repor as energias. Não acompanhou a diligência em sua residência (cd).

No interrogatório prestado, em juízo, apelante ██████████ ██████████ alega que foi convidado por ██████████ para ir até São José, arrumar um pneu. O filho de ██████████ é casado com sua irmã. Na volta, um rapaz, ██████████, pediu carona. Comeram um salgado e continuaram o caminho. Abordados pelos policiais, com ██████████ foi encontrada a droga. O dinheiro que possuía era para pagamento de conta. Nada foi encontrado, em sua residência. Não mantinha contanto por *whatsapp* com os demais apelantes (cd).

Ao ser interrogado em juízo, o apelante Rodrigo disse que conhece os demais apelantes. ██████████ é cunhado de seu filho. Vendeu um veículo Pálio para ██████████. Dirigiu-se a São José para comprar pneu de uma pick-up Corsa. Na volta, ██████████ pediu carona. No trajeto para Divinolândia, foram abordados pelos policiais. Na revista pessoal, os policiais localizaram droga com ██████████. O policial



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Argemiro informou que havia mandado de prisão, em relação a [REDACTED]. A quantia em dinheiro, que portava, era para pagamento da BMW. Em sua residência, foram localizados saquinhos de geladinho e tesoura, do filho de cinco anos. Conversou no *whatsapp* com [REDACTED] para dizer que já *estava indo* levar o recibo do carro (cd).

A testemunha [REDACTED], policial militar, em juízo, informa que avistou a BMW. Comunicação de policiais de Divinolândia dava conta de tráfico de droga realizado, por [REDACTED], utilizando a BMW. Indicava também os nomes de [REDACTED] e [REDACTED]. Acompanhou a BMW por alguns quilômetros. Os policiais civis, que passavam pelo local, auxiliaram na diligência. O policial [REDACTED] informou que havia mandado de prisão, referente ao apelante [REDACTED]. Com [REDACTED] encontrou a droga. O apelante nada disse sobre o destino da droga. Com [REDACTED] e [REDACTED], foi localizada quantia em dinheiro. Em companhia de [REDACTED] e [REDACTED], realizou diligência nas residências dos apelantes. Na casa de [REDACTED], o policial [REDACTED] encontrou certa quantidade de saquinhos plásticos transparentes e tesoura. A esposa de [REDACTED] disse que os saquinhos seriam utilizados para a confecção de sorvete. Não havia sorvete pronto, na geladeira. Na casa de [REDACTED], foram localizados dois celulares. Na casa de [REDACTED], uma propriedade rural, encontrou maconha, quantia em dinheiro e um pote preto, com substância em pó, branca. Na propriedade, havia um Pálio vermelho e, salvo engano, uma Parati. Pelo que pode perceber, [REDACTED] morava sozinho. Não notou, na propriedade, criação de animal ou plantação. O policial civil [REDACTED] sabia o endereço de [REDACTED] (cd).

A testemunha [REDACTED], policial militar, em juízo, informa que ao avistar a BMW, a testemunha [REDACTED] revelou que havia comunicação referente a tal veículo, relacionada com o tráfico



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de droga e [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Acompanhou o veículo por alguns quilômetros e resolveu abordá-lo. O policial civil, que por ali passava, por acaso, auxiliou na diligência. Na busca pessoal, o policial [REDACTED] encontrou droga em poder de [REDACTED]. Com os apelantes [REDACTED] e [REDACTED], apenas quantia em dinheiro. Não foi encontrado entorpecente no veículo. O apelante [REDACTED] disse que a quantia em dinheiro com ele encontrada era proveniente da compra e venda de veículos. Não participou das diligências nas residências dos apelantes. Na casa de [REDACTED], foi localizado saquinhos utilizados para embalos de entorpecentes. O policial [REDACTED] disse que havia mandado de prisão contra [REDACTED] (cd).

A testemunha [REDACTED], investigador de polícia, em juízo, disse que, juntamente com [REDACTED] e as testemunhas [REDACTED] e [REDACTED], policiais militares, interceptaram a BMW de cor escura, conduzida por [REDACTED], e, como passageiros, duas pessoas. Com o apelante [REDACTED] foram encontradas oito pedras de *crack* e quarenta reais em dinheiro. Com [REDACTED] a quantia de 800 reais, em dinheiro. Com [REDACTED], aproximadamente, duzentos e cinquenta reais. Juntamente com [REDACTED] e [REDACTED], realizou buscas, nas respectivas residências. Na casa de [REDACTED], que parecia estar em obra, numa cômoda, onde havia roupas masculinas, localizou embalagens que podem ser utilizadas para embalar droga e tesoura. Na casa de [REDACTED], foram encontrados dois celulares. Na casa de [REDACTED], no bolso de uma jaqueta, um invólucro de maconha, quantia em dinheiro e porção de substância branca, no interior de um pote. Os apelantes não acompanharam as buscas nas residências, somente os familiares. [REDACTED] tinha mandado de prisão. [REDACTED] e [REDACTED] eram conhecidos dos meios policiais. [REDACTED] não tinha passagem até então, mas tinham notícia de que estava traficando. Soube que, no celular de [REDACTED], tinha um aplicativo com mensagem do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

██████████, *to indo, beleza*, por volta de meio dia, da data da prisão. Não tem conhecimento de trabalho lícito exercido pelos apelantes. Realizou dez diligências, em dias úteis e horários comerciais, e comprovou que ██████████ não trabalhava. Já presenciou ██████████ e ██████████ juntos. Na delegacia de polícia, não se recorda de ter presenciado o alegado por ██████████ a respeito da droga. Trabalha na delegacia de polícia de Divinolândia/SP. Não se recorda de ter visto ██████████ entre a data da soltura e a prisão. Pouco tempo antes de ██████████ ser detido, recebeu denúncia de tráfico, mas não tiveram tempo hábil de fazer uma investigação completa. Salvo engano, o mandado de prisão referia-se a um homicídio. Pelo que se recorda, ██████████ morava sozinho. Havia outra casa, no mesmo terreno, onde ██████████ residia. Quando chegou, tal residência estava fechada. Não se recorda como a droga apreendida com ██████████ estava embalada. Não se lembra de ter conhecido a família de ██████████ (mídia).

A testemunha ██████████, em juízo, assevera que conhece o apelante ██████████. Vendeu um veículo BMW para ██████████ dez dias antes dele ser detido. Desconhece envolvimento de ██████████ com o tráfico de droga (cd).

A testemunha ██████████, em juízo, afirma que conhece os apelantes ██████████ e ██████████. No dia dos fatos, ██████████ e ██████████, filho do ██████████, foram até a borracharia para consertar pneu de veículo Corsa (cd).

A testemunha ██████████, sobrinha de ██████████, em juízo, revela que o tio é dependente químico. O tio já foi preso por tráfico de droga. A família tentou conversar com o tio em razão do uso de entorpecente (cd)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Não há dúvidas de que as testemunhas [REDACTED] e [REDACTED], policiais militares, e, notadamente, a testemunhas [REDACTED], investigador de polícia, dão conta da existência de comunicações prévias do envolvimento dos apelantes, no tráfico de droga, principalmente, em Divinolândia, cidade em que os três residiam.

Tanto assim que, segundo consta dos respectivos depoimentos, a diligência policial teve início, eis que divisado, na oportunidade, trafegando na rodovia, o veículo BMW, suspeito de ser utilizado no tráfico de entorpecentes pelos apelantes. Resultou da interceptação do veículo a apreensão de 1,9g (peso líquido) de cocaína, nas vestes do apelante [REDACTED], e 4,6 g de maconha (peso líquido), bem como, um pote preto, contendo substância em pó, na residência do referido apelante, segundo consta dos respectivos laudos da perícia (fls. 283/284 e 285/286). Em poder dos apelantes [REDACTED] e [REDACTED], foram encontradas importâncias em dinheiro, no primeiro momento. Na casa de [REDACTED], apreendidos saquinhos plásticos transparentes e uma tesoura. Na residência de [REDACTED], dois celulares.

Submetidos os celulares apreendidos à perícia, ficou constatada a existência em um deles, pertencente a [REDACTED], três gravações, nos seguintes teor:

1) [REDACTED] (fls. 308/310)

- Ow [REDACTED] aki Vc pagou o [REDACTED] ?
- Paguei não. Não fui pra divino esse final de semana.
- Nossa mano arruma o dinheiro aí mano preciso do dinheiro pra fazer uma inteira ali pra depositar prós cara mano aí traz o dinheiro aí hj mano não tem como
- Não tem Agorarecebo so sábados Recebo por semana
- VC não falo pra ele que vc ia pagar na segunda
- Mas não vi ele
- Não msm mano vcs some Ai sábado vc vem e traz o dinheiro em Blzz
- Blz



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

2) [REDACTED]. 311/313)

- O [REDACTED] tem uma mina aqui quer penhorar uma pulseira de ouro até amanhã... pode pá?
- Não virá não mano tem que ser na moeda
- Nus ... eu peguei já
- Quantas vc deu pra ela
- 8 Pulseira vale mais de 400 Seguro até amanhã se ela não pagar Eu vendo nós racha 200 cada Tem ate comprador já
- Então já vende já mano Fala que vc perdeu Ninguém mando ela passa não Aí já arruma o dinheiro hj pra mim já deposita pros cara
- (mensagem de áudio)
- Então mano falei pra vc que eu tá valendo precisando da moeda aí vc não tem nada de moeda ai
- Tem 20
- Nossa aí vc tá na onde?
- Trampo
- Tendeu Vc trampa na onde?
- Meu pai
- Coloca esses 20 de crédito aí pra mim nesse chip meu Se der pra vc coloca agradeço
- Blz coloco sim
- Mais já vai coloca já
- Vou Lg p minha mãe colocar
- Blzz vlw
- É nós
- (mensagem de áudio)

3) [REDACTED] (fls. 314/316)

- Oi Ow
- Ooi
- O q vc queria aquele dia que vc me mandou msg
- Qria ver se vc tinha teu pra vende pra mim (carinhas de whatsapp) Nem fala pra ninguém pelo amor de deus
- De boa tranquilo Tenho hj se você quiser
- É 20 nw Né*
- Fasso uma das 20 pra vc Mais quero hrs vc vai pegar? Salva meu número aí não tá aparecendo sua foto do perfil.
- Será q mais pro fds vc tem, eu to sem foto já salvei o numero já
- Nossa kkk Sim vou ter sim
- Ook [REDACTED]

O exame da prova dos autos demonstra que, pese o apelante [REDACTED] tenha dado versão outra, no dia dos fatos, juntamente com [REDACTED], fora ao encontro de [REDACTED], conforme



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

mensagem constante do celular de [REDACTED], recuperada pelo laudo da perícia (fls. 297/298), realizado com autorização judicial (fls. 64).

Rodrigo Liboni (21/03/2017 às 12h58)

_ Já to indo Blzz

- Ok

A gravação do celular do apelante [REDACTED], por outro lado, evidencia o envolvimento na mercancia. Retrata a comunicação com terceiras pessoas, que encomendam porção de droga (fls. 307/314). Por conseguinte, ainda que não apreendida droga, em poder do apelante [REDACTED], os demais meios de prova o comprometem.

No que concerne ao apelante [REDACTED], pese não ter sido encontrada droga, em poder dele, há a incriminá-lo o diálogo com [REDACTED], no dia dos fatos, por volta de 12h58 min, em que [REDACTED] se dispõe a buscar [REDACTED] (fls. 297).

O envolvimento do apelante [REDACTED] está demonstrado, eis que, ao contrário do alegado, comprovado que o encontro com os apelantes [REDACTED] e [REDACTED] não foi casual. Apreendida em poder dele, droga, assim como, na residência, mesmo que, em pouca quantidade.

Afastado o álibi apresentados pelos três apelantes, no sentido de que casual a carona dada ao apelante [REDACTED].

Assim sendo, a prova reunida nos presentes autos, sob o crivo do contraditório, mostra-se suficiente para ter a condenação, pelo tráfico, dos três apelantes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No entanto, se demonstrada a conduta integrada dos três, na data dos fatos, não ficou devidamente comprovada a associação.

Crime autônomo, previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, exige vínculo associativo, não se satisfazendo com o mero concurso eventual de pessoas. Há necessidade de prova da estabilidade e permanência da sociedade criminosa, circunstâncias não demonstradas, nos presentes autos.

Não há nos autos, prova segura da *affectio societatis*, vale dizer, não está comprovada a vinculação entre os agentes com ânimo de permanência e estabilidade da associação criminosa.

Ausentes os elementos constitutivos do tipo, mormente a demonstração de união permanente e habitual para a prática do delito, ao menos nos limites apresentados pelo conjunto probatório, nos presentes autos.

Assim, quanto aos apelantes [REDACTED] e [REDACTED], fixada a pena-base, para cada qual, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, aumenta-se um sexto, em face da reincidência, resultando cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no valor mínimo unitário, mantido o regime inicial fechado.

No que diz respeito ao apelante [REDACTED], tendo em vista que a primariedade e ausente evidência de que integre organização criminosa, ou se dedique à atividade criminosa, mostra-se adequada a redução da pena, na fração de dois terços, pela incidência da causa redutora, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Tanto mais se considerada a quantidade da droga apreendida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Possível se mostra a substituição da pena detentiva, por restritiva de direitos.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão *vedada a conversão em penas restritivas de direitos* (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - HC n. 97.256-RS, 1 de outubro de 2010). Por sua vez, a Resolução 5/2012, do Senado Federal, suspendeu a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prescrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Altera-se ainda, pelos mesmos motivos, o regime prisional para inicial aberto.

A obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o início de cumprimento de pena privativa de liberdade decorrente de condenação por crime hediondo ou equiparado, em controle incidental, foi declarada inconstitucional (STF - HC 11.840-ES, j. 27/jun/2012, Rel. Min. Dias Toffoli).

Sem contar que, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria votos, afastou a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas (STF - HC 118.533-MS, j. 23/junho/2016, Relª. Minª. Cármen Lúcia).

Assim, fixada a pena-base, em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, diminui-se de dois terços, pela causa especial de redução de pena, resultando um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, no valor mínimo unitário, substituída a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo tempo que resta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

da pena, e dez dias-multa, no valor mínimo unitário, fixado regime inicial aberto.

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento parcial aos recursos para, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver os apelantes [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] do delito previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06 e, quanto ao crime de tráfico, reduzir a pena dos apelantes [REDACTED] e [REDACTED] para *cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa*, no valor mínimo unitário, mantido o regime inicial *fechado* e a de [REDACTED] [REDACTED] para *um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa*, no valor mínimo unitário, substituída a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo tempo que resta da pena, e dez dias-multa, no valor mínimo unitário, fixado o regime inicial *aberto*.

des^a Angélica de Almeida

relatora