

13ª Câmara de Direito Criminal

Nº do processo		Número de ordem
1500660-16.2024.8.26.0571		7
Pauta		
Publicado em	Julgado em	Retificado em
	Data do Julgamento por Extenso Não informado	
Julgamento presidido pelo Exmo(a) Sr(a) Desembargador(a)		
Xisto Albarelli Rangel Neto		

Apelação Criminal
Comarca

Itapetininga

Turma Julgadora

Relator(a): José Ernesto de Souza Bittencourt Voto: 5999
2º juiz(a): Rodrigues
3º juiz(a): Xisto Albarelli Rangel Neto
José Henrique Rodrigues Torres

Juiz de 1ª Instância

Juízes que participaram do processo no 1º grau Não informado

Partes e advogados

Apelante : Gabriel Gomes dos Santos das Neves.
Def. Público : Defensoria Pública do Estado de São Paulo (OAB: 99999D/SP) (Fls: 347) e outro.
Apelante : Guilherme Orcino da Silva.
Advogado : Felipe Nanini Nogueira (OAB: 356679/SP) (Fls: 328).
Apelado : Ministério Público do Estado de São Paulo.

Súmula

APÓS AS SUSTENTAÇÕES ORAIS, O FEITO FOI RETIRADO DE PAUTA PELO E. RELATOR. O JULGAMENTO CONTINUA NO VIRTUAL.

Sustentou oralmente o advogado: Procurador Judicial do recorrente/recorrido
Dr. Felipe Nanini Nogueira pediu preferência e sustentou oralmente suas
alegações.

Usou a palavra o Procurador: Ruy Cid Martins Vianna

Impedido(s): Magistrados impedidos Não informado

Jurisprudência			
	Acórdão	Parecer	Sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362000

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500660-16.2024.8.26.0571, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes GABRIEL GOMES DOS SANTOS DAS NEVES e GUILHERME ORCINO DA SILVA, 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: **DERAM PROVIMENTO ao apelo de Guilherme Orcino da Silva, com determinação de expedição de alvará de soltura a seu favor, bem como DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Gabriel Gomes dos Santos das Neves. 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, 11 de abril de 2025.

J. E. S. BITTENCOURT RODRIGUES

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1500660-16.2024.8.26.0571

Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga

Apelantes: Gabriel Gomes dos Santos das Neves e Guilherme Orcino da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto nº 5999

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I. CASO EM EXAME

Apelações criminais interpostas pelas defesas contra sentença que condenou Gabriel Gomes dos Santos das Neves e Guilherme Orcino da Silva por tráfico de drogas e associação para o tráfico, nos termos dos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/2006. Gabriel foi condenado a 8 anos e 6 meses de reclusão, e Guilherme a 11 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, ambos em regime fechado. Foram apreendidas 11 porções de cocaína (2,48g), 3 porções grandes de crack (278,68g), 4 porções de maconha (40,44g), além de R\$ 532,00 em dinheiro na posse de Guilherme e R\$ 35,00 na posse de Gabriel.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

A questão em discussão consiste em (i) nulidade por violação de domicílio devido à falta de fundamentação na decisão de busca e apreensão; (ii) quebra da cadeia de custódia dos "prints" do WhatsApp; (iii) ausência de prova da autoria dos crimes de tráfico e associação para o tráfico; (iv) desclassificação da conduta de Guilherme para porte de drogas para uso próprio.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A decisão de busca e apreensão foi fundamentada conforme o artigo 243, do CPP, não havendo nulidade. A atuação policial foi motivada por denúncia anônima, seguida de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

investigação.

Não há evidência de quebra da cadeia de custódia dos "prints" do WhatsApp. A documentação da extração de dados foi realizada, não se evidenciando subversão do conteúdo.

As provas são insuficientes para condenar Guilherme por tráfico e associação para o tráfico. A quantidade de droga apreendida não indica mercancia, e sua conduta deve ser considerada como porte para uso próprio, conforme TEMA 506, do STF.

Gabriel confessou o crime de tráfico, e as provas corroboram sua condenação por este delito. Não há evidência de associação estável e permanente entre os apelantes.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso provido em parte. Guilherme absolvido dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, reconhecendo-se a atipicidade penal de sua conduta. Gabriel absolvido do crime de associação para o tráfico, mantendo-se a condenação por tráfico de drogas com redução de pena para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Tese de julgamento: 1. A posse de até 40g de maconha para uso próprio não constitui crime, conforme TEMA 506, do STF. 2. A associação para o tráfico exige vínculo estável e permanente, não evidenciado no caso.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, arts. 33 e 35.

Código de Processo Penal, art. 243.

Lei nº 13.964/2019, art. 158-A.

Código Penal, arts. 33, §2º, "a" e §3º; 44; 77.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RE 635659, TEMA 506.

STJ, AgRg nos EDcl no HC n. 446.151/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 07.02.2019.

STJ, AGR. REG. No HC 2022/0389157-3, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 07.02.2023.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de **Apelações Criminais**, interpostas pelas defesas, contra a r. sentença que condenou o réu Gabriel Gomes dos Santos das Neves às penas de 08 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.316 dias-multa, bem como o réu Guilherme Orcino da Silva às penas de 11 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.700 dias-multa, como incurso no artigo 33, “*caput*”, em concurso material com o artigo 35, ambos da Lei nº 11.343/2006.

A i. defesa de Guilherme alega, em preliminar, nulidade por violação de domicílio, porquanto a r. decisão que deferiu a busca e apreensão nos imóveis dos réus não continha a necessária fundamentação. Destaca que a representação da autoridade policial não teve justa causa, porque calcada em denúncia anônima. Também, aduz que houve quebra da cadeia de custódia com relação aos “prints” extraídos do aplicativo de “WhatsApp” e rede social identificados no celular do apelante. No mérito, argumenta que não há prova da autoria tanto para o crime de tráfico quanto para associação ao tráfico. Nesse sentido, ressalta que em sua residência havia apenas uma porção de “maconha” e mantém apenas relação de parentesco com o corréu, seu sobrinho. Subsidiariamente, busca a desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Drogas e fixação da pena base no mínimo legal, afastando-se o “*bis in idem*” na motivação também utilizada para afastar o tráfico privilegiado. Por fim, requer seja aplicada a detração e consequente fixação de regime de pena mais brando.

A i. Representante da Defensoria Pública que atuou na defesa do réu Gabriel requer a absolvição do crime de associação ao tráfico de drogas, porquanto não demonstradas a permanência e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabilidade no vínculo entre os apelantes.

Os recursos foram contrarrazoados.

A ilustre defesa de Guilherme manifestou oposição ao julgamento virtual, bem como interesse de realizar sustentação oral.

A d. Procuradora de Justiça Criminal manifestou-se pelo desprovimento dos recursos das defesas.

Após a realização de sustentações orais, o feito foi retirado de pauta por este Relator, de modo a autorizar a continuidade do julgamento em sede virtual.

É o relatório.

As preliminares suscitadas não merecem prosperar.

Primeiro, no que tange à alegação de nulidade do mandado de busca e apreensão por ausência de fundamentação idônea, verifico que a r. decisão impugnada atendeu ao disposto no artigo 243, do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Com efeito, extrai-se dos autos nº 1500739-28.2024.8.26.0269 que, em razão de denúncias anônimas sobre a prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, policiais civis passaram a investigar os réus, ensejando o relatório policial (fls. 288/294, destes autos) e representação pela expedição de mandado de busca domiciliar para os endereços suspeitos, o que foi deferido nos seguintes termos:

“Vistos.

Fls. 1/2: Trata-se de representação, formulada pela Autoridade Policial, a qual requer o deferimento de diligência domiciliar com vistas a apreensão de entorpecente nos endereços mencionados e/ou outros objetos de interesse policial.

Conforme se verifica nos autos, foram recebidas denúncias da ocorrência de tráfico de entorpecentes nos endereços mencionados, e, por meio de diligências de campo, foram identificados os locais e observada movimentação típica do comércio ilegal de drogas.

Destarte, acolho a manifestação do Dr. Promotor de Justiça (fls. 11/12) e, diante dos elementos até então reunidos pela digna Autoridade Policial, autorizo as buscas requeridas.”

E do quanto acima transcrito, bem como com referência aos requisitos do artigo 243, do Código de Processo Penal,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inexiste nulidade na decisão que atendeu a formulação da D. Autoridade Policial, porquanto, a referência à manifestação do Ministério Público não a torna desprovida de fundamentação.

Cabe ressaltar que, naquele momento, O MM. Juiz de Direito, por óbvio, tem apenas como elementos de parâmetro o relatório policial e a manifestação ministerial, até porque é para a colheita de mais evidências que se reserva a busca domiciliar.

O que se exige, e foi atendido pelo expediente ora impugnado, é que se justifique a autorização judicial para ingresso e seja indicado, “o mais precisamente possível”, o morador/proprietário e local de cumprimento.

Assim, inexistindo nulidade do mandado judicial, não há que se cogitar em ausência de fundada suspeita diante da atuação policial motivada por denúncia anônima. No caso, exatamente por serem informações anônimas, policiais civis realizaram campana e puderam observar a atuação dos apelantes para, então, constatada a fundada suspeita, prosseguir com a representação pelo mandado de busca e apreensão no endereço dos sentenciados.

Prosseguindo, a i. defesa também aduz que houve quebra da cadeia de custódia referente aos “prints” extraídos do WhatsApp e rede social e, para tanto, além de tecer considerações sobre o tema e posicionamento jurisprudencial, tão somente destacou que:

“Assim, não se admite prova digital sem registro dos procedimentos adotados pela polícia.

(...)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desta feita, no caso em tela, tendo sido notória a quebra da cadeia de custódia e a necessária comprovação da autoria e materialidade do crime imputado ao Apelante, mister se faz o reconhecimento de sua nulidade, conforme entendimento da Corte Superior:” (fls. 264/266)

Ou seja, apenas mencionou que os “prints” extraídos do referido aplicativo não poderiam ser usados como prova, sem indicar precisamente como se deu a nulidade aventada.

Ora, sabe-se que, dentre as diversas alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), uma delas se deu no título relacionado às provas no processo penal, tratando da chamada *cadeia de custódia* (ou de conservação), prevista a partir do art. 158-A, do CPP.

Trata-se de procedimento de documentação do ciclo histórico do vestígio de uma infração penal, com o objetivo de preservar sua incolumidade e credibilidade. É a sequência cronologicamente encadeada e documentada de atos que assegurem a tutela dos vestígios, fundamentais porquanto suporte probatório de eventual ação penal.

Na lição de GUSTAVO BADARÓ:

“A cadeia de custódia em si deve ser entendida como **a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo.** É o conjunto de pessoas, uma após a outra, (p. ex.: o investigador, o delegado de polícia, o perito, o escrivão do cartório etc.) que tiveram contato com tal coisa (p.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ex.: uma arma, um líquido, um tufo de fios de cabelo).

Esse conjunto de pessoas, e os momentos específicos em que cada uma delas teve contato com a evidência, precisam ser registrados, isto é, documentados, para que se saiba, exatamente, quem teve contado com a coisa e quando isso ocorreu”.

Caso não haja nos autos a documentação da *cadeia de custódia*, será possível questionar a autenticidade e a integridade da fonte de prova e, por conseguinte, dos elementos de prova dela extraídos.

No caso, o compulsar dos autos mostra relatório técnico preliminar de extração de dados (fls. 126/130) do aparelho telefônico do apelante Guilherme, bem como o procedimento de como foram extraídas as conversas tanto do aplicativo WhatsApp quanto da rede social Face Book. E, do quanto verificado, não se evidencia subversão de como o conteúdo foi extraído.

O legislador não estabeleceu quais as consequências processuais de seu desrespeito, sejam em termos de admissibilidade, seja quanto à valoração do meio de prova dela correspondente.

Para BADARÓ, uma vez constatada a existência de vícios na *cadeia de custódia*, isso não levaria, necessariamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, que seria inadmissível no processo, principalmente no caso em que haja apenas omissões ou irregularidade leves, sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em tais casos, a questão deve ser resolvida no momento da valoração dos elementos de prova. Conclui o autor que *“Não é a cadeia de custódia a prova em si, mas sim uma ‘prova sobre prova’*. Sua finalidade é assegurar a autenticidade e integridade da fonte de prova. Ela, em si, não se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o *thema probandum*.

Nesse passo, inexistindo evidência sobre ofensa à produção da prova ora questionada, não há espaço para supor que houve a aventada “quebra da cadeia de custódia”.

Pois bem, rejeitada a matéria preliminar, adentra-se ao mérito.

Os réus foram denunciados como incursos no artigo 33, “caput” em concurso material com o artigo 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, e os fatos foram narrados nos seguintes termos:

*“1) Consta do incluso inquérito policial que, em data anterior a 12 de abril de 2024, nesta cidade e Comarca, **GABRIEL GOMES DOS SANTOS DAS NEVES** e **GUILHERME ORCINO DA SILVA**, qualificados a fls. 06 e 07, **associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, fato típico previsto no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06.***

*2) Consta, também, do incluso inquérito policial que, no dia 12 de abril de 2024, por volta das 06h30, na Rua Joaquim Felício Oliveira, ao lado do numeral 211, e na Rua Francisco Lisboa, 71, Rechã, nesta cidade e Comarca, **GABRIEL GOMES DOS SANTOS DAS NEVES** e **GUILHERME ORCINO DA SILVA**, qualificados a fls. 06 e 07, **conluídos e agindo em concurso e com unidade de desígnios,***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

guardavam e tinham em depósito, para posterior entrega ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, a) 11 porções de “cocaína”, pesando 2,48g; b) 02 porções grandes de “crack”, com peso de 189,38g; c) 01 porção grande de “crack”, pesando 89,3g; d) 01 porção de “maconha”, com peso de 27,23g; e) 02 porções de “maconha”, pesando 1,89g; f) 01 porção de “maconha”, pesando 10,92g, e; g) 01 porção de “maconha”, pesando 1,4g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo restou apurado, anteriormente ao dia 12 de abril de 2024, os denunciados se associaram para a prática reiterada do crime de tráfico de drogas. Ficou definindo na citada associação que os acusados atuariam na alienação de drogas aos consumidores, na medida em que a demanda exigisse, valendo-se do imóvel já mencionado para guardar e ter em depósito as drogas que seriam vendidas aos usuários.

GABRIEL é sobrinho de GUILHERME.

Policiais civis realizavam investigações visando reprimir o tráfico de drogas nessa cidade de Itapetininga.

Os agentes públicos já tinham informações dando conta de que GUILHERME e GABRIEL estavam associados para a prática do narcotráfico.

Os policiais realizaram investigações de campo e identificaram os endereços dos indigitados. Durante as campanhas, notaram que GUILHERME e GABRIEL mantinham contato com frequência, pois GABRIEL ia até a casa de GUILHERME. Observaram, ainda, que, na casa de GABRIEL havia intenso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fluxo de pessoas, movimentação típica de ponto de venda de drogas.

Tais elementos de informação angariados pelos policiais civis robusteceram a informação que tinham recebido, no sentido de que GUILHERME seria o responsável por receber as drogas e repassar a outros traficantes (notadamente GABRIEL), que, então, vendiam os narcóticos aos usuários.

Diante das fortes e fundadas suspeitas da prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, a D. Autoridade Policial representou pela expedição de mandado de busca domiciliar para os endereços suspeitos, o que foi deferido (autos nº 1500739-28.2024.8.26.0269).

No imóvel ocupado por GUILHERME, na Rua Joaquim Felício Oliveira, ao lado do numeral 211, os agentes públicos encontraram 01 porção de “maconha”, R\$ 532,00 em dinheiro e 02 aparelhos celulares.

Outra equipe policial, simultaneamente, efetuou a busca na residência de GABRIEL, na Rua Francisco Lisboa, 82, e localizou 11 porções de “cocaína”, 02 de “crack”, outra porção grande e duas pequenas de “maconha”, 01 pote contendo “maconha”, 01 porção grande de “cocaína”, 04 balanças, 01 rolo de plástico filme, um pacote de plástico tipo “ziplock” e diversos microtubos vazios, a quantia de R\$ 35,00 em dinheiro e 01 aparelho celular.

Nos demais endereços nada foi encontrado.

As porções de “maconha” encontradas nas casas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*de **GUILHERME e GABRIEL** estavam embaladas da mesma forma e apresentavam aspecto físico muito semelhante, evidenciando que as drogas localizadas em ambos os endereços possuem a mesma origem.*

A análise preliminar realizada nos aparelhos celulares apreendidos constatou conversas reveladoras do narcotráfico e da associação existente entre GUILHERME e GABRIEL (fls. 126/130).

O relatório completo será juntado aos autos oportunamente.

Ante a variedade e expressiva quantidade de drogas encontradas em ambas as casas, as diligências realizadas pelos policiais civis, a localização de relevante quantia em dinheiro, 04 balanças e itens comumente utilizados para embalar drogas, as mensagens encontradas nos aparelhos celulares (fls. 126/130) e as demais circunstâncias do caso concreto, é certo que os denunciados estavam plenamente associados para o tráfico de drogas, não se tratando de mera coautoria.

Todo o acima exposto demonstra, ainda, que as drogas apreendidas nos imóveis pertenciam os dois denunciados – tio e sobrinho –, que atuavam no comércio de narcóticos, de modo que o proveito obtido com o tráfico revertia em favor dos dois acusados.

Tudo evidencia, também, que as drogas apreendidas eram destinadas ao narcotráfico. O auto de exibição e apreensão, o auto de constatação e o laudo definitivo estão encartados aos autos (fls. 19/21, 25/35 e 135/138).” (ressalvo negritos)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, laudo de constatação, laudo de exame químico-toxicológico e prova oral coligida durante a instrução criminal.

A autoria é indene de dúvida.

Na fase policial, o apelante Gabriel permaneceu em silêncio, enquanto Guilherme disse que:

“Informo que a droga tipo maconha encontrada em minha casa me pertence, sendo que ela era para meu consumo próprio. Sobre as drogas encontradas na casa de Gabriel o qual é meu sobrinho nada sei a respeito e nada tenho a dizer sobre isso.”

Em Juízo, conforme constou na r. sentença, Guilherme manteve a negativa de autoria, enquanto Gabriel confessou o crime: **“o réu GUILHERME disse que o corréu é seu sobrinho. Ele frequentava a sua residência. Não é traficante. A “maconha” encontrada em sua moradia era destinada ao uso próprio. O acusado GABRIEL admitiu a prática do tráfico. Segundo ele, o seu tio não tem envolvimento algum com o seu “negócio”. Inclusive, segundo ele, a droga entrada com o corréu foi um “presente” seu.”** (ressalvo negritos)

A negativa Guilherme, em ambas as fases do procedimento, de participação nos delitos de tráfico de drogas e associação para tal fim, diversamente do decidido pelo Juízo *a quo*, encontra amparo no conjunto probatório que o beneficia, como adiante se verá.

Em relação a Gabriel, por outro lado, sua condenação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo delito de tráfico de drogas se justifica por sua admissão de culpa em juízo, além do conjunto probatório que o incrimina seriamente, em especial o relatório policial, as mensagens extraídas do celular de Guilherme, bem como a prova oral, de modo a revelar sua inculpação parcial pelos fatos contidos na denúncia.

Com efeito, os policiais civis que participaram das investigações, conforme constou na r. sentença, disseram em Juízo que: “o PC Flávio Roberto disse que **iniciou investigação envolvendo o tráfico de drogas** no bairro Rechã. **As suspeitas eram da participação associada dos réus – tio e sobrinho – no tráfico.** O réu **GUILHERME já era conhecido dos meios policiais. GABRIEL era quem fazia o trabalho na “ponta da linha” para o tio. As diligências de campo apontaram contato constante entre eles e movimentação típica de tráfico na moradia de GABRIEL.** A partir daí, delineou-se quadro que apontava **GUILHERME como aquele que recebia a droga para, depois, distribuí-la aos varejistas, dentre eles, o sobrinho GABRIEL.** Por conta disso tudo, foram solicitados e obtidos mandados de busca nas residências dos acusados. **Na moradia de GUILHERME foram localizadas porções de “maconha”, dinheiro e 02 aparelhos celulares. Na moradia de GABRIEL é que foram encontrados todas as demais porções e objetos** relacionados na denúncia. O aparelho de celular de GUILHERME apresentava registros de tráfico de drogas (“cocaína”). O de GABRIEL também se mostrou pródigo no registro de tratativas de tráfico. O PC Ricardo disse que foi o responsável pelo cumprimento do mandado de busca na residência de GABRIEL. Foi lá que encontrou todos os entorpecentes e objetos relacionados na denúncia. O réu estava na moradia. Salientou que foram localizadas 04 balanças de precisão e embalagens comumente utilizados no tráfico.” (ressalvo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

negritos).”

Prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual não se deve menoscabar as informações que prestam as vítimas e testemunhas, inclusive quando se trata de membros das corporações de segurança pública, mormente quando não se verifica a presença de motivo indicativo de propensão a mentir em desfavor do agente.

Nesse sentido, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS SUFICIENTES. TESTEMUNHO POLICIAL INDIRETO DE QUE O CORRÊU AFIRMA PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE. PROVA ACESSÓRIA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS QUE SUSTENTAM A CONDENAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA NÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Indicando a Corte local dar-se a condenação não apenas pelo depoimento policial, mas por outras provas também valoradas, não cabe a pretensão de nulidade da condenação. 2. Inexistindo impedimento legal ao depoimento de policiais e presentes outras provas que sustentem a condenação, não há falar em nulidade. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg nos EDcl no HC n. 446.151/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 27/2/2019)”

Muito embora o quanto descrito pelos policiais civis



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

encontre respaldo no relatório que embasou a representação para o mandado de busca e apreensão domiciliar (fls. 294/290), do qual se extrai que nas residências dos apelantes foram encontradas **11 porções de “cocaína” (2,48g de massa líquida), 03 porções grandes de “crack” (peso total de 278,68g de massa líquida), 04 porções de “maconha” (peso total de 40,44g de massa líquida)**, além de dinheiro e petrechos voltados à traficância e que, durante as campanhas, os apelantes frequentavam a casa um do outro, bem como o relatório de fls. 126/130 tenha revelado que o vínculo existente não se restringia ao parentesco, porquanto Guilherme respondera a comprador de entorpecente não identificado que não tinha consigo cocaína para vender, mas indicou o sobrinho Gabriel como pessoa a ser procurada para tal fim, tendo, ainda, sido extraídas conversas trocadas entre Gabriel e demais usuários através do “facebook”, pelas quais é contactado para compra de “maconha”, é certo que, especificamente em relação a Guilherme, o conjunto probatório é frágil.

Embora não haja qualquer indício de falsa incriminação pelos policiais civis, a versão por eles fornecida acerca do envolvimento de Guilherme não é apta a fundamentar conclusão segura quanto à intenção do réu de comercializar a substância com ele apreendida.

Ressalta-se que as informações apócrifas de envolvimento de Guilherme juntamente com Gabriel na prática do espúrio comércio não se confirmaram na prática, em especial, porque a quantidade de drogas apreendida na moradia de daquele (01 porção de maconha com pouco mais de 12,0g de massa líquida) não traduz certeza de seu envolvimento no espúrio comércio. Os policiais civis



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não encontraram outros objetos relacionados ao espúrio comércio no local, como embalagens plásticas, facas, balança de precisão, papéis com informações sobre comercialização de entorpecentes, a não ser a quantia em dinheiro no valor de R\$ 532,00, cuja origem declarou ser proveniente de seu trabalho.

Além disso, a única troca de mensagem via whatsapp entre Guilherme e um usuário de drogas (fl. 126), demonstra que ele apenas teria orientado o adicto a entrar em contato com Gabriel, o qual disporia de drogas para fornecimento, não constituindo elemento de prova seguro de seu envolvimento no processo em questão.

Observa-se, ainda, que Guilherme sempre negou sua participação na ilícita mercancia, aduzindo que a droga apreendida em sua moradia se destinava a uso próprio, pouco importando o fato de que outras porções de maconha assemelhadas àquela encontrada em sua posse houvessem sido apreendidas na posse de Gabriel, o qual, inclusive, poderia ter fornecido tal porção ao tio para seu próprio uso.

Embora ostente envolvimento anterior com o tráfico de drogas (fls. 70/74), sendo realmente provável que tenha participado na prática do crime de tráfico de drogas em comparsaria a Gabriel, tem-se, por outro lado, que as provas produzidas durante a instrução são insipientes em relação Guilherme, não se revestindo de força suficiente para fundamentar um édito condenatório relativamente aos delitos de tráfico de drogas e associação para tal fim.

Diante desse cenário, em que há dúvida acerca de sua participação na ilícita traficância, melhor e mais prudente que se lhe



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aplique o entendimento alcançado pelo STF no TEMA 506, ao avaliar o Recurso Extraordinário (RE) 635659, em que a maioria da Corte entendeu que o porte de maconha não é crime e deve ser caracterizado como infração administrativa, sem consequências penais, na hipótese de posse de até 40,0g desta droga para uso próprio.

As sanções, nesse caso, seriam advertência sobre os efeitos da maconha e comparecimento a programa ou curso educativo (incisos I e III, do artigo 28, da Lei de Drogas), devendo ser aplicadas em procedimento não penal.

Nesse sentido, o julgado em questão:

“Tema 506: Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

Descrição: Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Tese:

Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2.

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.”

Nestes termos, com fundamento no TEMA 506 do STF, a posse da porção de pouco mais de 12,0g de maconha com Guilherme (uso próprio) autoriza o reconhecimento da atipicidade penal de sua conduta.

Com relação a Gabriel, incontroversa a autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas, diante de todos os elementos de prova, tendo em vista sua confissão em juízo, tanto que a i. defesa restringiu a tese recursal na absolvição em relação ao crime de associação ao tráfico de drogas.

Com relação a este delito em particular, entendo que as provas amealhadas aos autos são insuficientes para sustentar as condenações, porquanto, muito embora a investigação policial tenha evidenciado que ambos frequentavam a casa um do outro, bem como Guilherme tenha indicado que usuário de drogas procurasse Gabriel para a aquisição de cocaína, não restou evidenciada que a atuação entre eles era permanente e estável.

Não se ignora que as porções de “maconha” encontradas nas casas de Guilherme e Gabriel estavam embaladas da mesma forma e apresentavam aspecto físico muito semelhante e, portanto, possuam a mesma origem.

Contudo, entre os apelantes não se verificou o necessário envolvimento constante de atuação conjunta.

Sobre a associação para o tráfico de drogas a doutrina



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ensina que:

*“O núcleo do tipo é “associarem-se”, ou seja, aliarem-se, reunirem-se, congregarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei. A locução “reiteradamente ou não”, prevista no caput do art. 35, pode levar o intérprete à errônea conclusão segundo a qual a mera reunião de duas pessoas, sem vínculo associativo (estabilidade), para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, já seria suficiente para caracterizar a associação para o tráfico. De fato, essa situação configura concurso de pessoas, no qual não se reclama o vínculo associativo. **A união estável e permanente é a nota característica que diferencia a associação para o tráfico do concurso de pessoas (coautoria ou participação). No art. 35 da Lei de Drogas, portanto, é imprescindível o vínculo associativo, revestido de estabilidade e permanência entre seus integrantes. Em outras palavras, o acordo ilícito entre duas ou mais pessoas deve versar sobre uma duradoura, mas não necessariamente perpétua, atuação em comum para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006”** (Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 98), grifo nosso.*

Nesse sentido também é a mais recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 35, CAPUT, DA LEI 11.343/06. DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO PARA O FIM DA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INADMISSÍVEL REVOLVIMENTO FÁTICO/PROBATÓRIO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARÁTER NÃO VINCULANTE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Tribunal de origem com base em farto e coeso conjunto probatório, manteve, fundamentadamente, a condenação do paciente pela prática do delito de associação para o tráfico, tendo em vista a comprovação da materialidade do delito, bem como da autoria, sobretudo considerando as interceptações telefônicas realizadas, a partir das quais se concluiu pela existência de uma união estável e permanente para a prática do comércio de drogas, integrada pelo réu. Nesse contexto, realçou a divisão de tarefas entre os réus: negociar com o fornecedor, buscar a droga no local combinado e após, distribuir para os usuários, vendendo-a. 2. Assim decidindo, em consonância com entendimento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual demonstrada a existência de união estável e permanente para a prática de tráfico de drogas, efetivamente correta a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenação pelo delito de associação para o tráfico.
3. (...) 4. (...). 5. *Agravo regimental improvido.* (AGR. REG. No HC 2022/0389157-3, Quinta Turma, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 07/02/2023) (grifo nosso).

Ou seja, os elementos colhidos nos autos não revelaram o modo de atuação e divisão de tarefas a demonstrar que os apelantes se associaram de forma permanente e organizada para a prática de tráfico de drogas.

Assim, de rigor é a absolvição de ambos os apelantes em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas, mantendo-se o título penal condenatório apenas em relação a Gabriel para o crime de narcotráfico.

Nestes termos, passa-se ao exame das reprimendas.

- **Gabriel:** ausentes elementos a serem considerados na primeira fase da dosimetria, as penas iniciais partiram do mínimo legal e assim se mantiveram na fase intermediária, porquanto compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. A agravante também impediu a incidência do redutor na última fase. Assim, as penas finais mantiveram-se em **05 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa.**

Em razão da quantidade de pena imposta e o fato de sua recidiva, de rigor a manutenção do regime fechado para cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, §2º, “a” e §3º, do Código Penal. Pelos mesmos motivos, inviável a aplicação das benesses dos artigos 44 e 77, do Código Penal.

A questão da detração penal deverá ser analisada no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juízo das Execuções. Assim, embora a Lei nº 12.736/2012 tenha acrescentado o § 2º, ao artigo 387, do C.P.P., determinando que o Juiz da condenação deva considerar a detração quando proferir a sentença, não revogou o artigo 66, III, c, da Lei de Execução Penal, que atribui ao Juiz da Execução a competência para deliberar sobre a detração.

Ante o exposto, por tais fundamentos, **DOU PROVIMENTO** ao apelo de Guilherme Orcino da Silva para absolvê-lo da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que a posse de pouco mais de 12,0g de maconha para uso próprio não é crime e deve ser caracterizada como infração administrativa, sem consequências penais, nos termos do TEMA 506 do STF, devendo, ainda, ser absolvido da acusação a si irrogada, por infração ao artigo 35, da Lei de Drogas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, **expedindo-se alvará de soltura clausulado em seu favor**; bem como **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de Gabriel Gomes dos Santos das Neves para absolvê-lo da acusação a si irrogada, por infração ao artigo 35, da Lei de Drogas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantendo sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 33, *“caput”*, do mesmo diploma, reduzindo as penas para os patamares de 05 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 dias-multa. Comunique-se.

J. E. S. BITTENCOURT RODRIGUES
Relator